

Fenomenología de la contratación pública constitutiva de delito

Javier Ródenas Molina

*Fiscal Delegado en la Provincia de Las Palmas de la Fiscalía Especial
Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.*

RESUMEN: El objetivo de este artículo es abordar, sin excesivas pretensiones teóricas de política criminal, la casuística que se produce en el ámbito de la contratación pública corrupta. Nos serviremos de la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para ofrecer una delimitación práctica del marco penal de la corrupción. La identificación de indicadores de alerta de fraude en la contratación pública, la licitación colusoria y las posibles implementaciones por las administraciones públicas de herramientas capaces de prevenir los comportamientos injustos en el desarrollo de los procedimientos de licitación pública, serán los tres puntos principales sobre las que se desarrolle este trabajo que nace con pura vocación práctica y no doctrinal.

ABSTRACT: The aim of this article is to address, without excessive theoretical pretensions of criminal policy, the casuistry that arises in the field of corrupt public procurement. We will use the case law of the Second Chamber of the Supreme Court to offer a practical definition of the criminal framework of corruption. The identification of warning signs of fraud in public procurement, collusive bidding and the possible implementation by public administrations of tools capable of preventing unfair behaviour in the conduct of public tendering procedures will be the three main points on which this work will be based, which is purely practical and not doctrinal in nature.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. MARCO PENAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CORRUPTA. 1.1. Diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad constitutiva de ilícito penal de la prevaricación administrativa (404 CP). 1.2. La eficacia determinante del acto en la tramitación de los expedientes administrativos y su configuración como resolución administrativa a efectos del delito de prevaricación (404 CP). II. JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2.1. La Fraudulenta utilización del contrato menor. 2.2. La licitación colusoria: simulación de la concurrencia en el procedimiento negociado. 2.2.1. Indicadores de Riesgo: Fraude y Colusión en la Contratación Pública. 2.3. El caso unión como paradigma de la corrupción en la Administración Local. III. CONCLUSIÓN ANALÍTICA Y PROPUESTAS OPERATIVAS.

INTRODUCCIÓN

El terreno de la contratación pública, que representa una de las mayores partidas del gasto público de cualquier Administración, es un campo frecuentemente abonado a la corrupción. La simbiosis delictiva¹ entre corrupción y contratación pública se alimenta de una vulnerabilidad de los comportamientos públicos al fraude y a las irregularidades, o, como dice el Capítulo I del Título 19 del Libro II del Código penal a los *comportamientos injustos*.

Basta leer los diarios locales —de cualquier provincia española— y prestar atención a cómo se narran las sucesivas investigaciones policiales por presuntos delitos de corrupción política en el ámbito de la contratación pública, para darse cuenta que, el mayor índice de los delitos tipificados en el Título 19, del libro II del CP, que lleva por rúbrica “Delitos contra la Administración Pública” se producen en relación con la contratación pública en el ámbito de la Administración ya sea ésta, Local, Insular o Autonómica.

Canarias no es una excepción a esta fenomenología delictiva. Todo lo contrario, la Comunidad Autónoma Canaria, tiene el dudoso honor de ser una de las pocas en las que se ha condenado en firme² a un líder histórico de un partido político, y a varios concejales, por formar una trama corrupta incrustada dentro de un Ayuntamiento en los años 2007 a 2009.

Procederemos a desgranar y enmarcar que actos punibles se originan con más frecuencia con ocasión de los procedimientos de licitación pública que actualmente se encuentran regulados en su normativa específica administrativa la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP).

I. MARCO PENAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CORRUPTA

No existe un concepto unívoco de corrupción³ ya que, existen tantas definiciones como autores han tratado el tema. Ello es debido a que indudablemente el concepto “corrupción” puede ser estudiado desde múltiples puntos de vista (sociológico, técnico, político, económico...) en lo que aquí nos interesa, centraremos su análisis desde la perspectiva criminal nutriendo su significación a partir de una aproximación sencilla: el incumplimiento del deber para la consecución de una ventaja.

¹ Esta expresión “simbiosis delictiva” forma parte de las conclusiones del escrito de acusación que presenté como Fiscal Delegado por la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, en el procedimiento 697/2008 del juzgado de instrucción número 5 de Arrecife encargado de la instrucción judicial del conocido como “caso unión”. Expresión que ha sido reproducida en multitud de portales de internet.

² STS núm. 769/2022, de 15 de septiembre de 2022, Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

³ SÉNECA “La corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos”.

La dimensión penal de la corrupción se encuentra dispersa a lo largo del articulado del Código Penal. No se identifica una conducta típica singular o un conjunto de conductas que sancionen de manera específica e individualizada la corrupción. Por el contrario, esta categoría delictiva se manifiesta a través del Código Penal en la represión de diversos comportamientos ilícitos que, sin duda, se interrelacionan en el complejo accionar ilícito que constituye la corrupción.

