

DELITOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Antoni Pelegrín López

Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo (sección penal)

1.- INTRODUCCIÓN. -

La ponencia que presenté el pasado año tenía por objeto identificar aquellas infracciones penales que suelen surgir en torno a la actividad urbanística, función pública ésta en la que los entes locales juegan un papel crucial, conforme a nuestra legislación estatal y autonómica. En esta ocasión, siguiendo esa línea, se procederá a analizar los distintos delitos más habituales que aparecen en otra actividad esencial dentro del amplio sector público como es la de la contratación administrativa.

Es sabido que las entidades del sector público han de promover la realización de obras, adquirir bienes y deben prestar servicios para dar cumplimiento a su función elemental de satisfacer el interés público y para ello habrán de acudir de ordinario a la contratación administrativa.

Para dotar de la máxima transparencia y garantizar la igualdad de acceso de los interesados para participar en esa actividad la normativa administrativa sobre la contratación pública establece unas reglas destinadas a garantizar el respeto de tales principios y evitar así posibles corruptelas y tratos de favor. Y es que no puede pasar por alto que el volumen económico que representa la contratación administrativa dentro del sector público de cualquier Estado europeo es impresionante, pudiendo llegar hasta el 15 por ciento de su PIB, lo cual es también campo abonado para que conductas delictivas diversas, normalmente orientadas a la obtención de un lucro ilícito, puedan gravitar fácilmente en el marco de esa tarea, como la práctica judicial nos ilustra a menudo, generando todo ello una gran preocupación en la opinión pública que tiene la sensación de que no hay forma alguna de acabar con la lacra de la corrupción.

A los efectos de abordar el objeto de esta ponencia, se considera de interés hacer en primer lugar una referencia muy esquemática de los principios y reglas básicas que la vigente **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** (en adelante LCSP) establece para asegurar la máxima integridad y transparencia en las distintas fases de la contratación administrativa y que, como se apreciará posteriormente, pueden ser transgredidas por aquellos que, como autoridades, funcionarios públicos o particulares intervienen en esa tarea para cometer alguna infracción penal.

Esas corruptelas normalmente suponen un amaño del contrato público e infringen el principio de legalidad y objetividad, así como el de igualdad de trato al que están sujetos los responsables públicos (art. 9 de la Constitución) y, a la postre, suponen un daño al erario público. De esta manera no se adjudicará la oferta a quien presente aquella que es más ventajosa desde el punto de vista

económico o técnico, sino a aquel que ha conseguido desplegar sus artes ilícitas con ese fin. Este adjudicatario si, por ejemplo, ha tenido que sobornar a los funcionarios públicos no se lo pensará dos veces en repercutir de alguna manera ese coste adicional en el desarrollo del contrato adjudicado y, por tanto, lo acabará pagando la Administración pública. Tampoco hay que olvidar que en muchas ocasiones se utiliza la contratación pública como vía para el apoderamiento o desvío de los fondos públicos, con el consiguiente perjuicio para las arcas públicas.

Los delitos que suelen presentarse en este concreto ámbito de la función pública son la prevaricación administrativa (art. 404 del CP), el cohecho (arts. 419 y ss. CP), el fraude a la Administración (art. 436 CP), las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos (art. 439 CP) y la malversación de caudales públicos (art. 432 y ss), infracciones que han sido comentadas por quien suscribe en ponencias realizadas en años anteriores, aunque sin entrar a examinar su concreta incidencia en la contratación administrativa. También cabe destacar otros delitos que pueden aparecer en la práctica asociados a la contratación pública, como la falsedad de documento oficial o mercantil (art. 390 y ss CP), el tráfico de influencias (arts. 428 y ss CP), y la revelación de información privilegiada (art. 417 y 418 CP).

A continuación, pasaremos a comentar, de manera muy superficial, los principios y reglas básicas de la contratación pública, para posteriormente examinar los delitos de prevaricación, malversación, cohecho y negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos que se considera que suelen presentarse habitualmente en el desarrollo de la contratación pública. A los efectos de dotar a esta ponencia de un cierto carácter práctico y conocer algunas manifestaciones de las irregularidades que suelen acompañar a esos tipos delictivos serán objeto de comentario distintas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con tales delitos, con especial referencia a los hechos que justificaron la condena. Mediante ese comentario jurisprudencial también se quiere poner de manifiesto la existencia de otros delitos distintos que pueden aparecer en el ámbito de la contratación pública y que son distintos a los cuatro que aquí se consideran principales.

2.- PRINCIPIOS Y REGLAS BÁSICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP).

La LCSP se aprobó para transponer a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas de Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. Estas pretendían promover la publicidad europea de aquellos contratos públicos que superen determinados umbrales económicos, la transparencia del procedimiento de contratación, la equivalencia de las especificaciones técnicas, la homologación de las aptitudes de los contratistas y también procurar que los

criterios de adjudicación fueran muy objetivos para evitar al máximo la discrecionalidad en la elección.

Esa ley es muy extensa y bastante compleja. Contiene 347 artículos, 53 Disposiciones adicionales, 16 Disposiciones finales, 5 Transitorias, una Derogatoria y 6 anexos. Prácticamente todo su contenido es legislación básica conforme al art. 149 1 18 de la Constitución y es aplicable, por tanto, a todas las Administraciones públicas, así como a los organismos y entidades dependientes de ellas (art. 3 LCSP, con las excepciones que aparecen en la Disposición final primera).

Pretende esta norma regular la contratación de todo el sector público a fin de garantizar que en esa actividad se respeten los principios de libertad de acceso de los licitadores, de publicidad y de transparencia de los procedimientos, así como la igualdad de trato de todos los candidatos a la adjudicación.

También pretende la LCSP que el uso eficiente de los fondos públicos sea adecuado. Para ello se exige que se establezcan las necesidades a satisfacer mediante cada contrato a adjudicar; que se salvaguarde la libre competencia y que se seleccione la oferta económicamente más ventajosa.

Se define la figura del **responsable de la contratación**, que en el caso de las Entidades locales será, según los casos, el alcalde, la Junta de Gobierno Local, el Pleno si se superan determinados límites o si el contrato tiene un plazo de duración que supera los cuatro años y el Pleno por mayoría absoluta si se trata de la concesión de servicios públicos cuando el plazo de duración exceda de cinco años y del 20 por ciento del presupuesto ordinario (Disposición adicional 2ª).

Para favorecer una mayor transparencia y acceso público se contempla el instrumento del **perfil del contratante**. A través de internet los órganos de contratación difundirán toda la información y documentación relativa a su actividad contractual. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante, cuyo acceso será libre, no impedirá la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca (art. 63).

Los órganos de contratación estarán asistidos por otros de asistencia (art. 326 y 327) donde destaca la **mesa**, cuyos miembros ser designarán por aquellos. El secretario de la mesa deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, entre otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario que tenga atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación así como un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario. No podrán formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual.

A dicha mesa corresponderá calificar la documentación presentada por los licitadores, acordando la exclusión de aquellos que no cumplan los requisitos exigidos, así como valorar las propuestas presentadas, proponiendo al órgano de contratación la que considere que es la mejor oferta, conforme al pliego de cláusulas administrativas que rija la licitación.

El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado (art. 99). Este mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía de este y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponde aplicar.

No obstante, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, a los efectos de facilitar la posibilidad de participación en la contratación de empresas de menor tamaño (PIMES). Se establece que por determinados motivos, a justificar en el expediente, el órgano de contratación puede no proceder a la confección de lotes del contrato para su correspondiente adjudicación.

La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa **tramitación del correspondiente expediente**, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante (art. 116). El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato.

En el expediente se justificará adecuadamente:

- a) La elección del procedimiento de licitación.
- b) La clasificación que se exija a los participantes.
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución de este.
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

Además, al expediente se incorporarán el **pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas** que hayan de regir el contrato

Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobándolo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación (art. 116). Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto, salvo en el supuesto excepcional de que el presupuesto no hubiera podido ser establecido previamente, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente. Esta resolución deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o juntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho, o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones (art. 122).

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos

Los contratos administrativos deberán ajustarse al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos. Su aprobación corresponderá al órgano de contratación, que podrá, asimismo, aprobar modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga.

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 (art. 132).

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.

El anuncio de licitación para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante (art. 135)

Los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en la LCSP (art. 136).

Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, asimismo, en el caso en que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación

Las **proposiciones de los interesados** deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 139).

Las proposiciones serán **siempre secretas** y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la apertura de las proposiciones, sin perjuicio la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo o en un procedimiento de asociación para la innovación.

La **adjudicación de los contratos administrativos** se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio (art. 145 1), definiendo la LCSP cómo ha de entenderse este concepto que no se limita a valorar como determinante para la adjudicación el menor valor de la oferta, permitiendo tener en cuenta como parámetro la relación coste-eficacia que trata de definir.

En los supuestos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece la propia LCSP en su art. 145.

La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación

Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es aquella que incorpora el precio más bajo (art. 150).

La **resolución de adjudicación deberá ser motivada** y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días (art. 151).

La notificación y la publicidad referida deberá contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación (art. 153).

La formalización de los contratos deberá publicarse, junto con el correspondiente contrato, en un plazo no superior a quince días tras el perfeccionamiento del contrato en el perfil de contratante del órgano de contratación. Cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada, el anuncio de formalización deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» (art. 154).

La LCSP establece distintos tipos de procedimientos de contratación para los contratos de obras, de suministros, de servicios y de concesiones de obras y servicios según el importe a que asciendan éstos. Así aparecen el abierto simplificado, el abierto simplificado abreviado, el abierto no armonizado, el abierto armonizado, el restringido no armonizado, el restringido armonizado, el con negociación no armonizado, el con negociación armonizado y el contrato menor. También regula otras modalidades peculiares para finalidades concretas, como el diálogo competitivo y la asociación para la innovación.

Debido al uso abusivo y delictivo que habían tenido, en la LCSP se restringe la posibilidad de acudir al procedimiento negociado con o sin publicidad y se establecen límites en el contrato menor, que entraña una adjudicación directa del contrato, sin concurrencia pública previa, lo cual facilita el amaño o las corruptelas.

A este **contrato menor** se podrá acudir en contrato de obras si el importe es inferior a los 40.000 euros y en el de servicios y en el de suministros deberá ser la cuantía de menos de 15.000 euros.

Ahora en los contratos menores deberá tramitarse un mínimo expediente en el que se exige que se incorpore la emisión de un informe del órgano de contratación justificando, de manera motivada, que dicho contrato es necesario y de que no se está alterando su objeto para evitar la aplicación de los umbrales que obligan a seguir otras formas de contratación que suponen la concurrencia pública de licitadores y una mayor transparencia (art. 118).

Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto que va a implicar la adjudicación del contrato menor y la incorporación al mismo de la factura correspondiente. Si se trata del contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes.

Añadir sobre dichos contratos menores que la LCSP dispone que también deberán publicarse éstos al menos trimestralmente por el órgano de contratación. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose todos los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación anterior aquellos contratos menores cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores (art. 63)

Se intenta, pues, en la LCSP con todas esas nuevas exigencias evitar el recurrente uso del contrato menor como vía para fraccionar un contrato administrativo y así eludir la concurrencia pública y adjudicar a quien interese lo cual, como se verá, ha tenido bastante protagonismo en el campo penal.

La LCSP también contempla la figura de la **tramitación urgente** de los contratos administrativos, siempre que se aprecie una necesidad inaplazable para su realización o si su adjudicación es preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener siempre la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada (art. 119).

Los expedientes calificados como urgentes se tramitarán siguiendo el mismo procedimiento que los ordinarios, con las especialidades que fija la ley y que afectan especialmente a una reducción a la mitad de los plazos establecidos en el procedimiento para la licitación, adjudicación y formalización del contrato.

También se contempla en la LCSP la **tramitación de emergencia** del contrato administrativo, que elimina por completo la concurrencia pública para la adjudicación. Se podrá acudir a esta vía cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata, debido a acontecimientos catastróficos, por situaciones que supongan grave peligro o para atender necesidades que afecten a la defensa nacional.

Ese régimen excepcional implicará que el órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente previo alguno, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria (art. 120).

Una vez adjudicados y perfeccionados los contratos administrativos solo podrán **modificarse durante su vigencia** cuando se dé alguno de los supuestos que específicamente contempla la LCSP, aunque si la alteración es sustancial, conforme a los parámetros que marca la ley en ese caso deberá realizarse una nueva adjudicación del contrato (art. 204 y 205).

A los efectos de evitar las corruptelas que suelen desembocar en la comisión de delitos en el ámbito de la contratación cabe destacar que la LCSP

fija una regla esencial que ha de inspirar la contratación pública y que aparece en su art. 64 que tiene como título “**Lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses**”, y que dispone:

“1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.”

Junto a las causas tradicionales de nulidad, invalidez y revisión de oficio de los contratos administrativos (arts. 38 a 43), la LCSP crea el **recurso especial en materia de contratación**, a los efectos de disuadir de algún modo a quienes quieran promover los actos de adjudicación ilícita (art. 44).

Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, actos como los anuncios de licitación, acuerdos de la mesa de admisión o inadmisión de candidatos o de ofertas, acuerdos de adjudicación o de modificación del contrato cuando se refieran a contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores de cierta entidad, como los contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros o concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros (art. 44).

La interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes.

En el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y estará compuesto por un Presidente y un mínimo de cinco vocales (art. 45).

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que

garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia.

En lo relativo a la contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación (art. 46).

Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (art 48).

Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver este recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

El Tribunal Administrativo deberá adoptar la decisión en forma motivada sobre las medidas cautelares dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten.

Dicho órgano en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento (art. 49).

Igualmente con el propósito de prevenir la delincuencia en torno a la contratación administrativa la LCSP **impide la participación en la licitación de aquellos que hayan sido condenados por los siguientes delitos relacionados con la corrupción mediante una sentencia judicial firme:** terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. Esa prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada antes (art. 71 1 a). La LCSP establece otras muchas causas de prohibición de contratar en las que no se exige la condena penal (art. 71 1 b) y ss. y 2).

Teniendo en cuenta que también es actividad pública de contratación que puede entrañar la comisión de infracciones penales, se debe destacar que la LCSP excluye diversos contratos públicos de su ámbito de aplicación. Así, no se aplica a las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público ni a los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los que se integren en el contrato de concesión de obras regulado en el art. 14 de esa ley.

Quedan, asimismo, excluidos de la LCSP los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios (art. 9).

Por consiguiente, en esos casos se aplicará la normativa estatal o autonómica reguladora del régimen jurídico relativo a los bienes propiedad de las Administraciones públicas y demás entidades del sector público.

