

La corrupción en la contratación pública

Ángeles Jareño

La corrupción pública es noticia en los medios de información cada día, tanto en el ámbito autonómico como en el nacional, siendo frecuente que la prensa escrita y los medios audiovisuales abran sus portadas con alguna noticia relativa a este tema. Por ello existe la percepción social de que es una práctica común en la gestión de los recursos públicos. Como consecuencia de lo que parece ser una actividad delincencial intensa cabría esperar una notable cifra de condenas penales, que reflejaran lo que, según los medios, debe ser una actividad judicial constante. Sin embargo, tanto en materia de contratación pública como en materia de urbanismo –los dos focos principales de corrupción pública– la cifra de condenas es escasa en los últimos años, en el ámbito autonómico y en el nacional. Así que puede decirse que no se corresponde la percepción social sobre el volumen de corrupción pública existente con la cifra de condenas penales. ¿A qué puede deberse esto?

Desde mi punto de vista, y después del análisis de la jurisprudencia existente en los últimos años en materia de contratación pública, pueden esbozarse algunos motivos –desde luego habrá más– de la escasa cifra de condenas por los delitos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y negociaciones prohibidas, que son los que entran en juego en este tema concreto:

1º.-Sobreseimiento de las causas que se inician por mera animadversión política. En algunos casos el procedimiento penal, cuyo inicio han reflejado los medios de comunicación, acaba en sobreseimiento judicial por no haber base suficiente para llevar adelante dicho procedimiento. Esto puede ocurrir cuando la denuncia inicial es realizada por motivos exclusivamente políticos, por el partido contrario al que detenta el poder. De esta forma se busca un rédito electoral dañando deliberadamente la imagen del adversario, la cual quedará menoscabada ante la opinión pública simplemente por estar incurso en un procedimiento judicial, o por aparecer fotografiado entrando en un juzgado. Los casos de estas características no son los más frecuentes, pero es evidente que contribuyen a distorsionar la realidad y a desinformar a los ciudadanos sobre las cifras reales de corrupción.

2º.-Dificultades probatorias insalvables. En bastantes ocasiones existen insalvables dificultades probatorias para averiguar la verdad de lo ocurrido, partiendo de que el campo de la contratación pública es bastante complejo desde el punto de vista administrativo. Para comprobar si la adjudicación de un contrato público ha sido o no adecuada a la legalidad, el juez en cuestión (saturado de trabajo por otras fuentes de criminalidad) se verá obligado a desmenuzar todo el complejo procedimiento de contratación, paso a paso, para encontrar el momento en el cual el incumplimiento de algún requisito ha convertido la adjudicación de dicho contrato en arbitraria. Pongamos un ejemplo-tipo sacado de la realidad jurisprudencial: un contrato de suministro regular de un determinado producto a la Administración es adjudicado a un empresario que está dispuesto a emitir facturas con sobreprecio, pactándose que tras el pago de cada factura dicho sobreprecio se distribuirá entre ambas partes implicadas (empresario y funcionario), o se entregará solo al funcionario que ha facilitado la adjudicación. Pues bien, para desvelar el delito de prevaricación (art. 404 del Código penal) o de fraude (art. 436 del Código penal) en que esta conducta puede consistir, el juez deberá comprobar –con la ayuda de los correspondientes peritos especializados– la adecuación real entre el coste del producto suministrado y el precio por el que se ha facturado al ente público, lo cual remite a analizar su procedimiento de elaboración, las diferentes calidades del producto existentes en el mercado, los distintos precios etc., al objeto de desentrañar que existe tal concierto fraudulento entre funcionario y adjudicatario.