En el terreno del derecho penal, el término “corrupción” abarca una multiplicidad de comportamientos delictivos y su definición no es tarea sencilla⁴. Problema que se recalca por el Consejo General del Poder Judicial en la Guía Práctica de Actuación en la Tramitación de las Causas Complejas por Corrupción⁵.

En el ámbito de la contratación pública, objeto de estudio, la respuesta penal se circunscribe, principalmente, a través de la concurrencia de los siguientes delitos que deben ser acotados con precisión, por exigencias del principio de legalidad y taxatividad de los tipos penales, veamos:

- Prevaricación Administrativa (Art. 404 CP). Es el delito estrella de la contratación pública corrupta. Castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicta una resolución arbitraria y objetivamente contraria a Derecho. Este delito se materializa, en la práctica, en el abuso de poder y la omisión flagrante de trámites esenciales del procedimiento administrativo. Dada su relevancia como figura protagónica en los casos de licitación pública, será objeto de un tratamiento individualizado y detallado en el artículo.
- Cohecho (Arts. 419 a 424 CP). El delito de cohecho se configura como un ilícito instrumental en la contratación pública, pues penaliza el acuerdo subyacente que facilita la comisión de otros delitos como la prevaricación o el fraude. Se castiga la corrupción pasiva (la autoridad que acepta la dádiva, comisión o retribución de cualquier clase) y la corrupción activa

⁴ “Resulta sumamente complicado encontrar un concepto genéricamente válido capaz de abarcar todos los contextos en que la corrupción se manifiesta. (...) Si se parte de tales elementos característicos, la corrupción abarcaría aquellos comportamientos —activos u omisivos— que supongan la violación de un deber o el incumplimiento de una función específica con la finalidad de obtener para sí mismo o para un tercero, algún tipo de beneficio extra-posicional no necesariamente económico pudiendo ser de otra naturaleza”. CRUZ BLANCA, María José, “La corrupción en la Administración de justicia como forma de corrupción política”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 39.

⁵ La corrupción no es un rasgo de nuestro tiempo ya que es tan antigua como el propio poder, pero las conductas de corrupción han dejado de afectar únicamente al buen funcionamiento de la Administración. La especialización de la economía hace que lo que era únicamente un problema nacional adquiera una complementaria dimensión internacional, favorecida además por el desarrollo de las nuevas tecnologías que, a su vez, posibilitan nuevas formas de actuación. La corrupción, en definitiva, es hoy un problema político, económico, social y jurídico, así como un complejo problema para el derecho penal.

(quien ofrece o entrega el beneficio). Este tipo penal protege no solo la legalidad de los actos, sino la probidad e imparcialidad del funcionario.

Siguiendo a VIZUETA FERNÁNDEZ⁶ el bien jurídico protegido por las distintas modalidades de cohecho debe identificarse con la honradez o integridad de la condición de funcionario público, más exactamente con la honradez o integridad de la condición de partícipe en el ejercicio de funciones públicas.

La línea jurisprudencial ha evolucionado hacia una interpretación amplia del concepto de “dádiva” o “regalo”, no limitándolo al dinero, sino a cualquier favor o beneficio que pueda influir en la decisión administrativa “retribución de cualquier clase” dice ya la dicción literal del artículo 419 del código penal. Como delito de mera actividad el cohecho se consuma con la mera aceptación o promesa, sin necesidad de que el acto administrativo ilegal se llegue a materializar.

Interesante resulta la STS núm. 877/2022, de 8 de noviembre de 2022, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García⁷, castiga por el delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP) y delito de cohecho del artículo 420 Cp y del artículo 424 del Cp. El hecho probado indica una conexión directa entre la dádiva (contratación) y una actuación específica (modificación de informes). Al no considerar la modificación de informes como un acto intrínsecamente “injusto” o delictivo, pero sí como una actuación concreta recompensada, la elección del art. 420 CP se confirma como la interpretación más adecuada para castigar la falta de imparcialidad surgida de la contraprestación, sin tener que probar la ilegalidad de la acción de fondo.

Lo esencial, y lo que siempre debe probarse en juicio, es la conexión causal directa entre la dádiva⁸, favor o retribución y el acto u omisión que el fun-

⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, pág. 231 ss.

⁷ El caso se centra en la conexión entre una dádiva (contratación de la hija) y la actuación de un funcionario (modificación de informes). En el caso expuesto, la dádiva no es dinero en efectivo, sino un beneficio laboral para un familiar (contratación de la hija). Utilizar la contratación de un familiar hace la conexión menos directa y más difícil de probar que un pago monetario. Formalmente, puede presentarse como un acto empresarial legítimo, pero el tribunal ha establecido la clara conexión con la actuación del funcionario (modificación de informes). La contratación actúa como una recompensa diferida o indirecta por la influencia o los actos pasados del funcionario (modificación de informes). El funcionario no se beneficia directamente de un ingreso, sino de un beneficio para su círculo íntimo, lo que satisface la finalidad corruptora de la dádiva. Para un estudio detallado de la figura del delito de cohecho y las conductas nucleares que integran este tipo delictivo (419 CP) véase la STS núm. 78/2023, de 9 de febrero de 2023 (FD Tercero) Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez De la Torre.