Igualmente queda excluida del ámbito de esta ley y se aplica su normativa específica la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral (art. 11).

Expuestas las anteriores líneas tan generales, se han detectado en la práctica algunas **irregularidades reiteradas en distintas fases del proceso de la contratación administrativa** y que suelen manifestarse en los delitos que se cometen con ocasión de esas etapas, que posteriormente se comentarán.

Así, por ejemplo, destacan las siguientes: adjudicación directa del contrato sin justificación; modificación esencial del contrato en ejecución sin nueva concurrencia pública; fraccionamiento ilícito del contrato para evitar la publicidad y la concurrencia pública en su adjudicación; pliegos de condiciones pactadas y elaboradas por el futuro adjudicatario que juega con gran ventaja; criterios de selección del adjudicatario hechas a medida de éste; ofertas colusorias de los licitadores para el reparto del mercado; venta de bienes patrimoniales por un valor inferior al del mercado o sin concurrencia pública; uso de la procedimiento de emergencia o del urgente sin causa y para facilitar la adjudicación pretendida o prestaciones del contrato no realmente realizadas y satisfechas por el órgano de contratación al adjudicatario.

A continuación, como se ha expuesto en la introducción, pasaremos a examinar desde un punto de vista práctico mediante el comentario de distintos supuestos enjuiciados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las modalidades delictivas de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos, fraude de la Administración y negociaciones prohibidas a funcionarios públicos, infracciones penales bastante corrientes en el desarrollo de la actividad pública de la contratación, sin perjuicio de que también, al comentar aquellas sentencias, se hará referencia a otros delitos distintos y cuya aparición en el proceso de la contratación pública es algo menos habitual.

3.- EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA.

Se trata de la infracción penal que es más común en el ámbito de la contratación pública, aunque habitualmente va acompañada de otras.

El art. 404 del Código penal la tipifica del siguiente modo:

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

La doctrina y la jurisprudencia han precisado que la lesión del correcto ejercicio de la función pública que contempla este precepto se concreta en el quebranto del principio de legalidad que se produce cuando quienes ejercen las funciones públicas ejecutan actuaciones que son claramente contrarias al ordenamiento jurídico. En este sentido la STS 498/2019, de 23 de octubre, señala que:

“[E]l bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, garantizándose el debido respeto, en el ámbito de la función pública, del 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 intervención mínima del ordenamiento penal.”

En términos similares se pronuncian las SSTS 179/2021, de 2 de marzo; 623/2020, de 19 de noviembre; 57/2020, de 20 de febrero; 627/2019, de 18 de diciembre; 277/2018, de 8 de junio; 508/2015, de 27 de julio; 259/2015, de 30 de abril.

Por tanto, como establece la STS 426/2016, de 19 de mayo, «[e]l delito de prevaricación se conecta con los arts. 9.1 y 3; 103 y 106 CE, principios de legalidad objetividad e imparcialidad, cuya defensa constituye el bien jurídico protegido por el delito, es decir el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al derecho» (v. gr. SSTS 664/2020, de 3 de diciembre; 507/2020, de 14 de octubre; 693/2018, de 21 de diciembre; 197/2018, de 25 de abril; 795/2016, de 25 de octubre; o 228/2013, de 22 de marzo).

Por consiguiente, la infracción intencionada por parte de los responsables públicos de las disposiciones reguladoras de la contratación administrativa podrá constituir esta infracción penal. Habitualmente se producirá ese quebranto normativo por la autoridad o funcionario público para poder adjudicar el contrato a quien interesa, obviando los principios esenciales de concurrencia, publicidad y transparencia que exige la contratación pública, como se apreciará más adelante mediante los comentarios de sentencias.

No es nada fácil distinguir entre la resolución prevaricadora, constitutiva del delito de prevaricación, y el simple ilícito administrativo, pues no todo quebranto de la normativa realizado por parte de la autoridad o funcionario público al tiempo de dictar una resolución ha de entenderse comprendida necesariamente en el delito que aquí se examina.

La jurisprudencia ha tratado de fijar algunos criterios para solventar esa cuestión y muestra de ello es la STS 498/2019, de 23 de octubre, que considera que el elemento diferenciador entre la ilegalidad administrativa y la ilegalidad penal se debe establecer, conforme algunas resoluciones, en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho; mientras que en otras resoluciones de ese Tribunal se ha resaltado como elemento decisivo el ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución que no es el fruto del ordenamiento jurídico sino de su propia voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Esta idea se ha expuesto de forma reiterada en la jurisprudencia del TS, de modo que el elemento del conocimiento de la ilegalidad del acto administrativo por parte del autor es elemento esencial para distinguir el delito de prevaricación de la simple resolución administrativa contraria a derecho y viciada de nulidad.

La resolución debe dictarse, pues, de manera intencionada por parte del autor, hallándonos ante un delito eminentemente doloso, no siendo posible su comisión por imprudencia grave, al no hallarse prevista. Aparte de actuar aquel *“a sabiendas de su injusticia”* se exige que la resolución dictada sea arbitraria, lo cual implicará que debe ser contraria a derecho, bien porque ha sido dictada por una persona u órgano manifiestamente incompetente; por dictarse sin seguir el procedimiento legalmente previsto para ello o bien porque el fondo (contenido) de la resolución contraviene el ordenamiento jurídico de un modo clamoroso, aspectos éstos que fácilmente pueden ponerse de manifiesto en las distintas fases por la que transcurre la contratación pública.

Por *resolución (arbitraria) en asunto administrativo* debe entenderse todo acto de contenido decisorio sometido al Derecho administrativo. En este sentido, la STS 520/2021, de 16 de junio señala que *«[l]a doctrina científica más reciente viene dando un paso más allá en el concepto de lo que se entiende por “resolución” en el contexto del delito de prevaricación administrativa del 404 CP, para entender que el delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo»*. Criterio éste que, en similares términos, aparece expresado en las SSTs 520/2021, de 16 de junio; 481/2019, de 14 de octubre; 163/2019, de 26 de marzo; 277/2018, de 8 de junio y 163/2019, de 26 de marzo; y 200/2018, de 25 de abril.

La anterior cuestión es importante pues, conforme al concepto de Administración Pública previsto en el art. 2.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre,

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), los entes y órganos que forman parte del sector público institucional -o de la Administración instrumental- no pueden, por lo general, dictar actos administrativos y, por ello, resoluciones administrativas. Nos referimos, entre otras, a las universidades públicas, las empresas públicas, las corporaciones de derecho público, las autoridades administrativas independientes, los consorcios o las fundaciones del sector público.

En caso de asimilar el concepto de resolución administrativa que maneja el derecho administrativo y el de resolución en asunto administrativo a que alude el art. 404 CP se debería rechazar la subsunción en este precepto penal de cualesquiera de las actuaciones desarrolladas en el seno de esa Administración instrumental, limitando el ámbito de aplicación de este tipo delictivo de la prevaricación a las actuaciones administrativas desarrolladas en el seno de la Administración General del Estado, la autonómica y la local, así como de los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Teniendo en cuenta que el art. 404 del Código penal hace referencia a que el autor debe dictar una *resolución (arbitraria) en asunto administrativo* y no simplemente una *resolución administrativa* se debe entender que la acción delictiva comprende todos los actos administrativos o no siempre que estén sujetos al derecho administrativo. Por dicha razón se comprenderán allí los dictados por el referido sector público institucional cuando deban estar sujetos al mencionado derecho.

Los contratos administrativos han de ser considerados a todos los efectos resoluciones administrativas, susceptibles de erigirse en el objeto propio del delito de prevaricación administrativa. De este modo la STS 200/2018, de 25 de abril, considera claramente que se comete ese delito cuando en el contrato administrativo finalmente suscrito se modifican de manera intencionada los términos de la adjudicación previamente realizada, contraviniendo las bases de la licitación y los pliegos, que son la ley que rige los contratos administrativos.

En ese mismo sentido la STS 695/2019, de 19 de mayo, establece que en los casos en que se alteran los contratos que son “el vehículo de ejecución” de una resolución administrativa de una obra, concesión o similar no se trata de una mera irregularidad administrativa a resolver por los cauces de la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se trata de un ilícito penal comprendido en el art. 404 CP, por constituir este delito la mecánica ejecutiva de la alteración de contrato de forma clara y evidente, cuando se dispone del pliego de condiciones que sirvió de base a la adjudicación y, pese a esta claridad, se altera a la hora de firmar el contrato.

El delito de prevaricación no exige la producción de un menoscabo objetivo para la cosa pública, ni requiere que se cause un daño específico a personas o servicios públicos concretos, produciéndose su consumación simplemente desde el momento en que la autoridad o funcionario dictan la resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia.

Autor de este delito debe ser la *autoridad o funcionario público* y para ello debe acudirse a la definición que establece el art. 24 del Código penal, que ha

sido tradicionalmente interpretado en el sentido de considerar que el concepto de autoridad o funcionario público del derecho penal es mucho más amplio que el contemplado por el derecho administrativo. Lo relevante a los efectos penales es que el autor esté desarrollando de manera efectiva funciones públicas y que tenga atribuidas al tiempo de cometer la infracción (así, STS 447/2016, de 25 de mayo; 358/2016, de 26 de abril; 149/2015, de 11 de marzo; 421/2014, de 16 de mayo; 186/2012, de 14 de marzo). Por tanto, allí se incluyen, por ejemplo, gestores de sociedades cuyo patrimonio pertenece a la Administración y que prestan servicios públicos (STS de 29 de abril de 1997) o los directivos de sociedades mercantiles financiadas con cargo al erario (STS 166/2014, de 28 de febrero).

Aparte de la coautoría, es posible la participación en el delito de prevaricación mediante la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad, pudiendo responder de tal modo si no se tiene la condición de autoridad o funcionario público (el llamado *extraneus*). Además, dicha participación accesoria concurrirá a pesar de que quien dictó la resolución administrativa arbitraria no sea consciente de que aquella era contraria a derecho, siempre y cuando tal elemento subjetivo concorra en el mencionado inductor, cooperador necesario o cómplice.

En este sentido, la STS 539/2003, de 30 de abril, razona que *“la inducción, como cualquier otra forma de participación está regida por el principio que la doctrina y la práctica judicial denomina de “accesoriedad media o limitada” conforme al cual es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente antijurídico, aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición”*.

En el ámbito de la delincuencia relacionada con la contratación será muy habitual que personas que no tienen la condición de autoridad o funcionario público participen de ese modo en el delito de prevaricación, siendo posible aplicar a su favor la norma penológica de atenuación prevista en el art. 65 3 del Código penal para el *extraneus*.

Se debe tener en cuenta que las sociedades mercantiles de carácter público han sido consideradas una de las principales vías para tratar de escapar de los procedimientos, las garantías y el control de la gestión de los recursos e intereses públicos establecidos por el derecho administrativo, jugando en la práctica un papel muy relevante en el marco de la actividad de la contratación pública.

A pesar de adquirir esa forma jurídica aparentemente privada, se podrán subsumir en el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP las actuaciones desarrolladas en el seno de esas sociedades mercantiles públicas por parte de sus responsables o gestores. Así, según señala la STS 481/2019, de 14 de octubre, *“...los requisitos de la prevaricación en los supuestos de empresas de capital público son los siguientes: 1º) la condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública; 2º) que este sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter*

ejecutivo, 3º) que dicha resolución sea arbitraria, esto es, que se trate de un acto contrario a la justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho; 4º) que se dicta en un asunto administrativo, es decir, en una fase de decisión del proceso en la que sea imperativo respetar los principios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos de publicidad y concurrencia; y 5º) “a sabiendas de su injusticia”. Criterio que también siguen las SSTS 608/2018, de 29 de noviembre; 277/2018, de 8 de junio; 63/2017, de 8 de febrero; 358/2016, de 26 de abril; 526/2015, de 17 de septiembre o 149/2015, de 11 de marzo.

Además, los directivos de las sociedades mercantiles públicas son designados para el cargo por autoridades o funcionarios públicos pertenecientes a la Administración o ente matriz, cumpliéndose de ese modo el primero de los requisitos exigidos por el art. 24 del Código penal para atribuir a un sujeto -a los efectos penales- la condición de autoridad o funcionario público.

En el ámbito local el art. 90 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales -en adelante RSCL-, establece que la dirección y administración de las sociedades mercantiles locales corresponderá a la Corporación interesada -que asumirá las funciones de Junta General-, por el Consejo de Administración, así como por la Gerencia.

El art. 92.2 RSCL precisa que la Corporación, en funciones de Junta General de la sociedad, contará, entre otras, con la facultad de nombrar al Consejo de Administración que, de conformidad con el art. 94 RSCL, gozará de plenas facultades de dirección, gestión y ejecución de la sociedad. al art. 85.ter.1 de la Ley de Bases del Régimen local (LRBRL) las sociedades mercantiles locales se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y la contratación. Este aspecto es muy relevante, pues tales entidades deben seguir la normativa administrativa cuando quieran concertar algún contrato, como inmediatamente comentaremos.

En relación con el segundo de los requisitos exigidos por el art. 24.2 Código penal que define el concepto de funcionario a efectos penales, es claro que la función desarrollada por estas sociedades mercantiles será considerada pública, pues tienen por objeto la gestión de los servicios y recursos públicos pudiendo llegar a ejercer auténticas potestades administrativas.

La LCSP introdujo importantes novedades en el régimen jurídico de la contratación efectuada por los poderes adjudicadores que no ostentan la condición de Administración Pública, como las sociedades mercantiles públicas, aproximando la contratación de éstos a la de los poderes adjudicadores clásicos, que sí ostentan aquella cualidad.

De este modo, cuando se trate de los contratos sometidos a regulación armonizada, su preparación y adjudicación deberá seguir las mismas reglas que el resto de los poderes adjudicadores contemplados en la Ley (art. 317 LCSP). Por lo que se refiere a los contratos no sujetos a regulación armonizada se diferencia entre los contratos de obras, de concesiones de obras y servicios con un precio de adjudicación inferior a cuarenta mil euros -IVA no incluido-, así como

de servicios y suministros por un precio de adjudicación inferior a quince mil euros -IVA no incluido-, y el resto de los contratos que sin hallarse sujetos a regulación armonizada superen aquella cuantía.

Respecto al primer grupo de contratos, es decir, aquellos cuya cuantía no supera los cuarenta mil o los quince mil euros, se permite su adjudicación directa siempre que el adjudicatario goce de capacidad de obrar y de competencia profesional para poder ejecutar el objeto del contrato. Por el contrario, los que superen los importes referenciados deberán ser adjudicados por cualquiera de los procedimientos regulados por la LCSP, a elección del adjudicador, con la única excepción del procedimiento negociado sin publicidad -que tan sólo podrá ser utilizado de concurrir los presupuestos previstos por el art. 168 LCSP-.