Pero en otras ocasiones sucede que no existe la prueba necesaria para condenar por el correspondiente delito, por ejemplo si un empresario ha entregado dinero «en mano» a un cargo político para obtener la adjudicación de un determinado contrato público (delito de cohecho, artículo 419 y siguientes del Código penal), y de tal entrega no queda, como es de esperar, testigos ni rastro alguno. En tal caso, solo la confesión de alguna de las partes implicadas puede llegar a sustentar la condena, y esto no siempre es suficiente, pues aparecen determinadas –y lógicas– garantías de índole procesal que exigen mirar con lupa la declaración de uno de los imputados cuando es la base exclusiva de la condena de otro imputado. Pero lo normal será el silencio de ambas partes, pues cada uno tiene sus propias razones para no colaborar. El empresario que ha pagado la comisión callará para evitar ser estigmatizado como delator, pues ello puede implicar para él no volver a obtener contratos públicos en el futuro; y el personaje político que la recibe evidentemente intentará evitar la condena por cohecho. Así que el resultado será que, a pesar de los indicios que pueden haber posibilitado la apertura del procedimiento penal, no será posible llegar a condenar por un cohecho.

3º.-Absolución penal y desvío a la sanción administrativa. Hay cierto número de casos en que el órgano juzgador acaba decidiendo que la infracción cometida puede merecer una sanción administrativa, pero no una condena penal, enviando entonces el procedimiento a la Administración a tales efectos. En el ámbito de

la Administración local, que es donde mayor incidencia de corrupción se da en la contratación pública (en los ayuntamientos), es precisamente donde pueden observarse cierto número de supuestos en que se produce dicha desviación a la sanción administrativa.

En relación con la contratación pública la mecánica delictiva más frecuente en la Administración local suele consistir en que el ayuntamiento en cuestión utilice la discrecionalidad que le permite la modalidad de «adjudicación directa», la menos sometida a control, para otorgar el contrato a favor de una empresa determinada, que puede pertenecer a algún miembro del consistorio, a familiares, amigos o correligionarios políticos. Con tal finalidad es frecuente el fraccionamiento ficticio del contrato, con el objeto de no superar en cada parte la cuantía mínima que permite dicha contratación directa, evitando así el concurso abierto. Como se dice, se trata de casos que buscan beneficiar a una pequeña empresa, propia o de un familiar u otro miembro de la corporación (intercambio de favores, partidismo político) para realizar obras en el municipio, o para suministrar determinados servicios (obras públicas, servicios de limpieza, suministro de gasolina, catering). Las empresas adjudicatarias son pequeñas, a veces se crean *ad hoc* con el fin exclusivo de participar en el concurso público en cuestión, pueden no reunir todos los requisitos exigidos por el pliego de condiciones, y también puede ocurrir que su realidad como tales empresas sea ficticia, al no estar constituidas legalmente. En estos casos no se trata de contratos que muevan grandes cantidades de dinero, pero sí pueden suponer el desembolso de gran parte del presupuesto del municipio, y en bastantes ocasiones tales prácticas se prolongan durante años. Suele ocurrir, es cierto, que las obras o servicios se llevan efectivamente a término, y quizás esto es lo que motiva que en este ámbito la opinión del entorno sea bastante condescendiente. A pesar de que se lesiona el principio de igualdad de oportunidades, se puede contemplar con cierta «normalidad» que las pequeñas empresas de los familiares del alcalde o los concejales, por ejemplo, sean las que realizan las obras públicas del lugar. Quizás se espera el cambio político para beneficiarse de la misma forma.

Pues bien, en algunos casos de estas características es donde pueden encontrarse supuestos de absolción en la vía penal y reenvío del expediente a la Administración a los efectos disciplinarios, especialmente con respecto a los delitos de prevaricación (artículo 404) y de negociaciones prohibidas a los funcionarios (artículo 439). En algunas ocasiones la absolción penal y el desvío a la sanción administrativa se hacen argumentando que la infracción cometida no tiene la entidad suficiente para llegar al injusto penal que contiene el delito de prevaricación (art. 404: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años»). Cuando esto es así, suele apuntarse que, a pesar de quedar demostrado que la adjudicación se ha hecho vulnerando la legalidad,

su autor no ha obtenido un beneficio propio y no ha habido repercusión en los intereses generales (Sentencia del Tribunal Supremo de 22-5-01); o que no existe dolo de prevaricar, por tratarse de un municipio pequeño en el que no existe asesoramiento legal (Sentencia del Tribunal Supremo de 21-10-02); o que se ha hecho persiguiendo el interés común (se contrata a una determinada empresa directamente, a pesar de que es necesario un concurso público, para que realice el diseño de un parque temático que aumente el potencial turístico del lugar, el cual nunca llegó a construirse: Sentencia del Tribunal Supremo de 23-6-03). Y en relación con el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios también se ha argumentado que la infracción de la norma ética de transparencia en el ejercicio de la función pública no equivale a la realización de la conducta penal típica, siendo suficiente la respuesta disciplinaria (Sentencia del Tribunal Supremo de 5-2-01, en relación con el artículo 439 del Código penal: «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 por tiempo de uno a cuatro años»).