⁸ Si se quiere profundizar en la configuración del delito de cohecho en la contratación pública véase la STS núm. 849/2023, de 20 de noviembre de 2023, Ponente Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

cionario se compromete a realizar. Este acto debe ser injusto o contrario a los deberes de su cargo. Es básico, por tanto, diferenciar la dádiva, favor o retribución debe ser recibida o solicitada no solo en atención al cargo —pues eso encajaría en el tipo del art. 422 CP (cohecho propio)—, sino como precio o recompensa por esa acción u omisión concreta prometida o ya efectuada, lo delimita taxativamente el precepto 419 CP “*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*”.

- Tráfico de Influencias (Arts. 428 a 430 CP). El delito de tráfico de influencias⁹ tipifica la actividad de quien, previéndose de su relación personal o jerárquica con una autoridad o funcionario público, ejerce influencia sobre él para conseguir una resolución que le pueda generar un beneficio económico a sí mismo o a un tercero. A diferencia del Cohecho, no implica un acuerdo directo ni la entrega de una dádiva a la autoridad, sino la utilización de la posición de poder personal o de privilegio jerárquico.

En el análisis de la significación penal de la contratación pública corrupta, nos parece necesario destacar la esencial diferencia terminológica que delimita el alcance material de las conductas punibles, específicamente entre los delitos de tráfico de influencias y cohecho. Esta distinción conceptual no es meramente formal, sino que determina la efectiva subsunción de la conducta al tipo penal.

Para el delito de tráfico de influencias, el objeto material sobre el que recae la acción se circscribe estrictamente a la resolución; es decir, al acto decisorio con efectos jurídicos sobre los administrados. Esta expresión se emplea en un sentido técnico-jurídico, análogo a su uso en el delito de prevaricación administrativa (art. 404 del Código Penal). Ello conlleva una interpretación restrictiva del tipo, limitando su aplicación a la influencia ejercida para obtener un acto administrativo de carácter decisorio.

En contraste, el delito de cohecho emplea una fórmula sustancialmente más amplia y omnicomprendiosa. La entrega de la dádiva, el favor o la retribución de cualquier clase tipifica el cohecho cuando su finalidad es lograr que la autoridad o funcionario: Realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, Omítal el acto que debiera practicar, Retrase injustificadamente el acto que debiera practicar.

La diferencia es patente. La elección léxica por parte del Legislador de la fórmula de la “resolución” para el tráfico de influencias, frente a la ampli-

⁹ Un supuesto típico de delito de tráfico de influencias se puede estudiar en la Sentencia núm. 311/2019, de 14 de junio de 2019, Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Se condena (por delito de prevaricación administrativa y por el delito de tráfico de influencias) por la contratación verbal y de forma directa de un arquitecto que fue nombrado para el encargo de obra por la ascendencia de una autoridad sobre un funcionario público.

tud de las “actuaciones funcionales” abarcadas por el cohecho, refuerza la interpretación restrictiva del primero. De haber sido su intención incluir cualquier acto inherente a los deberes del cargo en el tráfico de influencias, se habría optado por la locución empleada en el cohecho o una equivalente. Esta disparidad ratifica la voluntad del legislador de dotar a cada tipo penal de un ámbito de aplicación material autónomo y diferenciado.

El Tribunal Supremo exige, además, que la influencia sea real, eficaz y ejerza una presión moral o psicológica sobre el funcionario, comprometiendo su imparcialidad. La finalidad es proteger la imagen de limpieza y objetividad de la Administración.

- Malversación de Caudales Públicos (Arts. 432 a 435 CP). El delito de malversación sanciona a la autoridad o funcionario que, teniendo facultades para administrar o custodiar patrimonio público, lo sustraiga o consienta que otro lo sustraiga (modalidad de apropiación) o le dé un uso privado o no autorizado, causándole un perjuicio o limitando su función (modalidad de administración desleal). En la contratación pública, la malversación se vincula a menudo a la fase de ejecución y pago, donde se produce el desvío efectivo de fondos.
- Fraude en la contratación (Art. 436 CP). El delito de fraude en la contratación castiga el acto de concertación o la manipulación de los procedimientos de adjudicación con el fin de alterar el precio o perjudicar a la Administración. Este tipo penal se centra en proteger los intereses patrimoniales de la Administración Pública, asegurando que la contratación se realice en condiciones de libre concurrencia. La conducta típica requiere que la autoridad o funcionario se concierten con los interesados (licitadores) para defraudar.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹⁰ ha sido clara al establecer que el fraude se consuma con el acuerdo colusorio que tiene por objeto alterar el procedimiento o el precio, sin necesidad de que se produzca un perjuicio patrimonial efectivo e inmediato. La clave es la lesión de los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia mediante la concertación.

- Blanqueo de capitales (Arts. 301 a 304 CP). El delito de blanqueo de capitales sanciona a quien adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva grave (como los delitos de corrupción en la contratación), o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. Este tipo penal es fundamental porque ataca la rentabilidad del acto corrupto.