Por consiguiente, el incumplimiento doloso de esos requisitos en la contratación establecidos en la LCSP por parte de los gestores de esas sociedades mercantiles públicas podrá llegar a constituir el delito de prevaricación si se cumplen todos los requisitos comentados.

Comentario de algunos supuestos. -

a). - La **STS 842/2025, de 15 de octubre**, confirma la condena impuesta por la Audiencia provincial de Barcelona como autor del delito de prevaricación del art. 404 del Código penal a quien fuera director de la Agència Catalana de l'Aigua (ACA) de la Generalitat de Catalunya, así como cooperadores necesarios a dos altos cargos de esa entidad pública y a dos responsables de las empresas adjudicatarias los cuales, en su día, habían ostentado cargos de relevancia en esa misma entidad pública.

También fueron condenados los responsables públicos acusados como autores de un delito de revelación de información reservada del art. 417 párrafo segundo del Código penal y a los dos *extraneus* como autores de un delito de utilización de información reservada del art. 418 segundo párrafo del mismo cuerpo legal.

Resultó acreditado que todos los acusados se habían puesto de acuerdo entre mayo y octubre de 2007 para confeccionar entre ellos unos pliegos que contendrían las especificaciones técnicas a medida de un licitador concreto, la UTE DMA Gestio, en la que estaban interesadas las dos empresas de los particulares acusados. Decidieron entonces que iban a usar un modelo contractual no previsto por las normas de contratación pública, que alteró la legalidad de forma arbitraria tratando de soslayar los controles que el Ordenamiento Jurídico contempla para evitar el abuso de poder por parte del órgano de la contratación administrativa.

El objeto del contrato fue diseñado de forma deliberadamente imprecisa al diseñarse sobre la base de una contratación "principal" y otra "complementaria" careciendo esta última de un precio cierto, de manera que en definitiva enmascaraba el otorgamiento de un beneficio económico en favor de dos de las empresas Integrantes de la UTE a las que se les permitió una subcontratación que superaba el límite máximo del volumen previsto en la legislación sobre contratación pública y la auto contratación de parte de los complementarios, todo ello sin mediar control alguno por parte de la Comisión de Seguimiento, que según los pliegos del contrato, era el órgano que debía

autorizar las posibles contrataciones adicionales y complementarias, y valorar a los adjudicatarios para llevar a buen término los objetivos marcados en la Directiva Marco del Agua. El modelo elegido supuso, en definitiva, incluir en los pliegos del contrato una fórmula que permitió la adjudicación directa de la totalidad de los llamados contratos complementarios por parte de la adjudicataria, mediante una suerte de fraccionamiento del contrato, gracias al que se aparentaba que todos los trabajos habían sido adjudicados en concurso público abierto, cuando, en realidad, ni se especificaba el número de contratos complementarios a ejecutar ni constaba un precio cierto de los mismos.

Todos los acusados, incluido el jefe del ACA, sabían que el modelo de contratación elegido no estaba contemplado en la Ley de Régimen Jurídico de la Contratación de la Administración Pública y además incumplía los requisitos formales del procedimiento de contratación. Y también sabían que ocasionaban un resultado materialmente injusto al actuar con voluntad desviada de eludir los controles que el procedimiento establece para beneficiar a unas empresas concretas (AUDING Y ART.ENGINY) en las que estaban vinculados los dos particulares *extraneus* también condenados.

Es interesante reproducir el cúmulo de irregularidades cometidas en esa adjudicación que expone esa sentencia y que, dada su relevancia, no podía ser desconocidas por los partícipes en esa adjudicación ilícita prevaricadora:

“Señala, también, el tribunal que los hechos declarados probados resultan del cuadro probatorio integrado por las manifestaciones de los acusados, las testificales y periciales practicadas y la numerosa prueba documental que en el caso adquiere especial relevancia y que será el hilo conductor sobre el que se valorará la prueba practicada.

Consta, también, en el FD nº 5 que: De las pruebas practicadas concluimos que el expediente contractual y la posterior adjudicación del contrato principal y de los complementarios estuvo plagada de irregularidades de tal entidad que, a nuestro juicio, supuso una actuación administrativa ilegal, injusta y arbitraria, fundamentalmente a causa del modelo contractual al que se trató de dotar de apariencia de legalidad, simulando cumplir las normas del procedimiento administrativo cuando en realidad, la licitación estaba adjudicada de antemano. En el caso, se procedió a licitar y a adjudicar en concurso público abierto un contrato que limitó la competencia al contener especificaciones técnicas hechas a medida de las mercantiles que integraron la UTE adjudicataria en la medida en que, entre los subcriterios y elementos definidores, dentro del equipo de trabajo, se tenía en cuenta el referente a la proximidad de la sede del ACA o al conocimiento del ACA y de la DMA, extremos que podrían haberse tenido en cuenta a la hora de valorar la solvencia profesional o técnica de la empresa licitadora pero no como criterio a valorar para la adjudicación. Y es relevante por cuanto de las pruebas practicadas resulta que las únicas tres empresas que habían realizados trabajos relacionados con la Directiva Marco del Agua habían sido AUbing, URS y, en menor medida, ARTENGINY que, recordemos, había sido constituida solo unos dos meses antes de la publicación del contrato”.

Y podemos sistematizar las conclusiones que se alcanzan al respecto en unos hechos donde consta la directa participación del recurrente como consta en el factum a tenor de la extensa prueba que se practicó y está basada, sobre todo, en la documental:

1.- *El procedimiento de adjudicación seguido alteró la legalidad de forma arbitraria tratando de soslayar los controles que precisamente el Ordenamiento Jurídico contempla para evitar el abuso de los poderes públicos en la contratación administrativa.*

2.- *Se incurrió deliberadamente en numerosos incumplimientos de lo dispuesto en la regulación específica de los contratos como el de autos, y en general en la ley aplicable a la contratación administrativa, Y no solo se trató de Incumplimientos legales, también incorrecciones procedimentales evidentes.*

3.- *Respecto a los pliegos de los contratos, tanto técnico como administrativo, ninguno de ellos, ni los del contrato principal ni los de los complementarios, contienen el preceptivo informe de necesidad que en el caso era imprescindible al tratarse de un contrato de consultoría y asistencia, dando así respuesta a por qué esos trabajos no podían ser realizados por trabajadores de la propia Agencia pero sí pudieron serlo por una UTE de la que dos empresas estaban administradas de hecho y de derecho respectivamente por dos ex trabajadores de la misma.*

4.- *El objeto del contrato había sido deliberadamente diseñado de forma indeterminada e indefinida, infringiendo así lo dispuesto en los art. 11 2) y 13 del TRLCAP.*

5.- *Deliberadamente se acudió a un modelo de contrato ilegal.*

6.- *Los pliegos del contrato de autos prevén un objeto doble, de un lado un contrato principal y, de otro, unos contratos "asociados" o complementarios a ejecutar por el adjudicatario del contrato principal contemplándose la posibilidad de que éste las subcontrate a terceros, estableciéndose un diseño verdaderamente confuso de esa diferenciación que quedaba abierto a diferentes interpretaciones y que dio lugar a duplicidades e incluso solapamientos entre unos trabajos y otro.*

7.- *El fraccionamiento del contrato administrativo constituye un supuesto clásico de casuística referida a la prevaricación cuando se utiliza para burlar los controles legales y es el medio habitual de lograr la adjudicación directa.*

8.- *En el diseño de los pliegos ya se había eludido la concurrencia y el principio de Igualdad ya que los posibles licitadores desconocían el precio y el número de los subcontratos. Pero es que en su ejecución también se prostituye el procedimiento previsto en los pliegos, vulnerando sus limitadas exigencias, a través del fraude consistente en encargar a un único contratista, seleccionado caprichosamente por la UTE, la presentación de una oferta, sobre la base de la invitación que le realiza la UTE y que es aprobada por el acusado Sr Horacio, sin que conste la autorización y control alguno por parte de la Comisión de Seguimiento de la Agencia, quien debía de haber autorizado cada uno de los contratos complementarios.*

Todo lo expuesto causó un grave perjuicio a las empresas que presentaron ofertas al concurso, así como a potenciales licitadores que dejaron de hacerlo al no conocer con exactitud el objeto del contrato.

Existe prueba suficiente y debidamente explicada de la responsabilidad penal del recurrente en la condena por delito de prevaricación como extraneus."

Como se ha indicado, esa STS 842/2025 ratifica también la condena impuesta en primera instancia por la Audiencia provincial a los acusados funcionarios públicos como autores del delito de revelación de información

reservada del art. 417 del Código penal y a los acusados particulares pertenecientes a las empresas beneficiadas por la adjudicación como autores del delito de aprovechamiento de información privilegiada del art. 418 del Código penal. Además, en ambos casos se apreció el tipo agravado de haber causado un grave daño para la causa pública.

El art. 417 del Código penal sanciona a la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de lo que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados con penas de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público, contemplando pena de prisión y aquella inhabilitación especial cuando esa revelación suponga un grave daño para la causa pública o para un tercero.

Por su parte el art. 418 del mismo Código sanciona al particular que aprovecharse para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviera de un funcionario público o autoridad con penas de multa y pérdida de ayudas pública, subvenciones o beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad social. Si resulta grave daño para la causa pública se establece pena de prisión junto con las anteriores penas de pérdida de aquellas ayudas o beneficios.

La razón de esa condena radica en el hecho acreditado de que los acusados se pudieron de acuerdo antes del inicio de la fase de licitación de aquel contrato para confeccionar los pliegos y demás condiciones que regirían aquel. Al facilitar los responsables públicos esa información que era reservada y aprovecharla los particulares adjudicatarios implicó que sus empresas gozaran de una evidente situación de privilegio al conocer, como se ha indicado, antes de la publicación de la licitación de ese contrato público no sólo el contenido de los pliegos, en cuya elaboración intervinieron, sino la totalidad de las circunstancias y condiciones del concurso, de modo que pudieron presentar su oferta en condiciones mucho más ventajosas que el resto de posibles licitadores. Todo ello causó, además, un grave daño a los restantes ofertantes y a la causa pública. El contrato en cuestión respondía a la necesidad de unificar las actuaciones en materia de gestión de agua en la Unión Europea y a la necesidad de tomar medidas para proteger las aguas, tanto en términos cualitativos como cuantitativos y garantizar así su sostenibilidad permitiendo establecer unos objetivos medioambientales homogéneos entre los Estados Miembros. Además, constituía una de las contrataciones más importantes de la Agencia Catalana del Agua y cuyo proceso de selección del adjudicatario se adulteró prescindiéndose de la objetividad necesaria en la contratación administrativa y, en definitiva, no se eligió a quien realizó la oferta más económica o mejor, sino a quien previamente había sido ya elegido, con el consiguiente menoscabo de la credibilidad en la gestión pública.

Resultaba indudable en este caso para el TS la aplicación de los subtipos agravados referidos de los arts. 417 y 418 del Código penal de daño para la causa pública. Se trataba de un importante contrato administrativo en relación con un bien tan esencial como el agua. Y el perjuicio era claro para el resto de posibles ofertantes, legítimos aspirantes a los que esas actuaciones suponían una burla a sus legítimas aspiraciones de participación en la licitación en igualdad de condiciones.

b).- En la **sentencia 497/2020, de 8 de octubre**, se confirmó la condena como autor de un delito de prevaricación a quien fuera Director territorial de Sanidad de Vizcaya del Departamento de Sanidad de la Comunidad Autónoma (CCAA) del País Vasco, siendo también condenados como cooperadores necesarios el ex Jefe de la sección de la unidad de Calidad del Hospital de Cruces perteneciente a dicha CCA entre los años 2000 al 2009 , y a la quien fue administradora de la sociedad mercantil beneficiaria de la adjudicación ilícita objeto de enjuiciamiento.

El referido jefe del Hospital de Cruces tenía dos entidades mercantiles, siendo una de ellas *Gestión de Servicios Sanitarios XXI SL*, constituida en 2006, ostentando solo una participación, siendo la acusada titular del resto, ocupando ésta el cargo de administradora y otorgando al tiempo de la constitución poder amplio al referido Jefe del centro.

Los tres acusados mencionados se pusieron de acuerdo para beneficiar a esa empresa eludiendo la legalidad, la objetividad y la publicidad a través de la adjudicación directa que se describe a continuación.

Así, en primer lugar el mencionado director territorial de Sanidad para facilitar esa posterior adjudicación otorgó autorización sanitaria de instalación y funcionamiento a esa empresa privada, a pesar de los informes contrarios y que no reunía esa entidad los requisitos exigidos para prestar servicios de ese calibre.

A continuación, aquel director propuso al Viceconsejero de sanidad del Gobierno vasco que declarara la emergencia y, debido a esa circunstancia, que acordara la adjudicación directa del contrato de *consultas, cirugía y pruebas complementarias para las listas de espera de 2006 a 2007* a la referida empresa *Gestión de Servicios Sanitarios XXI*. Dicha situación de emergencia no concurría en este caso y debía de haberse seguido un procedimiento que permitiera la publicidad y la concurrencia pública. No obstante, el referido viceconsejero, con dejación de funciones, aunque según la sentencia con desconociendo de la ilegalidad subyacente, mediante resolución de 29 de junio de 2026 adjudicó a esa empresa ese contrato público, lo que implicó que esta mercantil percibiera entre los años 2006 y 2008 la suma de 1.986.666 euros en contraprestación por los servicios sanitarios prestados a la CCAA y que, en la práctica fueron subcontratados, pues la mencionada empresa adjudicataria carecía de medios para ello.

Se había formulado acusación contra aquellos acusados por delito de malversación de caudales públicos, pretensión que fue desestimada por la Audiencia provincial de Vizcaya al considerar que los servicios se prestaron y que, por tanto, no hubo perjuicio para el erario público. Por otra parte, se absolvió también en esa primera instancia al jefe del hospital de cruces del delito de negociaciones prohibidas a funcionarios público del que también era acusado al considerar la sentencia que el asunto público en el que se interesó (la adjudicación) no era de los que se trataban en el centro hospitalario en el que prestaba sus servicios, sin perjuicio de su clara incompatibilidad.

c).- La **STS 86/2022, de 31 de enero** tuvo por objeto analizar el recurso de casación de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en la que se enjuiciaron las maniobras desarrolladas por los acusados miembros del conjunto de empresas denominada “*Grupo Correa*”, que estaban vinculado con cargos políticos del Partido Popular, para obtener la adjudicación directa de la ejecución de tres contratos relativos a la participación de la ciudad de Jerez de la Frontera en la feria de *Fitur 2004*, a la que se le dio, una vez producida, una apariencia de legalidad elaborándose por otros acusados, de común acuerdo con los responsables acusados del grupo de empresas, los expedientes administrativos ya una vez terminada la feria el 1 de febrero de 2004.