En casos como los citados el desvío judicial al ámbito administrativo sancionador es posible porque dichas conductas tienen previsto un castigo tanto en el campo penal como en el administrativo, es decir, que cabe para ellas la doble sanción; pero el castigo administrativo debe ser efectivamente el único si la infracción no alcanza entidad penal suficiente. Así que nada hay que objetar al desvío a la Administración en los casos necesarios; a pesar de los inconvenientes al respecto, pues en estos delitos tal remisión puede tener como final el limbo jurídico, ya que en la práctica no está muy claro el procedimiento disciplinario adecuado (aunque el acto de adjudicación del contrato sea efectivamente anulado). Otro inconveniente es la falta de capacidad preventiva general y especial de la sanción administrativa, comparada con la penal, pues si bien puede llegar a ser contundente (multa, inhabilitación, expulsión), y puede ser más rápida su imposición, es cierto que el propio afectado prefiere siempre este tipo de respuesta, por ser más discreta y no comportar, en ningún caso, la entrada en prisión. Con todo, y a pesar de su menor eficacia como mecanismo para combatir la corrupción, si efectivamente la actividad ilícita no alcanza el rango penal necesario el único camino a seguir por el juzgador debe ser, desde luego, el reenvío del expediente a la Administración, pues la sanción disciplinaria es la respuesta proporcionada en determinadas ocasiones.

Sentado lo anterior, opino que algunos de los casos comprobados en la jurisprudencia, en los que ha habido absolucón penal y desvío a la Administración, podían haber quedado dentro de las figuras penales correspondientes, especialmente por lo que se refiere al mencionado delito de prevaricación. Como he

señalado más arriba, las razones que se encuentran en algunas sentencias para mantener que no existe injusto penal, en virtud del principio de intervención mínima, son: aunque en el procedimiento de contratación se han incumplido requisitos de legalidad no ha existido beneficio personal para el alcalde o concejales que lo han adjudicado; o bien: la adjudicación ha incumplido dichos requisitos legales, pero se hizo persiguiendo intereses generales del municipio. Se observa, por tanto, que a veces no se aprecia el injusto propio del delito de prevaricación si no hay enriquecimiento de la autoridad en cuestión, aunque la ilegalidad en la contratación quede constatada. En mi opinión, sin embargo, no es necesario tal requisito de enriquecimiento para apreciar la prevaricación, pues no es un requisito típico del artículo 404 del Código penal, así que no veo inconveniente en incluir dentro de dicho precepto estos tipos de contrataciones ilegales. Lo cierto es que el daño económico a las arcas municipales puede ser a veces muy alto, por lo que debiera valorarse este dato a la hora de apreciar la gravedad del hecho y conformar el injusto del delito.

Es cierto que una gestión mala y derrochadora no debe constituir por sí sola este injusto de la prevaricación. Pero cuando tal práctica se realiza durante varios años se pone de manifiesto algo más que una simple incapacidad para hacer bien las cosas: un solo contrato mal adjudicado puede responder a una conducta negligente, o a la ignorancia de la compleja legalidad aplicable, pero cuando en el procedimiento penal correspondiente, por unos hechos concretos, se constata que tal práctica ha sido lo habitual en un ayuntamiento a lo largo del tiempo, por parte de las mismas personas, creo que es posible deducir un dolo directo de prevaricar, que proviene de una arbitrariedad sistemática en el ejercicio del poder. Por eso, opino que la mala gestión que acarrea graves pérdidas económicas a una entidad puede caber dentro del delito de prevaricación, aunque no se enriquezcan quienes la llevan a cabo, y tal práctica no puede quedar justificada con la supuesta persecución de intereses generales. Desde el punto de vista político-criminal puede decirse que los delitos de corrupción hacen más daño al sistema político-económico del que pueden hacer los hurtos, los robos o el tráfico de drogas.