¹⁰ Para profundizar en el tipo delictivo del fraude en la contratación del artículo 436 CP véase la STS núm. 63/2017, de 8 de febrero de 2017 (FD Tercero) Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

La vinculación con la contratación pública se produce cuando el beneficio obtenido del cohecho, la malversación o el fraude (pago de sobreprecios, comisiones ilegales) se introduce en el circuito legal. Nuestro Alto Tribunal ha consolidado la doctrina de que la prueba indicaria es suficiente para acreditar el blanqueo, especialmente cuando no existe justificación razonable para el incremento patrimonial de los implicados en la adjudicación, se exige, un juicio de inferencia lógico que vincule el dinero sin origen justificado con el delito matriz de corrupción.

No son infrecuentes los supuestos de macro-corrupción en los que se verifica la concurrencia simultánea de la totalidad de las conductas punibles previamente analizadas.

Estos casos gozan, además, de una gran repercusión mediática y se caracterizan por el concierto ilícito entre licitadores y funcionarios o autoridades públicas, con el propósito de asegurar la consecución, mantenimiento o modificación fraudulenta de contratos públicos dentro de un determinado ámbito competencial, típicamente una Concejalía de una Corporación Local.

El *modus operandi* delictivo se articula mediante el pago de comisiones ilícitas a cambio de la adjudicación o trato de favor. Para dotar de una apariencia de legalidad a las entregas dinerarias, estas ilícitas comisiones se suelen simular bajo contratos ficticios o convenios instrumentales, con la finalidad de legitimar la transferencia de fondos.

Esta operativa se ve significativamente facilitada y potenciada por la ausencia o absoluta ineficacia de los mecanismos y procedimientos de prevención del delito que, lamentablemente, suelen caracterizar la gestión de numerosas Concejalías de las Corporaciones Locales. Dicha vulnerabilidad estructural actúa como un factor criminógeno esencial en el desarrollo y consolidación de estas grandes tramas corruptas¹¹.

Una vez delimitados, succinctamente, los tipos penales más característicos que operan en el campo de la contratación pública corrupta, se hace imprescindible un análisis detallado de la prevaricación administrativa. Este delito se consolida como el eje central y más característico en los procesos de licitación pública fraudulentos.

¹¹ La STS núm. 222/2023, de 27 de marzo de 2023, Ponente: Excmo. Sra. Dña. Susana Polo García, constituye un claro ejemplo de macro causa corrupción en el que se condena por una variada tipología delictiva (delitos de prevaricación, malversación, fraude a las Administraciones Públicas, falsedad en documento oficial y blanqueo de capitales) a los partícipes de la trama corrupta. Otro ejemplo de macro causa de corrupción en el ámbito de la contratación pública se encuentra en la STS núm 504/2003, de 2 de abril de 2003, Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

Para la correcta interpretación y aplicación del artículo 404 del Código Penal, la doctrina y la jurisprudencia exigen centrar la atención en dos aspectos conceptuales cuya delimitación resulta esencial:

La distinción fundamental entre acto discrecional y acto arbitrario. Es la línea divisoria que separa el ejercicio legítimo de la potestad administrativa del abuso de poder constitutivo de delito.

La inclusión de los actos determinantes en el concepto de “resolución administrativa”. Una necesaria ampliación jurisprudencial que permite abarcar aquellos actos de trámite que, por su relevancia, pervierten de forma decisiva el resultado final de la licitación.

A continuación, examinaremos estos puntos con detalle.

1.1. Diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad constitutiva de ilícito penal de la prevaricación administrativa (404 CP)

En la mayoría de los supuestos de corrupción investigados existe una indudable conexión ilícita entre tres elementos protagónicos principales: urbanismo, contratación pública y financiación de los partidos políticos. Conexión que simula su licitud en decisiones administrativas con marcado carácter discrecional. Señala acertadamente GARZÓN VALDÉS¹² que “*es obvio que la posibilidad de llevar a cabo la violación de una obligación será tanto mayor cuanto mayor sea el poder de discrecionalidad del decisor*”. Y, es frecuente, en este tipo de comportamientos injustos que bajo el manto de la discrecionalidad se articulen verdaderos mecanismos de fraude que, en ocasiones, se enquistan en el ámbito de la Administración municipal. El empleo de estos mecanismos defraudatorios (que aparentemente son legales pero que persiguen un fin prohibido en la norma) se apartan del deber inspirador de la actuación de todo poder público constitucionalmente¹³ orientado hacia la satisfacción del interés general y a la plena sumisión de la ley y del resto del ordenamiento jurídico. Mecanismos fraudulentos que suponen un auténtico desafío probatorio siendo muy difícil acreditar el dolo, es decir, la ilícita intención con la que se desarrolló la operación fraudulenta.

Pero no se trata de que siempre, y en todo caso, deba operar el derecho penal. No se trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho. La entrada de la sanción penal debe, necesariamente, quedar reservada al castigo punitivo de los actos groseros, en los que se ejerce la función pública con un marcado abuso de la posición de superioridad que proporciona el cargo público.