Uno de los acusados del Grupo Correa, aprovechando su amistad con uno de los investigados, fallecido en 2015, quien estaba a su vez relacionado con cargos públicos del Ayuntamiento de Jerez, obtuvo ilícitamente a favor de sus empresas del referido grupo, denominadas *Special Events SL* y *Down Town Consulting SL*, la adjudicación de tres contratos, por un importe total de 214.028,71 euros, referidos a la participación de esa ciudad en esa Feria Internacional del Turismo 2004, celebrada los días 28 de enero a 1 de febrero de ese año 2004.

La adjudicación directa de ese contrato administrativo se llevó a cabo en el seno de un organismo municipal autónomo, denominado *Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad de Jerez*, que dependía del Ayuntamiento de Jerez, y se hizo de forma directa, vulnerando de forma palmaria la normativa de contratación pública y sus principios elementales de publicidad, concurrencia, igualdad, objetividad y transparencia, pues debía haberse seguido para dicha contratación la vía del concurso público a tenor del importe de, al menos, dos de los contratos conforme a la normativa de contratación vigente. Esa adjudicación se realizó el 15 de enero de 2004.

Una vez se aseguró que se iba a obtener ese negocio para las empresas del grupo *Correa* por sus responsables acusados se iniciaron las actuaciones y gestiones necesarias para la ejecución de los eventos, tales como los diseños del Stand, encargos y pagos a proveedores, contrataciones de servicios con IFEMA o de las pólizas de responsabilidad civil, todas ellas entre diciembre de 2003 y primeros de enero de 2004, esto es, con anterioridad a la fecha de la supuesta adjudicación formal de los contratos, el 15 de enero de 2004.

Por otro lado, también en la localidad de Jerez de la Frontera se celebraron reuniones los días 18 y 25 de noviembre de 2003 con personal del Área de Turismo del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad (IPDC), en las que se abordaron la organización, publicidad, presupuestos, reparto de tareas e incluso las formas de contratación, decidiéndose celebrar tres eventos, transmitiéndose después las directrices a las empresas. Por tanto, el amaño estaba ya más que preparado.

Los trabajos objeto de la adjudicación ilícita referida se prestaron entre los días 28 de enero y 1 de febrero de 2004 por las empresas preseleccionadas sin expediente alguno de adjudicación: *Special Events SL* ejecutó los servicios relativos al stand de *Fitur* (Lote 1), por un importe de 162.806,6 euros, *Down Town Consulting SL* el espectáculo ecuestre en la Plaza mayor, por importe de 39.366,92 euros y el espectáculo flamenco en los Jardines de Cecilio Rodríguez por importe de 11.855,08 euros.

Una vez terminada la feria, con la finalidad de ocultar esa directa adjudicación ilícita y dotarla de una cierta apariencia de legalidad se procedió a

confeccionar formalmente los correspondientes expedientes de contratación antedatando las actuaciones, los informes y las propuestas, incurriendo en sucesivas infracciones de la normativa administrativa.

En la elaboración formal de los expedientes antedatados intervinieron de forma consciente el Director del *Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad*, quien fuera Secretario General del Ayuntamiento de Jerez, y la Secretario sustituto del IPDC, la técnico superior en el Departamento de Administración de dicho Organismo, la Interventora del Ayuntamiento de Jerez, y la Interventora delegada del IPDC, todos ellos acusados, prestándose a realizar los informes y documentos necesarios antedatados para confeccionar ese expediente de contratación *a posteriori*, haciendo cada uno lo que correspondía a su competencia.

También colaboraron los acusados vinculados a las empresas adjudicatarias en esa confección posterior de los pliegos y de los presupuestos que entregaron a aquellos funcionarios para su incorporación al expediente administrativo fraudulento.

Asimismo, para ocultar que el órgano contratante no había dispuesto de la documentación necesaria al emitir las resoluciones formales de adjudicación de 15 de enero de 2004 en los expedientes correspondientes, empleados del "*grupo Correa*" acusados, siguiendo instrucciones de su máximo responsable acusado cuyo apellido dio nombre a ese conjunto de empresas, confeccionaron la documentación relativa a las ofertas de licitación plasmando unas fechas anteriores (12 de enero de 2004) a las de su elaboración real y su entrega efectiva ante el organismo competente, que tuvo lugar a partir del 20 de febrero de 2004.

Además, los expedientes confeccionados referidos estaban plagados de ilegalidades y arbitrariedades para sortear los controles de legalidad. El procedimiento aparente al que se acudió para esa adjudicación en ese expediente mendaz fue el negociado sin publicidad, no el concurso abierto, que era el que, conforme a los arts. 75 y 210.1. h) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó la Ley de Contratos de la Administración Pública, hubiese correspondido en los expedientes de Stand de *Fitur* y Plaza mayor por la cuantía de la licitación, al superar en ambos casos el importe de 30.056,06 euros.

Se acudió a dicho procedimiento para restringir la concurrencia y sortear la transparencia, refiriéndose en ese expediente la supuesta existencia de una imperiosa urgencia (ex art. 210 1 c TRLCAP), que no quedó acreditada.

Se sorteó la competencia para aprobar los pliegos y acordar la adjudicación, atribuida estatutariamente al Consejo Rector del IPDC, acudiéndose a un acuerdo de delegación de 23 de febrero de 1998 en la Presidencia de dicho Organismo (cargo que correspondía a la alcaldesa de la localidad) dudosamente vigente, y sometiénolo a la ratificación de aquel el 24 de marzo de 2004, una vez confeccionados los expedientes antedatados, por lo que evitó el control de legalidad que pudiera haber efectuado aquel.

Además de no haberse seguido el procedimiento legalmente establecido, en la confección de tales expedientes se cometieron más ilegalidades, pues se saltaron trámites previstos en el TRLCAP, como la Orden de Inicio del expediente o la Propuesta de aprobación del gasto, los pliegos no estaban firmados, no constaban las invitaciones al menos a tres empresas, como exigía la ley en el procedimiento negociado sin publicidad, ni tampoco las ofertas presentadas, no

se constituyó la fianza legalmente exigida ni se hizo efectiva la retención en precios.

El TS considera en esa sentencia que la resolución prevaricadora se materializó a través de la adjudicación de aquellos tres contratos por parte de ese organismo municipal autónomo, calificando la confección del expediente y de los documentos administrativos con posterioridad a la adjudicación como actos constitutivos de un delito continuado de falsedad de documento oficial cometido por funcionario público, previsto en el art. 390 nº 1 ap. 1 y 4 y 74 del Código penal.

Revoca el TS la condena por prevaricación impuesta por la Audiencia Nacional a algunos de aquellos funcionarios municipales que, en aquella confección posterior de confección del expediente mendaz, habían emitido informes y también habían aprobado el pago de las facturas presentadas a las dos empresas adjudicatarias, al considerar que tales actos no constituían propiamente el dictado de una resolución arbitraria en asunto administrativa prevista en el art. 404 del Código penal, sin perjuicio de su subsunción en el referido delito de falsedad de documento oficial por el que fueron condenados. Se afirma en esa sentencia al respecto:

“1. Las resoluciones que cabe considerar constitutivas del delito de prevaricación son, como ya hemos dicho, las que consisten en la adjudicación de los tres contratos a las sociedades Special Events, S.L. y Down Town Consulting, S.L., prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido, con lesión de los principios de transparencia, igualdad y publicidad en la contratación pública.

No pueden considerarse constitutivas del delito de prevaricación las aprobaciones del pago ni las órdenes de hacerlo efectivo, en la medida en que los trabajos contratados se realizaron efectivamente a satisfacción de las partes, sin que se haya acreditado un precio injustificado. Desde esa perspectiva, la actuación administrativa simulada mediante la confección de expedientes de contratación falsificados solo contribuyó a facilitar el pago de esos trabajos realmente ejecutados, por lo que, siendo un pago materialmente debido, carece del necesario contenido de arbitrariedad.

2. La conducta de la recurrente se concreta en la emisión de unos informes que se antedatan con la finalidad de ser incorporados a un expediente simulado confeccionado para dar apariencia de legalidad a una contratación delictiva, lo cual ha sido considerado constitutivo de un delito de falsedad documental. En todo caso, contribuyó de esa forma a que se pudiera hacer un pago que, como se ha dicho, era materialmente debido al corresponderse con servicios prestados a satisfacción de la parte contratante.

Pero no se describe ninguna participación en la adjudicación directa de los contratos prescindiendo del procedimiento legalmente procedente.

Por lo que su conducta no puede calificarse como delito de prevaricación. En ese sentido, el motivo se estima de forma que la razón de la absolución no es la prescripción del delito, sino que los hechos imputados no son constitutivos de un delito de prevaricación.

En la misma situación de la recurrente, en cuanto que su participación en los hechos es posterior a la adjudicación de los contratos, se encuentran los

acusados absueltos Norberto, Pablo y Genoveva, a los que se extenderá la absolución por no ser los hechos imputados constitutivos de delito”

d).- La **STS 646/2021, de 16 de julio** es también interesante. Versan los hechos sobre la contratación de personal por parte del Ayuntamiento de Sada en Galicia.

Se considera allí probado que el alcalde acusado de esa población a finales de 2012 tenía intención de contratar a una amiga en ese consistorio como personal directivo, bajo la denominación de coordinadora general, la cual también fue acusada. Dicho futuro cargo era entonces inexistente en ese consistorio gallego y resultó que la acusada, mediante correos dirigidos a ese alcalde, propuso los pasos a seguir para modificar el Reglamento de organización municipal, así como el organigrama del Ayuntamiento para introducir en él esa nueva plaza pretendida. Redactó aquella acusada las bases de la convocatoria de la oferta de ese nuevo puesto de trabajo, que trasladó a aquel mediante e-mail y también por esa vía expuso al alcalde que la comisión de valoración de ese concurso era conveniente que estuviera formada por funcionarios de confianza y que, incluso, ella podría proponer a alguno.

Siguiendo lo pactado el 12 de diciembre de 2012 el alcalde propuso en el pleno municipal la modificación de aquel reglamento y crear ese puesto, siendo aprobada esa propuesta, a pesar del informe desfavorable del secretario municipal.

La propia acusada facilitó después al alcalde, por correo electrónico, las bases de la convocatoria para cubrir esa plaza creada en forma de resolución, lo cual materializó el alcalde mediante su decreto de 14 de enero de 2013. El texto del anuncio de la convocatoria en el BOP y BOE también lo confeccionó la acusada.

Abierta esa convocatoria, periodo en el que la acusada solicitó conocer los candidatos y sus currículos al alcalde, resultó que la acusada fue la única que se presentó, pasando el proceso selectivo y siendo contratada como personal de alta dirección (contrato laboral) mediante decreto del alcalde de 17 de abril de 2013.

Del 2 de mayo de 2013 al 4 de septiembre de 2013, fecha en que la acusada desistió de ese puesto de trabajo, cobró de las arcas municipales 12.248 euros en concepto de salario.

La Audiencia provincial de A Coruña condenó por esos hechos a la acusada como autora de un delito de tráfico de influencias del art. 429 del Código penal. A su vez, absolvió a los dos acusados del delito de prevaricación del que eran acusados por el Ministerio fiscal.

El TS en la sentencia referida 646/2021, de 16 de julio, estimó el recurso de casación interpuesto por la defensa de la acusada y consideró que los actos descritos en el relato fáctico de la sentencia dictada en la instancia anterior no podían ser tipificados como el delito de tráfico de influencias previsto en ese precepto aplicado, que sanciona que sanciona al *particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico*

para sí o para un tercero. Absolvió, pues, el TS a dicha acusada de dicho delito al considerar que en el relato de hechos probados de la sentencia condenatoria de la Audiencia no se describían los actos de prevalimiento necesarios ni la relación de la acusada con el alcalde de la cual surgieron aquellos actos. Así se afirma en esa sentencia:

“En el supuesto ahora examinado, aun cuando el hecho probado afirma expresamente que la acusada "presionó al Sr. Faustino", en ningún momento se describe en que consistieron aquellos actos desplegados por la Sra. Ariadna que constriñeron la voluntad del Sr. Faustino. No se expresa la relación existente entre ellos ni los motivos concretos que asistieron al Sr. Faustino para seguir exactamente y en todo momento las pautas marcadas por la recurrente. En definitiva, el hecho probado no contempla el verbo nuclear contenido en el tipo objetivo, esto es, influir con prevalimiento. Tampoco la situación que describe es reveladora de que la actuación del Sr. Faustino fuera consecuencia de aquella presión sobre la que se pretende asentar el acto de influencia. Es indicadora más bien de la existencia de un acuerdo de voluntades entre ambos y su actuación concurrente en la consecución de un fin concreto, como era colocar a la Sra. Ariadna como coordinadora general en el Ayuntamiento de Sada. Incluso en la fundamentación jurídica de la sentencia expresa el Tribunal su duda de si "quien auspició todo el proceso fuera el Sr. David, a la sazón presidente provincial del Partido Popular en A Coruña, con quien en palabras del testigo Sr. Eloy- el Sr. Faustino tenía un compromiso de colocar a D^a. Ariadna". “

A pesar de esa absolución el TS en dicha resolución estimó, no obstante, el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Acusación popular y condenó al acusado como autor de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código penal y a la acusada como cooperadora necesaria de ese delito, considerando que, a pesar de la existencia de distintas resoluciones administrativas ilícitas, la unidad de acción impedía aplicar la figura del delito continuado del art. 74 del Código penal.

Para el TS concurrían en el relato fáctico de la sentencia dictada por la Audiencia provincial de A Coruña todos los elementos objetivos y subjetivos de ese delito de prevaricación, destacando además que resoluciones eran contrarias a Derecho, porque mediante ellas se facilitó el acceso a un puesto de trabajo en el Ayuntamiento sin respetarse los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, como condicionamientos constitucionales de la contratación administrativa y los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad.

e).- La **STS 105/2025, de 10 de febrero**, confirma la sentencia condenatoria dictada por la Sala civil y penal del TSJ de Catalunya contra quien fuera directora de la *Institució de les Lletres Catalanes* entre los años 2013 a 2018 y posteriormente Presidenta del Parlament de Catalunya y otra persona más.

Conforme a los hechos probados de esa sentencia, la referida acusada fue nombrada directora de la *Institució de les Lletres Catalanes* (ILC), cargo que ostentó entre los referidos años . En el ejercicio de dicho puesto ostentaba la condición de autoridad y asumía, entre otras funciones, la condición de órgano

de contratación, con competencia para aprobar gastos y autorizar pagos con cargo al presupuesto de esa entidad pública.