Por otro lado, y siguiendo con el delito de prevaricación (artículo 404 del Código penal), hay que hacer un breve excurso para señalar que no se comprende por qué tiene la respuesta penal más benévola de este grupo de delitos. A pesar de que ha habido varias reformas penales en este apartado en los últimos años, añadiendo figuras nuevas y aumentando las penas de las ya existentes, la prevaricación sigue castigada con una pena de inhabilitación, mientras los demás del grupo reciben todas penas de prisión de hasta dos años (o tres en algún caso), multa e inhabilitación. No se justifica la benignidad penal comparativa para este delito, ya que probablemente es el que permite mayor abuso de poder en la gestión de la causa pública (por el contrario, el Código penal castiga con pena de uno a tres años de prisión un hurto que supere los 400 euros). Por ejemplo, en

otro delito relativo a la corrupción pública, como es el ya citado de negociaciones prohibidas a los funcionarios (artículo 439) el legislador endureció la pena en la última reforma de 2010, castigando con prisión de seis meses hasta dos años (además de multa e inhabilitación) al funcionario o autoridad que no se abstiene de intervenir en un procedimiento de contratación en el que tiene intereses propios (por ejemplo, el alcalde o el concejal votan en el pleno del ayuntamiento que adjudica el contrato a una empresa de la que son socios). Así que el incumplimiento de este deber de abstención se sanciona con prisión de hasta dos años, mientras que la prevaricación, bastante más grave porque se dicta una resolución injusta, de alcance general y obligado cumplimiento, se castiga con la pena de la inhabilitación.

Los procedimientos por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios también se desvían, a veces, al ámbito administrativo sancionador, como ya se ha señalado más arriba, con el argumento de que con tal práctica no se llega a infringir el injusto penal, sino un deber ético y profesional que merece solo una sanción disciplinaria. Probablemente en tales absoluciones penales está teniendo peso la prisión establecida para un delito que la jurisprudencia denomina, acertadamente, como de «mero incumplimiento de un deber de abstención» o de «desobediencia». A pesar de la escasa jurisprudencia condenando por este tipo en los últimos años, el legislador elevó su pena de prisión en el 2010, como ya se ha señalado, seguramente porque no se molestó en realizar el más mínimo análisis de la práctica judicial. Si antes de tal fecha los órganos judiciales ya solían optar por desviar estas conductas de negociaciones prohibidas a la sanción disciplinaria, en virtud del principio de intervención mínima, seguramente lo harán con más motivo tras dicha reforma. Con ello solo quiero poner de manifiesto la falta de rigor político criminal con la que pueden llegar a hacerse las reformas penales.

4º.-En algunos casos las conductas de corrupción no alcanzan transparencia penal como hechos ilícitos. Pues ocurre que no llegan al Derecho penal algunas actividades socialmente admitidas, que consiguen «bailar» con la legalidad. En materia de contratación pública esto se da, especialmente, en la fase final de «ejecución del contrato», cuando la empresa adjudicataria puede llegar a duplicar o triplicar el coste aprobado inicialmente. Para ello se utilizan mecanismos que son legales porque están previstos en la propia Ley de Contratos del Sector Público, como son la revisión de precios, la prórroga del contrato, e incluso las modificaciones que puede imponer la propia Administración. Por supuesto dicha Ley los establece para ser utilizados de otra forma, siguiendo los principios que establece su propio artículo 1º de «libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos». Sin embargo, la estrategia puede consistir en ofertar una plica inicial en los límites de lo posible, para obtener la adjudicación de la obra en cuestión, pero contando desde el principio con incrementar posteriormente el coste mediante alguno de los recursos citados. En estos casos la respuesta penal