¹² Vid. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004, pág.213.

¹³ Artículo 103.1 CE “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales (...) y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”

Fenomenología de la contratación pública constitutiva de delito

Superioridad que es utilizada sin justificación para hacer valer su sola autoridad. Es la imposición arbitraria de convertir el capricho en ley lo que abrirá de par en par las puertas de la jurisdicción penal.

Quiere decirse que será básico distinguir entre el ejercicio de una potestad discrecional y el abuso arbitrario de poder para delimitar la frontera entre el acto ilícito administrativo y el acto ilícito penal.

El recto ejercicio de una potestad discrecional de la administración eliminará los riesgos de la parcialidad, del amiguismo, del favoritismo y, en el caso de la contratación directa, puede ser sumamente complicado diferenciar lo que es ejercicio de la potestad discrecional de la administración de lo que es abuso injustificado de poder, ya que, se trata de una modalidad de contratación en que el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad motivada, por lo que se antoja difícil extraer la calificación del acto administrativo discrecional o del acto arbitrario.

En el ámbito propio de la contratación pública es decisivo, para lograr un esclarecimiento objetivo de la relevancia jurídico penal de los hechos investigados, deslindar el acto discrecional, del acto arbitrario. Y es que, en la mayoría de los supuestos que son denunciados en la Fiscalía, observamos como casi el 90% de las denuncias se ciñen a aspectos del procedimiento llevado a cabo por los responsables públicos a la hora de adjudicar un servicio, un suministro, una obra, en definitiva, adjudicar un contrato público. Pero, obviamente, que no todo incumplimiento u omisión de una formalidad, de un trámite, puede quedar residenciado en la jurisdicción penal.

Precisamente, para evitar que la jurisdicción penal sustituya a la jurisdicción contencioso-administrativa, la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene, repetidamente, pronunciándose de manera categórica acerca de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un delito de prevaricación administrativa (art. 404 Cp).

Nos servimos de la STS núm.755/2007, de 25 de septiembre, Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, donde se identifican nítidamente los contornos y requisitos de la prevaricación administrativa sancionada en el artículo 404 del CP, poniendo el acento en el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público, y resumiendo las exigencias (en el inciso final del fundamento jurídico segundo) típicas de la prevaricación en la concurrencia de cinco elementos esenciales, diferenciando rigurosamente entre el plano objetivo (el injusto material) y el plano subjetivo (el dolo). Se establece como configuración típica esencial, de la prevaricación, que el injusto objetivo suponga la materialización de una decisión que vulnere gravemente el ordenamiento jurídico.

- El acto debe emanar de una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su competencia funcional, y debe formalizarse como una resolución dictada en un asunto administrativo.
- La resolución debe ser objetivamente contraria al Derecho (ilegal). Esta contravención puede manifestarse en tres niveles, a saber: Incompetencia absoluta (vicio de competencia) omisión de trámites esenciales y sustanciales (vicio de procedimiento) contenido Sustancialmente Ilícito (vicio de fondo).
- La ilegalidad no debe ser una mera infracción. Se exige que la contradicción con el Derecho sea de tal entidad y gravedad que la decisión no pueda sostenerse mediante una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable. Es decir, la resolución debe ser grosera, clamorosa, patente.
- El acto arbitrario debe producir un resultado lesivo o un efecto materialmente injusto que trascienda la mera infracción formal y afecte a bienes o intereses legítimos, consumando la lesión al bien jurídico tutelado (el correcto y objetivo funcionamiento de la Administración).
- Elemento del tipo subjetivo (el dolo específico). La culpabilidad se articula sobre un dolo que va más allá del mero conocimiento de la ilegalidad. La resolución debe ser dictada con el conocimiento pleno (a sabiendas) de su ilegalidad y de su capacidad para generar un resultado injusto. A ello se une una finalidad teleológica, esto es, destinada a hacer efectiva la voluntad particular, caprichosa o espuria de la autoridad o funcionario público, anteponiendo su interés privado o particular al fin público, e interés general que debe regir la actuación administrativa.

La presentación de denuncias por prevaricación en materia de contratos ante la Fiscalía Anticorrupción a menudo se centra en la omisión de los pasos legalmente establecidos por el proceso de licitación que se aparta de lo establecido en la LCSP. Por ello, el análisis pre procesal debe comenzar con la identificación precisa del procedimiento específico que se alega haber incumplido.

Esta identificación del procedimiento aplicable es necesaria para determinar si, en efecto, se ignoraron los trámites esenciales y obligatorios y cuáles fueron los mecanismos de supervisión eludidos en la adjudicación de un contrato público.