En el año 2013, la acusada decidió crear para ese organismo una página web de referencia institucional de las letras catalanas. Para ello encargó ese año directa y personalmente dichos trabajos a un profesional, el otro acusado, con el que mantenía una relación previa, adoptando esa decisión de adjudicación al margen de cualquier procedimiento administrativo de contratación y con pleno conocimiento de que dicha forma de proceder prescindía de las exigencias legales en materia de contratación pública, singularmente las relativas a la libre concurrencia, publicidad y determinación objetiva del precio.

Con posterioridad a la adjudicación verbal y directa de los trabajos, y una vez iniciada su ejecución, la acusada fue advertida por los funcionarios del ICL de la imposibilidad de justificar los pagos correspondientes sin la tramitación de un expediente administrativo de contratación. Le fue indicado que, por la envergadura y el coste de los trabajos realizados, resultaba preceptiva la formalización de un procedimiento contractual conforme a la normativa aplicable. Lejos de regularizar la situación mediante la tramitación del procedimiento legalmente exigido, la acusada decidió articular un mecanismo destinado a simular una apariencia de legalidad administrativa.

Para ello promovió la fragmentación del encargo inicial en dieciocho contratos menores, formalizados entre los años 2013 y 2017, con la finalidad de eludir los umbrales económicos y los requisitos propios de los procedimientos ordinarios de contratación pública.

En cada uno de estos expedientes de contratación menor se incorporaron tres presupuestos, dos de los cuales eran completamente ficticios, elaborados sin responder a prestación real alguna, mientras que el tercero reflejaba el importe que el adjudicatario pretendía facturar por los trabajos previamente encargados. Dichos presupuestos fueron incorporados a los expedientes con el fin de aparentar una concurrencia que fue inexistente y dotar así de cobertura formal a las resoluciones de adjudicación y autorización de pago.

El importe total abonado por el ILC en virtud de estos contratos ascendió a 335.700 euros, IVA incluido, sin que conste que el coste real de los trabajos informáticos fuera inferior al importe satisfecho.

La finalidad de la actuación no fue, por tanto, la obtención de un beneficio económico directo mediante sobrecostes, sino la adjudicación directa y sostenida en el tiempo de un contrato público prescindiendo deliberadamente del procedimiento legalmente establecido.

La acusada fue considerada autora de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código penal y de un delito continuado de falsedad en documento oficial del art. 390 nº 1 ap. 2 del mismo Código y como inductora de un delito continuado de falsedad en documento mercantil.

El acusado fue considerado cooperador necesario del delito continuado de falsedad en documento oficial y como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil del art. 392 del Código penal y cooperador necesario penalmente responsable del delito continuado de falsedad en documento oficial.

En relación con el delito de prevaricación el TS razona lo siguiente:

“El contenido básico de la prevaricación, como antes señalamos, consiste en una actuación contraria a derecho. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone “la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho” (STS 2/99, de 15 de octubre), lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando “queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata”, o “cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución”.

En el sentido indicado, el tipo penal supone que el funcionario público ha de actuar 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.

Lo relevante para la conceptualización de arbitraria de una resolución dictada es que la misma sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. La incompatibilidad radica con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art. 9.3 de la Constitución) significa, ha señalado la doctrina que “tanto que estamos ante una resolución caprichosa, más estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada”.

Desde la perspectiva expuesta , alcanzada la convicción por el tribunal de instancia sobre la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, al contratar la recurrente, con absoluta ajeneidad al ordenamiento, a los procedimientos de contratación previstos en la ley, y realizándolo con un sometimiento único a la voluntad persona de quien tenía toda la autoridad para contratar y autorizar su pago, la subsunción es acorde a las prevenciones de la tipicidad del delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal, que tiene su reflejo fáctico preciso en el apartado 2.º del hecho probado al reseñar que “pese a conocer que al hacerlo prescindía del procedimiento administrativo de contratación”, realizó la adjudicación del contrato.”

Por tanto, en este caso la resolución injusta exigida por el delito de prevaricación resultaba de la decisión inicial de adjudicar de manera directa la creación, desarrollo y mantenimiento de la web del ILC, por la vía de hecho y sin trámite alguno esa contratación, no de los ulteriores contratos tramitados *ad hoc* para dar alguna cobertura legal a lo ya decidido antes de manera arbitraria.

En cuanto a la falsedad documental, se consideró que las resoluciones de adjudicación dictadas en cada uno de los dieciocho expedientes de contratos menores incorporaban datos que eran mendaces con plena eficacia jurídica, a los efectos de amparar pagos que traían causa de una contratación radicalmente ilegal. Dichas resoluciones, dictadas por la acusada, constituían el delito continuado de falsedad en documento oficial por el que también fue condenada la acusada, como se ha expuesto.

Respecto de los presupuestos ficticios aportados por el acusado para incorporarlos en esos expedientes de contratación, a los efectos de aparentar una cierta concurrencia pública, la Sala consideró que tales documentos, aunque

elaborados por particular y con apariencia mercantil, habían sido creados con la única voluntad de unirlos a esos expedientes administrativos y producir efectos jurídicos en el ámbito público, especialmente para tratar de justificar los pagos. Por esa razón, consideró que había un concurso de normas entre el delito de falsedad de documento mercantil y el delito de falsedad de documento oficial a resolver en favor de este delito, conforme al principio de consunción del art. 8 3 del Código penal.

También descartó el TS en esa sentencia, como ya había hecho previamente el TSJ de Catalunya en su resolución, la existencia de concurso medial entre el delito de prevaricación administrativa y los delitos de falsedad documental. Entendió que la prevaricación se encontraba ya totalmente consumada cuando se llevaron a cabo después las conductas falsarias, de modo que éstas no podían ser consideradas medios necesarios para la comisión de aquella conforme al art. 77 nº 3 del Código penal, sino que eran delitos autónomos, cometidos con posterioridad para ocultar y facilitar la ejecución de una decisión previamente adoptada al margen del Derecho.

4.- EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES Y EL DELITO DE FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN. -

La contratación administrativa puede ser un marco muy idóneo para desplegar maniobras destinadas a perjudicar el patrimonio público, lo cual podrá quedar tipificado en alguna de las modalidades de malversación previstas en los arts. 432 y 434 del Código penal o en el delito de fraude a la Administración del art. 436 del mismo Código, que se comentarán a continuación.

El bien jurídico que es objeto de protección en el delito de malversación consiste, para algunos, en la obligación que tienen las autoridades y funcionarios públicos de actuar con fidelidad y lealtad en la custodia o administración de los bienes públicos. Para otros, consiste en el patrimonio público, entendido desde una perspectiva funcional, más que propiamente económica. Nuestro texto constitucional dispone en el art. 103, que *“la Administración Pública, así como las autoridades y funcionarios públicos que la integran, debe servir con objetividad los intereses generales, actuando en todo momento con sometimiento pleno a la ley”*. Asimismo, el art. 133.4 CE proclama que *“las Administraciones Públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes”*.

Sobre esta cuestión del bien jurídico, el Tribunal Supremo ha afirmado que lo que el derecho penal persigue mediante la tipificación de las conductas descritas en los arts. 432 a 434 CP es proteger el correcto ejercicio de la función pública y, más en concreto, la satisfacción del interés general en la gestión de los recursos públicos. Por lo que, tal y como han afirmado nuestros tribunales en reiteradas ocasiones, el bien jurídico protegido por el delito de malversación se identifica fundamentalmente con el patrimonio de la Administración pública, así como con el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración (SSTS797/2015; 1023/2022; 749/2022)

Teniendo en cuenta lo anterior, se halla tipificado en el Capítulo VII del Título XIX del Libro II del Código penal, título aquel que tiene como rúbrica

“Delitos contra la Administración Pública” contemplándose en ese mismo título otros delitos cuya comisión afecta claramente a ese correcto funcionamiento de lo público, como el cohecho (arts. 419-427 bis), el tráfico de influencias (arts. 428-430), la prevaricación ya comentada (arts. 404-406) o las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (arts. 439 a 444).

La reforma operada por la LO 14/2022 introduce una novedosa definición auténtica de patrimonio público en el artículo 433 ter al disponer que, *“a los solos efectos penales se entiende como tal, todo el conjunto de bienes y derechos de contenido económico-patrimonial pertenecientes a las administraciones públicas”*.

Con arreglo al principio de legalidad que rige la interpretación penal esta definición prevista en ese precepto podría llegarse a entender como que el legislador ha querido excluir de ese delito de la malversación los bienes y derechos pertenecientes a entes que, a pesar de integrarse en el sector público institucional, no son Administración Pública con arreglo a determinadas normas del derecho administrativo que referiremos a continuación. Esta interpretación impediría subsumir en la malversación, por ejemplo, la sustracción o desvío del patrimonio perteneciente a sociedades mercantiles de derecho privado vinculadas o dependientes de una Administración pública, o de fundaciones del sector público o de universidades públicas.

Por lo que se refiere a ese patrimonio de los entes del sector público que no constituyen Administración pública con arreglo al ordenamiento jurídico-administrativo, la doctrina y la jurisprudencia han admitido de forma prácticamente unánime su naturaleza pública y que, por lo tanto, puede erigirse como objeto material del delito de malversación. Basta, a tal efecto, con examinar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2017 sobre el carácter público o privado de los caudales de una sociedad mixta¹.

¹ Con el propósito de intentar esclarecer cuándo estaremos ante patrimonio público y teniendo en cuenta el incremento de sociedades o entes que lo gestionan, el referido Acuerdo estableció ijar un criterio para determinar cuándo los actos de distracción, apropiación o administración desleal afectan a ese patrimonio público. Así se considera que tendrán ese carácter los bienes de cualquier clase que se integren en el patrimonio de sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u organismos públicos, siempre que concurra alguno de estos supuestos:

- Si la sociedad mercantil está participada en su totalidad por las personas públicas referidas
- Si está participada mayoritariamente por las mismas
- Si la sociedad puede considerarse como pública, en atención a las circunstancias concretas que concurran en la misma, como por ejemplo, que el objeto de esa sociedad participada sea la prestación directa o indirecta de servicios públicos o cuando participen del sector público; o que esa sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, fiscalización, inspección o intervención del Estado o de otras Administraciones Públicas; o bien que esa sociedad participada haya recibido subvenciones públicas en cuantía relevante para desarrollar su objeto social y actividad.

El art. 432 núm. 1 del Código penal sanciona a: *“la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas”*.

Este delito se halla castigado con las penas de prisión de dos a seis años y la de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de seis a diez años.

En cuanto a qué ha de entenderse como autoridad o funcionario público el art. 435 bis del Código penal remite a la interpretación auténtica del art. 24 del Código penal, ya comentado al tratar del delito de prevaricación, así como a aquellos que describe de manera específica en el art. 427 del mismo cuerpo legal.

Para incurrir en ese delito la autoridad o funcionario público que realiza los actos de apropiación de bienes o derechos del patrimonio público o que consiente que un tercero se adueñe de aquellos habrá de tener una especial relación con aquellos en virtud de su función pública, pues exige el tipo que la acción lesiva ha de recaer sobre bienes que ha de tener a su cargo debido a sus funciones o con ocasión del ejercicio de estas. Si no se diera esa vinculación se debería sancionar por el delito patrimonial común, como el hurto la apropiación indebida o la estafa, dependiendo de la actuación.

También es posible que extraños a la función pública puedan participar en ese delito de malversación cometida por la autoridad o funcionario público, sea como inductores de su comisión o como cooperadores necesarios. De hecho, ese tercero al que se refiere el tipo y que se adueña de esos bienes del patrimonio público con la anuencia del responsable público deberá responder de ese modo.

Muchas veces el acto de disposición de la malversación se fundamentará en una resolución administrativa que será claramente contraria a derecho, de modo que fácilmente ese delito podrá concurrir con el delito de prevaricación previsto en el art. 404 del Código penal. En el ámbito de la contratación y como ya se ha expuesto fácilmente la adjudicación ilícita, constitutiva de la *resolución arbitraria en asunto administrativo*, tendrá como finalidad o consecuencia el desvío de patrimonio público en favor de terceros.

El número 2 del art. 432 contempla varios supuestos de agravación de la conducta básica antes descrita y para ello dispone:

“Si en los hechos referidos hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- *Se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,*
- *El valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros*

- *Las cosas malversadas fueran de valor artístico, cultural o científico*
- *O si se tratare de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública”*

Las penas que imponer en este caso serán las de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

Ahora bien, *si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000€*, la pena se impondrá en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Por tanto, se trata de un supuesto muy agravado de malversación.

Así mismo el art. 433 del Código penal establece un supuesto atenuado con una pena inferior *“cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000€”*.

En este caso la pena a imponer será la de prisión de uno a dos años, la de multa de tres meses y un día a doce meses y, en todo caso, la de inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años.

En este marco de búsqueda de obtención de un beneficio patrimonial particular, a costa del patrimonio público y por la vía de la contratación no puede pasar por alto que el delito del art. 436 del Código penal describe el delito de fraude a la Administración, que se tipifica del siguiente modo:

“La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, ara contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.”

Puede apreciarse que se trata de un delito de concertación para la defraudación a cualquier ente público, pues requiere un acuerdo con esa voluntad entre una autoridad o funcionario público y el particular interesado en la contratación o en la liquidación a que hace referencia el precepto. Para su consumación no es necesario que se consiga el beneficio patrimonial pretendido ni el consiguiente perjuicio para el erario, bastando el simple acuerdo con ese designio defraudatorio, siendo un delito de peligro.

Lógicamente, puede entenderse que se describe en ese precepto lo que suele ser la antesala o la preparación de la posterior malversación de caudales

públicos antes comentados a través de la contratación. No obstante, como se expondrá al comentar uno de los supuestos enjuiciados, el delito de fraude no queda subsumido en el de malversación, pudiendo concurrir en relación de concurso medial de delitos del art. 77 nº 3 del Código penal.

Comentario de algunos supuestos. -

a).- En la **STS 166/2014, de 28 de febrero**, a grosso modo, dada su extensión y gran complejidad, cabe destacar de los hechos probados que el acusado y condenado principal de dicha causa fue nombrado en el año 2003 director gerente de la sociedad anónima *Baleares Innovación Telemática (Bitel)*, cuyo capital social era íntegramente público a partir de 2005 y se hallaba desde el año 2003 adscrita a la Conselleria d'Economia del Govern Balear.

Desde ese año 2003 hasta julio de 2007, momento en que fue cesado, ese acusado ostentó ese cargo y con el propósito de desviar fondos públicos y quedárselos compró una empresa inactiva en octubre de 2006 y creó así después la empresa *Hèlix Infocom SL*, en la que tenía de forma oculta el 50 por ciento de sus participaciones y puso a un hombre de paja al frente de la misma como administrador aparente, gestionándola de facto aquel de ese modo.