no existe pues, como se dice, estamos ante una mecánica formalmente correcta y aceptada socialmente, a tenor de lo que vemos ocurrir en la construcción de los grandes «megaproyectos» (en estos casos los implicados son grandes ayuntamientos y comunidades autónomas). Y desde la propia Administración no existen mecanismos de control efectivos para los casos en que se incrementa de forma esperpéntica el coste inicial de la obra, y ni siquiera hay responsabilidad política para quienes contratan la realización de esta clase de proyectos en condiciones tales que acaban multiplicando de forma desorbitada su presupuesto. A la vista de ello puede decirse que la vía penal se está utilizando solo para los casos más transparentes, que muchas veces no son, desde luego, los más graves (pequeños ayuntamientos).

Concluyendo, considero que el recurso al Derecho penal para sancionar la corrupción en la contratación pública no ha producido hasta la fecha resultados efectivos, ya que no ha sido eficaz para prevenir ni para reprimir esta clase de delitos. Y ello a pesar de que en los últimos años se ha producido una expansión legislativa de las figuras delictivas en esta materia. Pero el hecho de haber creado nuevos tipos penales a tenor del escándalo de turno, con prisas, y buscando solo un rédito político inmediato, ha motivado que estos preceptos contengan deficiencias técnicas que dificultan su aplicación, como está demostrando la experiencia práctica. Pese a todo, en mi opinión el Derecho penal puede hacer algo más, pues lo cierto es que no está explorada por completo su eficacia preventivo-represiva en la materia, partiendo de que el campo delictivo de la corrupción en la contratación pública no está especialmente necesitado de conmiseración. Por lo que concierne a la tarea de la propia Administración hay que recordar, una vez más, que no existen mecanismos de control con respecto a la contratación pública que se lleva a cabo en el ámbito local, y aunque a veces algunos miembros del propio consistorio (secretarios, técnicos) detectan las irregularidades en el procedimiento, pueden dejarlas pasar con una mera advertencia escrita, lo que parece claramente insuficiente, por lo que podría establecerse un deber específico de denunciar dichas irregularidades. Por otro lado, teniendo en cuenta que los procedimientos de contratación y la propia gestión del dinero público pueden ser a veces complicados, tampoco estaría de más realizar cursos de formación para quienes acceden a determinados cargos (alcaldes y concejales), a efectos de facilitar un buen conocimiento de la legislación aplicable y de los procedimientos pertinentes. En cuanto al papel del legislador, cualquier penalista sensato opinará que ya no son necesarias nuevas figuras delictivas (alguna incluso parece sobrar, a tenor de que carece de jurisprudencia), aunque sí es necesario modificar los defectos técnicos de las existentes, para que alcancen mayor efectividad judicial. Las sucesivas reformas parciales han dejado este apartado del Código penal tan falto de conexión interna que es difícil para los jueces aclarar cuál es el precepto concreto aplicable, pues algunos tipos delictivos se cruzan entre sí. Sí que podría tener utilidad, desde el punto de vista político criminal, ampliar

la posibilidad de eximir de pena al empresario implicado en una contratación irregular que denuncie los hechos, ya que puede ser una forma de alentar la lucha contra estas prácticas. En la actualidad esta posibilidad solo existe expresamente para el delito de cohecho (art. 426), y aunque por la vía de «la conformidad» de las partes puede llegarse a importantes rebajas penales en casos así, sería mejor su regulación expresa.

Por último, es incuestionable la responsabilidad de los partidos políticos, pues analizando la jurisprudencia existente, y viendo la situación económica actual, solo cabe concluir que existe una deplorable gestión del dinero público por parte de quienes detentan cargos públicos. Sería deseable que los propios partidos políticos articularan algún mecanismo que les permitiera controlar la consistencia moral de aquellos a los que sitúan en puestos de gestión pública.

.....
ÁNGELES JAREÑO LEAL es profesora titular en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia e Investigadora principal del Proyecto I+D *Política criminal sobre corrupción pública: aspectos legislativos y económicos* (DER 2010-17799), en cuyo marco se publica este artículo. Las conclusiones aquí expuestas están desarrolladas más extensamente en el libro *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Ed. Iustel, 2011.