No obstante, la calificación de la conducta como ilegalidad evidente, flagrante o clamorosa se verá impedida siempre que exista una discusión motivada en derecho (aunque la motivación sea finalmente errónea) sobre la naturaleza jurídica del contrato. Cuando la normativa aplicable al contrato es objeto de debate, surgen inevitablemente discrepancias argumentadas sobre el corpus de trámites procedimentales que debían seguirse. Esta incertidumbre normativa impide que la conducta pueda ser catalogada como una clara desviación o torcimiento del derecho, ya que la base de la ilegalidad (la norma infringida) era, de entrada, ju-

rídicamente discutida. Es decisivo que el órgano de contratación haya motivado a través de informes técnicos la decisión.

Lo afirma con rotundidad el Auto dictado por el TS en la Causa Especial n.º 20632/2014, de 6 de abril de 2015, ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, cuando (FD Segundo) afirma para decretar el Sobreseimiento Libre por no ser los hechos constitutivos de infracción penal “*(...) Allí donde hay duda sobre el Derecho aplicable no puede entenderse presente una desviación del derecho que deba considerarse delictiva, porque precisamente falta la base en la que sustentarla*”. Aclarando que aunque la decisión sea el archivo que “*...ello no significa que se afirme y concluya que la actuación de la autoridad pública sea correcta desde el punto de vista administrativo o que se de por buena una de las interpretaciones contractuales discutidas sino que se entiende que su actuar no es delictivo*”

Queda claro que la disparidad de criterios sobre normas jurídicas y procedimiento aplicable elimina los indicios de una posible prevaricación. Dicho con otras palabras: la diversidad de opiniones sobre las reglas legales y los pasos a seguir borra cualquier señal de una posible actuación ilegal. Las diferentes interpretaciones y aplicaciones de la ley hacen que sea difícil demostrar que alguien actuó con pleno conocimiento de que estaba cometiendo una injusticia.

1.2. La eficacia determinante del acto en la tramitación de los expedientes administrativos y su configuración como resolución administrativa a efectos del delito de prevaricación (404 CP)

Es muy frecuente que en este tipo de procesos penales en los que se enjuician supuestos de adjudicaciones contractuales y decisiones administrativa se discuta —por la mayoría de los Letrados defensores— el concepto de resolución administrativa, es decir, el elemento objetivo típico del delito de prevaricación administrativa. En efecto, la existencia de una verdadera resolución administrativa constituye un elemento *sine qua non* para afirmar la tipicidad de los hechos. Existe una extendida errónea creencia de considerar, únicamente, típica la resolución formal final. Olvidando los actos de relevancia que integran el delito de prevaricación. No es posible desconectar los actos de contenido determinante en el iter del expediente administrativo. Si los actos de trámite tienen contenido decisorio y están dictados por un funcionario en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito administrativo, son resoluciones administrativas y claro que pueden tener dicha consideración tanto el pliego de prescripciones técnicas particulares como los informes de valoración de las ofertas.

Acude en nuestra ayuda (para poner claridad a esta polémica) la relevante STS núm. 163/2019, de 26 Marzo de 2019, Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet, deja meridianamente claro que la exégesis del tipo penal de prevaricación administrativa ha experimentado una significativa ampliación jurisprudencial.

cial, trascendiendo la tradicional identificación de la resolución con el acto administrativo formal y final que concluye el expediente administrativo.

Esta doctrina jurisprudencial se centra en la eficacia materialmente decisoria de los actos que conforman el Íter procedural. Esto supone, en esencia, la superación del viejo criterio formalista y se consolida un criterio hermenéutico que concibe el delito de prevaricación administrativa como un proceso secuencial (tracto sucesivo), donde la antijuridicidad reside en la lesión del deber de objetividad que culmina en una decisión a sabiendas de su injusticia. En este marco, el concepto de resolución se torna elástico, integrando tanto por actos de trámite con contenido decisorio. Se consideran “resoluciones” aquellos actos de trámite que, si bien carecen de la nota de ejecutoriedad final, poseen una carga decisoria predeterminante o una “eficacia determinante” en la conformación del resultado final del expediente de contratación.

Informes de alta relevancia. Un informe concluyente o una propuesta técnica vinculante que fundamenta la decisión última (como el informe de justificación o comprobación de inversiones en una subvención) cualifica como “resolución” a efectos del tipo penal de prevaricación. Su inclusión se justifica por el hecho de que el órgano competente final no reexamina el fondo de lo actuado, sino que meramente lo asume como visto o antecedente ineludible, convirtiendo el informe en un “eslabón de relevancia” esto es en una “decisión relevante de alto grado” que materializa el injusto típico.

La clave e importancia práctica de esta STS 163/2019 radica en poner el acento en la funcionalidad lesiva del acto administrativo. Si un acto, dictado por funcionario competente y dentro del ámbito administrativo, posee la virtualidad de viciar de injusticia el resultado final, y esta acción se ejecuta con el dolo específico del conocimiento de la injusticia, quedaría subsumido en el art. 404 CP.