Posteriormente contrató como gerente de Bitel a su empresa *Hèlix* para realizar numerosos informes y estudios a través de procedimiento negociado y sin publicidad, con importes que oscilaban entre los 12.000 y los 25.000 euros, siendo aquellos trabajos totalmente ficticios, pues no servía para nada a *Bitel*, siendo lo presentado puros plagios de publicaciones de internet o de la Administración y que simplemente se copiaban. Por esa vía obtuvo a través de *Hèlix* la suma de 139.224,39 euros, resultando que algunos de esos informes se pagaban antes de ser presentadas las facturas en *Bitel*.

También procedió a adjudicar trabajos, reales y que fueron prestados, a otras empresas por la vía del negociado sin publicidad, cobrando determinados porcentajes de cada factura en forma de comisión y que le entregaban los adjudicatarios al acusado gerente de *Bitel*.

Dicho acusado fue condenado en la primera instancia por la Audiencia provincial de Palma de Mallorca como autor responsable de los delitos de malversación de caudales públicos, de fraude a la Administración, de prevaricación y de cohecho.

En el recurso de casación interpuesto por aquel contra esa sentencia el TS en esta sentencia 166/2014 se plantea la relación existente entre el delito de fraude y el de malversación, pues el recurrente pretendía que el primer delito quedara subsumido en el segundo, como muestra de la progresión delictiva. El alto tribunal no acepta esta pretensión y argumenta, tratando de sentar doctrina al respecto, que se trata de dos conductas independientes que en ese caso se hallaban en relación de concurso ideal medial. Así se afirma sobre esta cuestión:

“En este supuesto tenemos que decantarnos por la dualidad delictiva que, por otra parte, tampoco ha de tener una relevancia penológica extrema. Ciertamente reduce el margen de recorrido punitivo, pero la pena única que se ha impuesto lo sería también si nos inclinásemos por la tesis del concurso de normas.

A favor del concurso de delitos milita en primer lugar la diferencia de bien jurídico detectable en ambos tipos. En la malversación predomina el bien jurídico patrimonio de la administración, aunque combinado con un deber de fidelidad del funcionario y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración. Es tópico en la doctrina hablar de esa doble naturaleza. Pero se subraya el contenido patrimonial. En la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia analizan este delito aludiendo a esa dualidad: observan en él un componente patrimonial, en cuanto se lesionan los intereses patrimoniales de la Administración, pero destacan junto a ello la deslealtad del funcionario, que infringe los deberes inherentes a la función que tiene encomendada.

Es verdad que la conducta típica consiste tanto en sustraer como consentir que otro sustraiga (modalidad esta segunda que parece acercarnos al fraude). Pero de cualquier forma basta la sustracción desnuda, aunque no vaya acompañada de artificio.

En el delito del art. 436 predomina como bien jurídico la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos. Por eso no se exige el efectivo perjuicio. Si éste se produce entrará en juego el otro bien jurídico lesionado: el de la malversación.

La malversación no abarca el total desvalor de la conducta consistente tanto en el artificio y concierto con terceros (se lesionan los principios de objetividad y transparencia) como en el efectivo perjuicio del patrimonio público.

A esta razón apoyada en la diferencia de bien jurídico que normalmente es orientativa pero no definitiva, se unen otras de carácter intrasistemático. La coherencia punitiva invita a la doble calificación. Si fuese de otra forma, nos encontraríamos con el que delito de fraude que tiene asignada una pena de prisión de uno a tres años, además de la pena de inhabilitación, vería absurdamente reducida su sanción si consideramos que siempre queda consumido por la malversación, cuando ese concierto lograrse su objetivo de efectiva defraudación y el monto de ésta no superase los cuatro mil euros (prisión comprendida entre seis meses y tres años además de una multa y suspensión). No es asumible esa consecuencia: un fraude sin perjuicio patrimonial producido merecería menos pena cuando sí se produjo también la lesión patrimonial, aunque lo fuera en cuantía moderada.

El problema presenta similitudes con otros supuestos dificultosos de concurso como el que de los delitos de estafa y alzamiento de bienes. También recientemente en este caso las consecuencias penológicas de una u otra solución llevaban a admitir el concurso real (STS 440/2012, de 25 de mayo), sustrayendo el supuesto de la disciplina del art. 8 CP : "Un argumento de coherencia penológica refuerza definitivamente la opción por el concurso real de delitos. En el presente supuesto se ha condenado por un delito de estafa agravado del art. 250 castigado con penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Esa penalidad de este caso ahora examinado ensombrece el argumento, pues es superior a la del delito de alzamiento de bienes: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Pero la solución que se ofrezca para esta cuestión ha de extenderse a todos los casos de estafa más alzamiento posterior (y, con ciertos matices, a otros casos de comisión de delitos o faltas contra el patrimonio que supongan enriquecimiento propio y ulterior insolvencia). Suscribir como respuesta una relación de consunción en que la infracción patrimonial anterior absorbe el posterior alzamiento lleva a dislates punitivos que no pueden asumirse. El alzamiento que

tuviere como base una relación obligacional derivada de un contrato lícito y legítimo merecería más pena (prisión de uno a cuatro años y multa mínima de doce meses); que aquél que se produjese como secuela de un delito de estafa no agravada que, según la tesis de la consunción, quedaría absorbido por ésta mereciendo toda la conducta una única pena de prisión comprendida entre seis meses y tres años (art. 249). Esta perniciosa consecuencia es seguramente la que ha llevado a un sector doctrinal a dar prevalencia al principio de alternatividad (art. 8.4º) para resolver el supuesto. Estaríamos ante una consunción impropia según la terminología de algún autor, en la que el tipo preferente será el más penado. Pero en realidad lo que trasluce esa comparación de penas es que si se aplica solo una de las normas no se está contemplando todo el desvalor del injusto y el reproche de culpabilidad se queda corto. Si se aplica de forma excluyente uno de los dos tipos penales en aparente conflicto escapará parte del injusto al reproche penal. Sancionar exclusivamente con las penas del alzamiento de bienes a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro impulsándole a un acto de disposición en su beneficio; y luego extrae fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, supone ignorar una relevante porción de injusto, negar trascendencia penal en ese caso a toda la actividad inicial defraudatoria equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio lícito".

Estas consideraciones se erigen en argumento decisivo para repeler el presente motivo: el concierto del art. 436 admite el concurso medial con el posterior delito de malversación de caudales públicos. Ni el principio de consunción ni el de alternatividad solventan satisfactoriamente esa cuestión. La diferenciación entre los bienes jurídicos alienta esa solución. No hay consunción, ni propia, ni impropia.

Es más, aquí incluso manejando con fidelidad absoluta la tesis de la STS 841/2013 habría que mantener el concurso de delitos en la medida en que algunas de las conductas que se encajan en el art. 436 no son precedente de una malversación."

Sorprendentemente el TS en esa sentencia 166/2014 estima parcialmente el recurso formulado por ese gerente acusado y le absuelve del delito continuado de prevaricación por el que había sido condenado en la instancia al entender que el acusado no dictó resolución en asunto administrativo al obrar como gerente de una sociedad mercantil pública realizar esas adjudicaciones, bajo unos razonamientos que reproducimos a continuación y que no llegamos a comprender y no podemos compartir, teniendo en cuenta lo expuesto antes en el apartado referido a la prevaricación, donde se hace referencia a distintas sentencias posteriores del mismo Tribunal Supremo que ya no siguen este criterio:

"...Dicha redacción estuvo en vigor hasta el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, en el que, se le dio a la nueva redacción:

"Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 , para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su

actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que lo naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

No por el hecho de que dicha contratación deba sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia, se convierte en una contratación propia de Administraciones Públicas u Organismos Autónomos. Por ende, no cabe hablar de "asunto administrativo". Precisamente que deban extenderse expresamente por ley tales principios a la actuación de esos entes es señal de que no se trata de actividad administrativa, sino puramente mercantil, sometida al derecho privado. Eso no viene alterado ni por la consideración jurídico penal del recurrente como funcionario, ni por la naturaleza pública de los caudales. El concepto de "asunto administrativo" que maneja el Derecho Penal no se ajusta estrictamente a las categorías ajenas a él.

Pero no llega al punto de atraer a ese campo actos sometidos exclusivamente al Derecho Privado aunque con esos condicionantes."

b).- Destaca también la **STS 222/2023**, que examina otra fechoría del antes referido "Grupo Correa", estructura empresarial jerárquica organizada en torno a un acusado principal, cuyo apellido da nombre a ese grupo, y distintas sociedades, gestionadas éstas por aquel y otros acusados. Todos ellos de común acuerdo buscaban mediante ese entramado enriquecerse ilícitamente de forma sistemática con cargo a fondos públicos a través de la irregular adjudicación de contratos públicos, desplegando esa actividad ilícita principalmente en la Comunidad de Madrid, de Castilla y León y Valencia gobernadas por el Partido Popular y en cuyas campañas electorales había participado ese entramado para facilitar los servicios necesarios.

De los extensos hechos declarados probados de esa sentencia objeto de casación se desprende, muy esquemáticamente, que en octubre de 2005 la organización del citado acusado principal, rector del "Grupo Correa", teniendo conocimiento de que iba a producirse la visita del papa Benedicto XVI a Valencia, con motivo de la celebración del *V Encuentro Mundial de las Familias (EMF)* los días 7, 8 y 9 de julio de 2006, inició una serie de actuaciones dirigidas a conseguir la adjudicación de modo ilícito de la prestación de los servicios y suministros necesarios para el desarrollo de dicho evento.

Al menos desde octubre a noviembre de 2005, los acusados responsables de las empresas de ese entramado societario mantuvieron, directa e indirectamente, reuniones y contactos con uno de los acusados cuando era Conseller de Agricultura de la Generalitat valenciana y otras personas vinculadas a la Fundación V EMF, para conseguir que ésta otorgara la contratación del alquiler de pantallas, megafonía y vídeo, así como otras contrataciones, como escenario, escenografía o vallas, al "Grupo Correa".

Tras barajar varias estrategias para obtener esa adjudicación, como la celebración de un concurso público que abarcara todos los servicios necesarios correspondientes a esa visita papal, para lo cual se iba a constituir una UTE al efecto con empresas de ese entramado y habían llegado a encargar la redacción de un pliego de condiciones, finalmente decidieron cambiar de estrategia.

Los acusados del grupo empresarial buscaron otra vía alternativa para captar una parte importante del negocio: adjudicación del contrato de suministro en régimen de alquiler de las pantallas y sonorización, para lo cual los acusados del grupo y el acusado director general del organismo público Radiotelevisión Valenciana (RTVV) decidieron de común acuerdo que el encargo y el coste de

la celebración de este contrato de suministro de pantallas de vídeo, megafonía y sonido no se llevara a cabo directamente por la Fundación V EMF, sino por el Ente Público RTVV a favor de una empresa pantalla - TECONSA-, para llevar a efecto lo cual contaron con la aquiescencia de personas vinculadas a la Fundación que, mediante la firma de un Convenio de colaboración, cedieron la señal a ese ente público y éste a cambio se hacía cargo del suministro de pantallas y sonido para que los asistentes al encuentro papal pudieran ver al pontífice, ahorrándose así el coste de tales servicios.

Para la obtención de la adjudicación fue fundamental la intermediación realizada por uno de los acusados responsables del "Grupo Correa", aprovechando sus contactos y buenas relaciones con personas vinculadas a la Fundación y de amistad con el director general de la RTVV.

RTVV había sido creada por Ley de la Generalitat valenciana 7/1984, de 4 de julio, tenía personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, estando adscrita a la Presidencia de la Generalitat.

En lo relativo a la contratación por parte de la RTVV, por lo que respecta al Ente público RTVV, en virtud del artículo 1.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratación con las Administraciones Públicas (TRLCAP), estaría sometido a una aplicación plena de dicho texto refundido.

El director general de la RTVV y acusado era también órgano de contratación de la Sociedad Televisión Autonómica Valenciana SL de acuerdo con lo establecido en la citada ley de creación de ese ente público, habiendo asumido por modificación de los Estatutos sociales de una de las sociedades creadas por RTVV en 2014 facultades para celebrar contratos, cualquier que sea su objeto y naturaleza, por importe superior a 30.000 euros (IVA incluido) que se adjudiquen por procedimientos que supongan oferta o competencia competitiva.

El mecanismo ideado y utilizado finalmente por los acusados para que RTVV, fuera de su labor informativa y de retransmisión del evento, asumiera formalmente este gasto -que posteriormente supuso un ilícito desembolso para RTVV de 7.493.600€ (IVA incluido) y que permitió el enriquecimiento personal de miembros del "Grupo Correa", fue la elaboración durante los meses de diciembre de 2005 a febrero de 2006 de un "Convenio de Colaboración entre Radio Televisión Valenciana (Grupo RTVV) y la Fundación organizadora del V Encuentro Mundial de la Familia", que se firmó finalmente el 27 de febrero de 2006 por el presidente ejecutivo de la FVEMF y el acusado director de RTVV.

Dado que RTVV no necesitaba ningún Convenio para informar de un evento que se iba a desarrollar en un espacio público, el efecto fundamental que tuvo aquel fue que RTVV se encargó de asumir los gastos de equipamiento y montaje de las pantallas de vídeo, sonido y megafonía del evento sin percibir ninguna contraprestación a cambio, cuando tales gastos correspondían a la Fundación organizadora del evento y en ningún caso a RTVV.

Este Convenio entre RTVV y la FVEMF tenía pues por objeto el que era propio de un contrato de servicios remunerado previsto en el art. 205 del TRLCA y era nulo de pleno derecho por vulneración de las normas de contratación pública del art. 2 1 TRLCAP y de las normas de derecho comunitario, circunstancia que era conocida por los acusados.

En la elaboración y redacción de las distintas versiones del Convenio, colaboraron activamente con conocimiento de esta circunstancia, de cuál era la finalidad última del mismo y con la voluntad de que se materializara, el director

económico-financiero y el jefe del departamento técnico de RTVV, bajo la dirección del acusado director general de ese ente público.

Por parte de la FVEMF el Convenio se redactó y consumó al margen de su órgano de gobierno, sin que conste que fuera previamente conocido y aprobado por el Patronato de la FVEMF.

A ello se añade que desde al menos noviembre de 2005 personal de RTVV ya estaba trabajando con la FVEMF en la estructura del acto y eran conocedores de que RTVV era el ente encargado de emitir la señal.

El Convenio acordó constituir una comisión de trabajo permanente con el fin de coordinar tareas y para un mejor aprovechamiento de los medios materiales y recursos técnicos y humanos del Patronato y del grupo RTVV. No consta documento que acredite la constitución de la misma, ni actas de deliberación.