En definitiva, la jurisprudencia expande el ámbito de aplicación del tipo para abarcar no solo la decisión final, sino también aquellos actos instrumentales que operan como presupuestos causales que vinculan o condicionan la voluntad del órgano decisor último, garantizando así la sanción de la lesión al bien jurídico tutelado (la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la función pública) desde la fase relevante en que el desvío ilegal se produce de forma concluyente. Con rotundidad proclama la STS 163/2019, “*(...)Por tanto, la consideración de resolución administrativa la tiene tanto el pliego de prescripciones técnicas particulares como los informes de valoración de las ofertas.*”

El volcado de la anterior doctrina nos permite afirmar que la redacción del pliego de prescripciones técnicas en un proceso de licitación pública es una de las fases más sensibles e influenciables de la contratación. El pliego técnico define el objeto del contrato, las calidades, las condiciones de ejecución, los requisitos que deben cumplir las empresas, etc. Si el funcionario público redactor, con el conocimiento de que un empresario con el que tiene una relación de amistad, económica o societaria, redacta el pliego de manera que favorezca específica-

mente a ese empresario (por ejemplo, con especificaciones “a medida” que solo él puede cumplir, o con valoraciones que le benefician indisimuladamente frente a otros competidores), esto podría ser una clara manifestación de una arbitrariedad con manifiesta ilegalidad (redactar el pliego con la finalidad de favorecer un interés particular). Indudablemente que integraría el concepto de resolución administrativa a efectos de la prevaricación administrativa, su contenido decisivo para el desenlace de la adjudicación del contrato nos parece incuestionable.

De lo expuesto parece cristalino que lo decisivo para una correcta relevancia de los hechos sometidos a investigación penal será determinar el alcance y la intensidad de los actos administrativos del funcionario público investigado en relación con el contrato público otorgado a la mercantil cuestionada y, si éstos, son esenciales para la vida del concurso público adjudicado, no nos cabe duda alguna de su potencialidad incriminatoria. En absoluto son actos de trámite, al contrario, su incidencia en la fase del contrato desde su motivación técnica, administrativa, supervisión y ejecución es esencial y decisiva.

Una vez aclarados los puntos anteriores, el foco se desplaza ahora hacia el estudio de la contratación directa, un mecanismo que, por su inherente ausencia de transparencia y competencia, se configura con frecuencia como un escenario de alta vulnerabilidad y un terreno fértil para actividades delictivas. Analizaremos su regulación y, la casuística penal derivada de esta modalidad contractual, tomando como referencia las directrices y sentencias clave emanadas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

II. JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. La Fraudulenta utilización del contrato menor.

Entre los supuestos más comunes que motivan el ejercicio de la acción penal, ya sea mediante querella o denuncia por parte del Ministerio Fiscal, en el contexto de la contratación pública, destaca, sin lugar a dudas, la utilización fraudulenta de la figura del contrato menor.

Este mecanismo, concebido legalmente para dotar de agilidad administrativa a la cobertura de necesidades de escasa cuantía, se ha convertido, paradójicamente, en el eje de numerosas tramas de corrupción en los ayuntamientos. El supuesto preeminentes que lidera las estadísticas de incidencia delictiva no es otro que la contratación directa encubierta. Esta modalidad corrupta se materializa a través de dos prácticas recurrentes:

- El fraccionamiento ilícito del objeto contractual. Supone dividir artificialmente un contrato que, por su naturaleza o cuantía total, debería someterse a un procedimiento ordinario o abierto, en múltiples contratos menores. El objetivo es eludir los requisitos de publicidad y concurrencia

competitiva que garantizan la igualdad de oportunidades y la eficiencia en el gasto público.

- La adjudicación recurrente al mismo proveedor. Mantener una relación contractual continuada con una única empresa o persona física mediante la concatenación de contratos menores, lo cual burla la finalidad legal del contrato y es sugestivo de un posible trato de favor o la existencia de un concierto previo con la autoridad o el funcionario público adjudicatario.

La investigación se enfoca, casi siempre, en estos casos bajo la fundada sospecha de prevaricación administrativa (por dictar resoluciones injustas), malversación de caudales públicos (si existe sobreprecio) y, frecuentemente, cohecho (si el funcionario recibe una dádiva a cambio de la adjudicación directa).

La instrumentalización de la figura del contrato menor como medio para eludir los imperativos principios de la contratación pública constituye un claro indicio con potencia incriminatoria de la posible comisión de un delito de prevaricación administrativa, esto es, un factor criminógeno de primer orden.

Y es que, cuando se soslayan los principios de libertad de acceso, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato consagrados en el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), el desenlace habitual es el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal ante la jurisdicción penal.

El régimen del contrato menor se encuentra delimitado en el artículo 118 de la LCSP, que establece límites económicos estrictos para la validez de la adjudicación directa por el órgano de contratación: 40.000 euros para contratos de obras y 15.000 euros para contratos de suministro o servicios. Además de estos umbrales, el citado precepto exige la concurrencia de dos justificaciones esenciales en el expediente, a saber:

- Declaración de no alteración del objeto. La acreditación motivada de que el objeto contractual no ha sido alterado con la finalidad de evitar la aplicación de los umbrales económicos antes mencionados.
- Informe de necesidad. Un informe ineludible emitido por el órgano de contratación que justifique de forma expresa la necesidad y la idoneidad del contrato.