Finalmente el director general de RTVV acusado adjudicó a TECONSA, mediante expediente de contratación y por el procedimiento negociado sin publicidad y tramitado por urgencia, el suministro en régimen de alquiler de equipamiento de pantallas de video, sonido y megafonía para RTVV, con motivo de dar una cobertura televisiva integral en la programación especial que RTVV emitió con motivo de la visita del Papa a Valencia los días 7, 8 y 9 de julio de 2006, por un importe de 6.460.000 euros (7.493.600 euros, con IVA), importe que era muy superior al coste real que tenían los trabajos necesarios para su ejecución, lo que supuso un sobre coste con cargo a los fondos públicos de la RTVV de 3.205.375,11 euros y un correlativo enriquecimiento ilícito a favor de los acusados que intervinieron de forma decisiva en dicha adjudicación, en detrimento del erario público.

Aun cuando se tramitó formalmente un expediente de contratación, que se inició con la resolución de 6 de abril de 2006 y terminó con el contrato de adjudicación de 10 de mayo de 2006, resoluciones ambas firmadas por el acusado director general de RTVV, el proceso de adjudicación fue totalmente simulado. La adjudicación ya estaba decidida con mucha antelación a favor de la empresa vinculada al "*Grupo Correa*", TECONSA, en virtud del mencionado concierto previo entre aquel director general y los tres acusados pertenecientes a ese entramado societario corruptor. Estos acusados, junto a empleados de TECONSA y de las empresas que ésta iba a subcontratar, al carecer totalmente de medios materiales y personales para cumplir con lo adjudicado, así como con empleados de RTVV ya estaban materializando los trabajos de organización y ejecución del acto al menos desde febrero de 2006, mucho antes de esa adjudicación formal.

Por tanto, se trató de una adjudicación directa del ente público RTVV a la empresa interpuesta del "*Grupo Correa*", TECONSA, decidida con anterioridad al inicio del expediente administrativo de contratación y a espaldas de los principios de publicidad y concurrencia, cuya tramitación posterior se hizo con la finalidad de dar una cobertura formal y revestir de una aparente legalidad una adjudicación que era ilícita.

El expediente de contratación fue confeccionado formalmente de forma antedatada, de manera que partiendo de una adjudicación previamente decidida a favor de la sociedad interpuesta por el acusado principal del "*Grupo Correa*", la mencionada TECONSA, se fueron adecuando los pliegos de condiciones, las supuestas ofertas de otros licitadores, el informe técnico, el acta de la mesa de

contratación, la resolución de adjudicación y hasta el propio contrato entre RTVV y TECONSA a conveniencia.

Además, el expediente tramitado estaba plagado de ilegalidades e irregularidades, tales como elección del procedimiento negociado cuando el precedente por la cuantía y no estar justificada la urgencia era el concurso público, pliegos de condiciones sin precio y con indefinición respecto al servicio que se licitaba, falta de constancia de invitaciones y de la presentación de las ofertas, falta de capacidad técnica de la adjudicataria para realizar tales trabajos, que tuvo que subcontratar estando ello prohibido, intervención de los propios subcontratistas en la redacción de los pliegos y del contrato y falta de dotación presupuestaria para el referido gasto.

Las infracciones de ese procedimiento de contratación por parte de RTW fueron encabezadas por el acusado de director general de ente, quien se sirvió y contó con el auxilio de los empleados públicos de ese organismo público que ostentaban los cargos de director del departamento Económico Financiero, el jefe del departamento Técnico, el jefe de Gabinete del director general, la letrada del departamento de Dirección Jurídica, el director de Televisión Valenciana (TVV); el director de Gestión de Recursos Humanos y Servicios Generales de TVV y el jefe de Unidad de Compras de RTVV y secretario de la mesa de contratación.

Por parte del grupo CORREA, intervinieron directamente en el proceso de adjudicación del proyecto a TECONSA dos acusados, ambos bajo la dirección del acusado máximo responsable del referido grupo de empresas corruptoras.

En la tramitación administrativa del expediente de contratación quedaron acreditadas las siguientes ilegalidades e irregularidades:

Inicio del expediente de contratación:

El expediente se inició mediante resolución de 06.04.2006. Tal documento fue antedatado, al no ser su fecha real la que constaba en el documento físico, sino que conforme al archivo informático que contiene dicho documento su fecha de creación es la de 10.05.2006.

Además, a través de dicha resolución se dio inicio al expediente de contratación, acordándose su tramitación por razones de urgencia a través del procedimiento negociado con publicidad, que era claramente ilegal, pues no estaba motivada la imperiosa urgencia, ya que el evento que lo motivaba no era un acontecimiento imprevisible para el órgano de contratación, siendo conocida la fecha de celebración del mismo y la asunción de competencias para su adjudicación desde al menos el 27 de febrero de 2006.

El Pliego de Condiciones del expediente de contratación tenía fecha de 6 de abril de 2006, si bien los metadatos del documento Word refleja que fue creado el 10 de mayo de 2006 por la acusada Letrada del departamento jurídico de RTVV, tras recibirlos de uno de los acusados del "*Grupo Correa*".

Se indicaba bajo el epígrafe "Criterios de adjudicación" que para la adjudicación se tendrían en cuenta no solo criterios económicos sino también de fiabilidad y viabilidad técnica y operativa, de forma que se propondría para su adjudicación aquella oferta que, en su conjunto, se considerara más ventajosa. Sin embargo, en ningún apartado del pliego se detallaban o desglosaban cuales eran criterios de adjudicación distintos de los económicos ni su ponderación. En lo que se refiere a los criterios económicos tampoco se recogía cual sería el sistema de ponderación de este criterio respecto del total ni cuál la fórmula utilizada para asignar la puntuación a cada oferta.

No existía una partida de gastos dentro de la Ley de Presupuestos de la Generalitat Valenciana de 2006 para la RTVV SA para poder llevar a cabo el expediente de gasto de producción del programa con motivo del desarrollo de los actos del "V Encuentro de las Familias, misa y actos".

No obstante el director general de RTVV, en uso de su prerrogativa, solicitó ese gasto formalmente el 12 de abril de 2006, siendo autorizado el 7 de julio de 2006.

Solicitud y presentación de ofertas:

En el expediente no queda acreditado el medio ni la fecha en que se cursaron las invitaciones a las distintas empresas para participar en el procedimiento negociado para el suministro de pantallas de video, sonido y megafonía (fax, correo ordinario, correo electrónico, etc.).

En realidad el expediente fue enteramente simulado, y en ello tuvo también un papel esencial el acusado gestor de la sociedad *Impacto Producciones SL* quien, en estrecha colaboración con el "Grupo Correa", proporcionó a RTVV ofertas de varias empresas con presupuestos muy dispares -entre ellos de algunas que ignoraban su participación en el procedimiento y que estaban intencionadamente orientadas a que los responsables de RTVV pudieran "confeccionar" el expediente de contratación y dar apariencia formal a la selección del presupuesto presentado por TECONSA.

En concreto, ese acusado hizo uso intencionado con esta finalidad de presupuestos de fechas previas al 06.04.2006 de dos empresas de los que disponía con anterioridad debido a sus relaciones empresariales:

Respecto a la oferta de TECONSA, la organización del "Grupo Correa" elaboró buena parte de los documentos incluidos por esta empresa en su oferta como: carátulas, documentos técnicos, carta de interés en participar en el concurso, carta de toma de conocimiento del interés por RRTVV confeccionados cuyo contenido fue realizado con posterioridad a la fecha que figura en los mismos, y la indicación en algunos de ellos de la incorporación del logo de TECONSA y de la RRTVV.

En relación con la solvencia técnica y profesional de TECONSA, carecía absolutamente de cualquier experiencia en el sector, habiendo presentado documentos simulando tener tal experiencia, ocultando intencionadamente que tales documentos y tales experiencias pertenecían a *Impacto Producciones SL*, que sería subcontratada después.

Informe Técnico de valoración de ofertas:

En relación con el informe técnico de valoración de ofertas, acusados responsables de RTVV firmaron el Informe Técnico que contiene la valoración de las ofertas para el suministro de pantallas de video, sonido y megafonía, en régimen de alquiler, en la que se hace constar la propuesta de adjudicación a favor de TECONSA por ser la más ventajosa, haciéndose constar como fecha de dicho documento el día 04.05.2006.

Sin embargo la elaboración de este informe se llevó a cabo con posterioridad a la adjudicación del contrato, el día 25.05.2006 por parte de aquellos, siendo firmado de forma consciente por el acusado director de Antena que era la Unidad Proponente, por ser su firma necesaria para la confección formal del expediente.

La carencia de criterios de valoración de ofertas en el pliego de condiciones permitió a dos de los acusados directores de RTVV emitir el informe de "propuesta de adjudicación" en el que otorgaron de forma arbitraria y

siguiendo las indicaciones del director general e ese organismo público la mejor calificación a la entidad *TECONSA*. Ello a pesar de conocer que carecía de la experiencia y medios necesarios para ejecutar el contrato y que, consecuentemente, habría de subcontratar toda su ejecución en contra de lo admitido legalmente.

Acta de la mesa de contratación:

La Mesa de Contratación de RTVV estuvo integrada por los acusados referidos pertenecientes a ese organismo público. El acuerdo de la Mesa de contratación de elevar al Órgano de contratación de TVV la propuesta de adjudicación del contrato a la empresa *TECONSA*, en documento formalmente fechado el 08.05.2006, uniendo al acta el informe elaborado por la Dirección de Antena de RTVV, se adoptó a pesar de no tener constancia de las distintas ofertas ni de un informe técnico y conscientes de la gravísima vulneración de las normas de contratación pública que se había producido, que la empresa seleccionada no reunía los requisitos para ejecutar el objeto del contrato y que el precio aprobado para su ejecución era notoriamente superior al del servicio que se iba a prestar.

Resolución de adjudicación:

La resolución de adjudicación del Expediente de contratación firmada por parte del acusado director general de RTVV tenía fecha de 08.05.2006, el mismo día que se hace constar en el Acta de la Mesa de Contratación, cuando la propuesta de adjudicación aprobada por la misma no se firma hasta el 1 de junio de 2006.

Contrato entre TVV y *TECONSA*:

El Contrato entre RTVV, firmado el el acusado director general, y *TECONSA* se suscribió el 10.05.2006. No obstante, el resto de documentos del expediente de Contratación (resolución de inicio con aprobación de pliegos, informe técnico, acta de la mesa de contratación y resolución de adjudicación) fueron elaborados con carácter antedatado y firmados en momentos temporales que nada tienen que ver con la fecha que en los mismos se hace constar, de manera que primero se perfecciona ese contrato entre RTVV y *TECONSA*, y con posterioridad se viste hacia atrás el expediente administrativo que debiera motivar tal contratación.

Es importante destacar que la primera factura emitida por parte de *TECONSA* a RTVV, de fecha 10.05.2006, tiene un importe de 3.746.800€ (50 % del Presupuesto), y la primera de las Facturas emitidas por *IMPACTO PRODUCCIONES SC*, a *TECONSA*, de fecha 23.05.2006, es de importe de 709.558,08€. Así tanto *TECONSA* como *IMPACTO PRODUCCIONES SL* facturan una parte importante de sus trabajos antes de que se hubiera confeccionado el Informe Técnico de Valoración de las Ofertas definitivo por parte de RTVV (fecha elaboración 25.05.2006).

Ejecución del contrato:

TECONSA emitió tres facturas con numeración por importe total de 6.460.000 euros, IVA excluido, pero ni en las facturas ni en el expediente se señala la forma de su pago ni en qué cuenta se efectuó la transferencia de fondos. Esa empresa adjudicataria subcontrató prácticamente la totalidad del servicio, sin que quede constancia en el expediente de que diera conocimiento a RTVV de las partes del contrato a realizar por el subcontratista y excediendo la subcontratación en un porcentaje superior al 50% del importe de la adjudicación.

El importe de la adjudicación fue muy superior al coste efectivo de la prestación del servicio, que hubo de ser subcontratado dado que *TECONSA*, sociedad constructora, no se dedicaba ni tenía experiencia alguna en organizar este tipo de eventos. Ello a pesar de que en la cláusula 15 del contrato de adjudicación, de 10.05.2006, establecía que "El contratista no podrá subcontratar o ceder a terceros los derechos y obligaciones que se derivan del presente contrato sin autorización expresa y escrita de RTVV' y de que tal autorización no consta. Además, en cualquier caso, al no estar regulado en el pliego el porcentaje a subcontratar, éste nunca podía haber sido superior al 50%, cuando en este caso la subcontratación fue prácticamente total.

La ejecución del contrato por *TECONSA*:

Para la ejecución del contrato, *TECONSA* subcontrató los servicios correspondientes principalmente de tres empresas. En realidad esa empresa actuó en todo este proceso, única y exclusivamente, como empresa pantalla, para ocultar que el destinatario último de la mayor parte del dinero pagado por RTVV era la organización del acusado principal, el "*Grupo Correa*", que fue la que intervino en realidad directamente en el proceso de adjudicación del proyecto a *TECONSA*, en la ejecución del evento por las empresas subcontratadas y en el reparto de la ganancia obtenida. *TECONSA* recibió por actuar como mero intermediario una comisión de 200.000€

La apropiación y reparto de los fondos sustraídos

Tras haber hecho frente a los gastos necesarios para la ejecución del contrato de pantallas, sonido y megafonía, los acusados del "*Grupo Correa*" lograron un beneficio ilícito de 3.205.375.11 euros. En concreto de dicha suma fueron beneficiarios el acusado principal y creador de ese entramado, otros tres acusados subalternos de esa organización, el propio acusado director general de RTVV, sociedades del grupo *CORREA* y otras relacionada con éste.

Quedó acreditado que al director general se le gratificó por el entramado corruptor con la entrega de 415.000 euros como una comisión por su contribución a esos hechos al facilitar esa adjudicación ilícita.

Las facturas falsas:

La empresa formalmente adjudicataria y receptora de los fondos de RTVV, *TECONSA*, utilizó distintas operativas para transferirlos de forma encubierta a los verdaderos beneficiarios, concertándose a tal fin los acusados del grupo con otro para canalizar los fondos ilícitos obtenidos de RTVV a través de un entramado de facturas ficticias, que no se correspondían con servicios reales, e irregulares, al responder a servicios ajenos a la actividad empresarial de dicha sociedad.

Todas esas facturas mendaces fueron pagadas antes de la llegada del Papa a España y, por tanto, antes de la supuesta prestación de los supuestos servicios contratados. Justo al revés de lo que ocurrió con los pagos a los reales proveedores de servicios

Reparto de los fondos ilícitamente obtenidos de RTVV

Del beneficio ilícito obtenido con el evento, las dos disposiciones iniciales fueron a financiar operaciones de inversión inmobiliaria del citado "*Grupo Correa*" y el resto, una vez abonadas las comisiones a *TECONSA* y otra empresa, se fue repartido entre el máximo responsable de ese entramado y sus gestores y el director general de RRTVV.

También quedó acreditado que los acusados, mediante esas maniobras, generaron unas cuotas defraudadas superiores a los 120.000 euros en el

Impuesto de Sociedades y en el Impuesto sobre el valor añadido de *TECONSAk* durante los ejercicios de los años 2006, 2007 y 2008

Expuestos de una manera muy genérica esos hechos cabe destacar que el máximo responsable de ese grupo empresarial fue condenado como cooperador necesario de un delito de prevaricación, un delito de malversación, un delito de fraude a las Administraciones Públicas y un delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público en relación de concurso medial.

También fue condenado aquel como autor de un delito de blanqueo de capitales, un delito continuado de falsedad en documento mercantil y cooperador necesario de cinco delitos contra la Hacienda Pública en relación de concurso medial.

En cuanto al acusado director general del ente público RTVV fue declarado autor de un delito de prevaricación, un delito de malversación, un delito de fraude a las Administraciones Públicas y un delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público en relación de concurso medial. También como autor de un delito de blanqueo, un delito de falsedad en documento mercantil y cooperador necesario de cinco delitos contra la Hacienda Pública en relación de concurso medial y como autor de un delito continuado de cohecho pasivo.

En la sentencia se plantea por los recurrentes que el delito de malversación del art. 432 del Código penal debería absorber, por progresión delictiva, al delito de fraude en la contratación del art. 436 del mismo Código. Del mismo modo que sucedió en la anterior sentencia comentada, considera el Tribunal Supremo igualmente que se trata de infracciones distintas que concurren de forma independiente, sin perjuicio de que el fraude pueda ser un medio para la comisión de la defraudación, que entrañaría la aplicación del concurso ideal medial de delitos del art. 77 nº 3 del Código penal.

4.- EL DELITO DE COHECHO.

Este delito, íntimamente ligado a la idea que los ciudadanos tienen de la corrupción junto con el de malversación de caudales públicos, tiene por objeto prevenir que las autoridades o funcionarios actúen o dejen de actuar, en el ejercicio de sus funciones públicas, motivados por la obtención en su favor o en favor de un tercero de un beneficio procedente de alguien interesado en esa acción u omisión. Mediante este delito se lesiona o se pone en riesgo la obligación legal que tienen los servidores públicos de atender con objetividad los intereses generales, pues ésta ha de ser la razón de su actuar. Se busca, pues, mediante las distintas modalidades previstas del delito de cohecho garantizar esa imparcialidad y objetividad en el desempeño de la función pública por parte de las autoridades y funcionarios, salvaguardando un funcionamiento correcto de la Administración pública (art. 103 de la Constitución española).

Tradicionalmente en la regulación del delito de cohecho se ha hecho la distinción entre el cohecho pasivo y el activo, siendo el primero el cometido por la autoridad o funcionario público y el segundo el cometido por particulares.

En el delito de cohecho subyace siempre una prestación indebida a realizar por el particular en favor de la autoridad o funcionario público o un tercero. Se denomina “dádiva”, “favor” o “retribución de cualquier clase”. Con esos términos tan amplios, esa prestación podrá tener un valor evaluable económicamente o no y permite un amplísimo abanico de actos que tendrán que implicar una ventaja en favor de la autoridad o funcionario, corrompido o a corromper, o de un tercero. Esa prestación habrá de ser el motor de la acción u omisión de la autoridad o funcionario público.

La casuística puede ser muy extensa. En la práctica podemos hallar desde ofrecimientos o pagos de sumas importantes de dinero en metálico, pasando por la entrega de bienes muebles o inmuebles hasta el pago de las consumiciones y servicios sexuales en club de alterne a favor de la autoridad o funcionario. En el ámbito de la contratación pública hallamos muchos supuestos en los que, a cambio de la obtención de la adjudicación, el beneficiario de la misma gratifica a la autoridad o funcionario público que la ha otorgado o que ha contribuido a ello, en ocasiones incluso sin necesidad de que se haya cometido irregularidad administrativa alguna en el procedimiento de contratación.

En este ámbito, destacan los siguientes tipos delictivos:

El art. 419 del Código penal que establece:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.”

El art. 420 del Código penal:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.”

El art. 421 del Código penal:

“Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.”

La modalidad de soborno, cuando es cometida por el particular, se encuentra recogida en el extenso art. 424 del Código penal:

“1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes

inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

2. *Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.*

3. *Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.”*

Con el propósito de poder perseguir este delito, se establece en el art. 426 del Código penal una excusa absolutoria que conviene recordar aquí:

“Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.”

Comentario de algunos supuestos. -

En la sentencia comentada **STS 166/2014, de 28 de febrero**, relativa al caso Bitel, ya se aprecia un supuesto de cohecho relacionado con la contratación administrativa, donde los particulares acusados pagaron en diversas ocasiones *comisiones* al funcionario acusado, responsable de la entidad pública autonómica, a cambio de las diversas facturas fraudulentas giradas a ésta por sus empresas.

A la espera del dictado de su sentencia, es objeto de enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo al tiempo de confeccionar esta ponencia el juicio denominado de **las mascarillas** donde, entre otros, se acusa a quien fue ministro de Transportes durante la pandemia del Covid, a su asesor y a un empresario. En la acusación formulada por el Ministerio Fiscal se atribuyen a ese ex responsable político, entre otros delitos, el de cohecho por haber adjudicado a una empresa de manera directa, debido a la emergencia surgida por la mencionada pandemia, varios contratos multimillonarios para la adquisición de mascarillas aceptando que el empresario beneficiado y otros le facilitaran a cambio a dicho Ministro y a personas de su entorno, supuestamente al estar el caso *sub iudice*, el disfrute y la propiedad de bienes inmuebles de gran valor, entre otros muchos favores.

4.- LAS NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

En las modalidades de negociaciones prohibidas la autoridad o el funcionario público se aprovecha de su cargo o función para tratar de obtener un beneficio, con manifiesta infracción de la normativa administrativa reguladora de las obligaciones de abstención o sobre incompatibilidades. Este ánimo lucrativo que preside la mayor parte de las modalidades de negociaciones prohibidas, actividades y abusos provoca en la práctica la problemática de diferenciar estas infracciones de otros delitos cometidos por funcionarios públicos en los que se busca también esa finalidad lucrativa por el autor, como sucede con los delitos de cohecho o con el de tráfico de influencias que están regulados en el mismo Título.

Se pretende con estas figuras delictivas asegurar que los servidores públicos actúen en todo momento conforme a los principios de objetividad, imparcialidad, legalidad y buscando siempre la defensa del interés público (art. 103 de la Constitución).

El art. 439 del Código penal regula la modalidad de negociaciones en la que aparece expresamente mencionada la actividad de la contratación administrativa como campo abonado para la comisión de esta conducta delictiva. Dicho precepto dispone:

“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 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.”

Por consiguiente, la autoridad o funcionario debe intervenir, en cumplimiento de su cargo, en alguna de aquellas actividades administrativas, como la de la contratación, y se aprovecha para “forzar o facilitarse” cualquier forma de participación en las mismas. Se halla el responsable público en una posición que le permite obtener un beneficio económico no admitido, pues supone una infracción de las normas administrativas sobre la obligación de abstención de las autoridades y funcionarios públicos en determinados asuntos públicos. En este sentido tiene interés lo previsto, entre otros, en los arts. 26 y 29 de la Ley 19/2.013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno, el Estatuto Básico del Empleado Público previsto en la Ley 7/2.007 de 12 de abril, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2.011, de 14 de noviembre) o la Ley de Bases de Régimen Local, normas en las que se contempla una obligación de abstenerse por parte de la autoridad o el funcionario cuando existe una colisión entre los intereses públicos y los particulares de aquel.

El precepto se refiere a que la acción destinada a obtener la participación puede consistir en “forzar”, que viene a equivaler a que el autor realiza actos de presión sobre otras personas para poder así participar de manera interesada en

esa actuación administrativa. No obstante, también se contempla junto a esa acción la de “*facilitarse*” cualquier forma de participación, lo cual equivale a realizar cualquier acto destinado a conseguir esa finalidad lucrativa.

Comentario de algunos supuestos. -

La **STS 527/2021, de 16 de junio**, es un claro ejemplo de comisión de ese delito de negociaciones prohibidas en el marco de la contratación pública, confirmando la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia provincial de Valladolid objeto del recurso de casación.

Conforme al relato de hechos probados el acusado principal era arquitecto técnico municipal del Ayuntamiento de Valladolid desde 1975. Inicialmente, y hasta el año 2000, tenía reconocida la compatibilidad con la actividad privada aunque al ser nombrado Jefe del *Centro de Mantenimiento de Edificios e Instalaciones* de ese consistorio renunció a la misma, y estaba encargado de *“la dirección y supervisión de obras menores de remodelación, ampliación y reforma de los edificios municipales, dirección y supervisión de la reparación o sustitución de elementos de obra civil... la inspección y fiscalización técnica de los trabajos realizados por empresas externas... y la realización y control de los aspectos técnicos de los contratos suscritos por el Ayuntamiento con las empresas de suministros y prestación de servicios”*.

A comienzos de 2014, una inspección interna descubrió que en ese Centro de Mantenimiento, que dirigía el acusado, se contrataba a empresas en las que aparecía interesado el acusado, con vulneración del principio de compatibilidad, a la que había renunciado.

El hecho probado es prolijo en el detalle de las distintas empresas adjudicatarias de ese Centro en las que aparecía interesado dicho arquitecto municipal acusado y alguno de sus familiares, también acusados, quienes pertenecían al accionariado, sociedades que fueron empleadas expresamente por aquel arquitecto acusado para adjudicarle los distintos contratos administrativos para obtener el correspondiente beneficio económico.

Además, entre los años 2008 y 2014, el referido funcionario y sus parientes se pusieron de acuerdo para incrementar el precio de las obras ejecutadas, presentando facturas excesivas, relacionando el relato fáctico esas facturas en virtud del acuerdo para ese fin entre los acusados.

En un segundo momento, emitían facturas, que presentaban al Ayuntamiento de Valladolid y que fueron cobradas pero que no se correspondían a obras efectivamente realizadas. De ese modo obtuvo dicho acusado y sus parientes un beneficio económico superior a los 177.000 euros.

El referido funcionario, acusado principal, fue condenado por la Audiencia provincial como autor de un delito continuado de negociaciones prohibidas a los funcionarios del art. 439 del Código penal en concurso de normas con un delito continuado de fraude a la administración del art. 436 del mismo cuerpo legal y, además, en relación con las facturas por servicios no realizados como autor de un delito de continuado de falsedad en documento del art. 390 nº 1 ap. 2 del Código penal, en concurso medial con otro delito, también continuado, de estafa a la administración del art. 438 del Código penal en relación con los arts. 248 y 249 del mismo cuerpo legal.

A pesar del relato anterior el referido funcionario acusado principal y sus parientes fueron absueltos en dicha sentencia dictada por la Audiencia provincial de Valladolid del delito continuado de prevaricación del art. 404 del Código penal, así como del delito continuado de tráfico de influencias cometido por particular del art. 429 del mismo Código del que también eran acusados por el Ministerio Fiscal.

Se ha de tener en cuenta que, conforme al relato fáctico, el arquitecto municipal se puso de acuerdo con sus parientes acusados para que, a través de sus empresas, se confeccionaron facturas mendaces, que no respondían a servicios de obra o mantenimiento realmente prestados al consistorio, pero que eran después validadas por aquel funcionario para que se procediera a su pago.

Obviamente este acusado, aprovechando que era el responsable de ese Centro de Mantenimiento, tenía capacidad para hacer esas adjudicaciones de forma directa y por la vía del contrato menor, en atención a su importe, eligiendo al adjudicatario lo cual le permitió obtener el beneficio económico ilícito referido.

En esa sentencia finalmente el Tribunal Supremo considera que el delito de fraude del art. 436 del Código penal debía quedar absorbido, por la progresión delictiva, en el delito de Estafa del art. 438 y concordantes del Código penal.

Por esa razón, el alto tribunal estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el arquitecto acusado y finalmente fue condenado en virtud de esa sentencia 527/2021 como autor de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios del art. 439 CP en concurso real con el delito de estafa a la administración del art. 438 CP, que absorbió el delito de fraude a la administración del art. 436, en concurso ideal con otro de falsedad documental del art. 390 nº 1 ap. 2.

Nótese que, en este caso, se desviaron por el funcionario público y los otros parientes acusados fondos públicos en beneficio propio, a través de la aprobación por el acusado arquitecto municipal de facturas por servicios que sabía que no se habían prestado al Ayuntamiento y que presentaban las empresas que habían creado, siendo abonadas después por dicho consistorio. Tal actuación perfectamente podía haber sido calificada como un delito continuado de malversación de caudales públicos en lugar de un delito de estafa.

BIBLIOGRAFIA. -

“Prevaricación Administrativa de Autoridades y Funcionarios Públicos: Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites”

Jordi Casas Hervilla. Reus Editorial. Madrid 2020

“Diferencias entre Irregularidad administrativa y delito de prevaricación en la contratación pública”

Francisco Pleite Guadamillas

Boletín digital 6 de julio de 2016 de Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria.

“La intervención del Derecho penal ante la corrupción en la contratación pública”

Myriam Gloria Segura Rodrigo.

Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, nº 37, año 2016.

“La contratación pública. Aproximación a la operativa administrativa y su uso para delinquir”

Teresa Medina Arnáiz. Ponencia en el Curso: Delitos contra la Administración Pública, prevaricación, cohecho, tráfico de influencias y malversación. Novedades tras la reforma del CP por la LO 1/2015, celebrado el 22 de noviembre de 2018 en Centro de Estudios Jurídicos. Madrid.

“El delito de cohecho, tras la reforma del Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”

Antoni Pelegrín López. Revista QDL, Cuadernos de Derecho Local, nº 43, febrero 2017. Fundación Democracia y Gobierno Local.

“El delict de tràfic d’Influències”

Antoni Pelegrín López. Revista QDL, Cuadernos de Derecho Local, nº 51 octubre 2019. Fundación Democracia y Gobierno Local.

“De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.”

Antoni Pelegrín López. Revista QDL, Cuadernos de Derecho Local, nº 45, octubre 2017. Fundación Democracia y Gobierno Local.

“La malversación del patrimonio público”

Antoni Pelegrín López. Revista QDL, Cuadernos de Derecho Local, nº 51, octubre 2019. Fundación Democracia y Gobierno Local.