Por tanto, en atención a la rigidez de esta normativa de la LCSP, se plantea la cuestión de la legalidad de la fragmentación de los contratos menores.

Este asunto reviste una trascendencia jurídica-penal capital, ya que constituye la piedra angular sobre la que se determinará la correcta subsunción de los hechos investigados (la injusticia de la resolución).

Dado que la LCSP establece el ámbito de publicidad y el procedimiento aplicable en función del importe, la clave reside en la determinación de cómo se

establece dicho importe total. Es aquí donde se manifiesta la práctica, habitual en un número considerable de entidades locales, de fragmentar ilícitamente el objeto contractual. La fragmentación implica, lo hemos dicho, la división artificial de una prestación única o de una unidad funcional con el propósito de que cada porción individualizada no exceda los umbrales del contrato menor, logrando así una adjudicación directa y eludiendo los preceptivos requisitos de publicidad y concurrencia. Esta práctica constituye una infracción expresa del artículo 99.2 de la LCSP, que prohíbe taxativamente el fraccionamiento del objeto del contrato con la finalidad de disminuir su cuantía y eludir los requisitos de publicidad o los procedimientos correspondientes.

Ante el desafío que presenta la delimitación precisa y el esclarecimiento de la correcta significación penal de los hechos investigados en un caso de fragmentación indebida de contratos, resulta clave, a nuestro juicio, valerse de los criterios interpretativos establecidos por los órganos consultivos especializados, como las Juntas Consultivas de Contratación Pública.

Estas instancias, en virtud de su *expertise* técnica y su labor de unificación, ofrecen una valiosa herramienta interpretativa para la correcta aplicación e interpretación de la normativa contractual, siendo esenciales para prevenir prácticas que se aparten de los principios básicos de la licitación pública consagrados en el artículo 1 LCSP. A menudo, sus dictámenes y resoluciones permitirán alumbrar y desentrañar los matices que rodean la figura del fraccionamiento, arrojando luz sobre los criterios de legalidad que deben guiar la gestión contractual íntegra y eficiente, y que sirven como parámetro *a posteriori* para la valoración penal, en su caso, de la arbitrariedad, de la injusticia en la resolución.

Es innegable que el contrato menor ofrece a las instituciones públicas una vía expedita para la resolución de necesidades de contratación urgentes, de presupuesto modesto y duración limitada, superando la inherente rigidez de los procedimientos ordinarios. En la dinámica diaria de un Ayuntamiento, esta modalidad se presenta como una solución idónea para abordar necesidades específicas que requieren agilidad y contención del gasto. Sin embargo, la facilidad de esta herramienta administrativa constituye su principal vulnerabilidad penal. Bajo la apariencia de legalidad, el contrato menor se convierte en un camino frecuentemente transitado para burlar los principios fundamentales de transparencia y competencia. Esta desviación funcional no solo colleva una infracción administrativa, sino que, cuando se realiza con intencionalidad fraudulenta e ilícita, puede favorecer a un proveedor preseleccionado, perjudicando a terceros y tipificando, potencialmente, un delito de prevaricación administrativa.

Por lo expuesto, resulta indispensable diferenciar con precisión los conceptos de “unidad funcional”, “unidad operativa” y “unidad sustancial” en el contexto de la contratación pública. El fraude se consuma al evitar la fragmentación artificial de contratos en expedientes separados cuando, por su propia naturaleza, las prestaciones debieron integrarse en un único objeto contractual por conformar una clara unidad funcional.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha proporcionado directrices claras, como se evidencia en el Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013, donde se señalaba que:

“(...) si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento.”

Esta pauta interpretativa de la unidad contractual no solo sirve como criterio de legalidad administrativa, sino que se alza como el fundamento material para determinar la arbitrariedad de la resolución administrativa, constituyendo, en consecuencia, la clave sobre la que asentar el estudio que fundamentará, en su caso, la relevancia jurídico-penal de los hechos investigados.

El criterio de la unidad funcional ha sido plenamente asumido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como fundamento para la imputación penal. La STS núm. 441/2022, de 4 de mayo de 2022, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, (FD Quinto), recoge un supuesto típico de fragmentación de contrato menor y, apreciando la existencia de dicha “unidad funcional”, confirma la comisión del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal.

El núcleo de esta doctrina penal reside en la consideración de que el procedimiento administrativo no es una mera formalidad, sino un mecanismo esencial de garantía con una doble finalidad: Garantía de legalidad formal. Asegura la comprobación y el control externo de la actuación administrativa; Garantía de fondo. Instaura controles intrínsecos sobre la sustancia del asunto, asegurando la justicia, el acierto y la sujeción a los fines establecidos por la ley.

El incumplimiento de las pautas procedimentales legalmente establecidas es, por ende, un factor que “aleja los peligros de la arbitrariedad”. En consecuencia, el fraccionamiento ilegal de contratos —al dividir artificiosamente un contrato de mayor cuantía para eludir los requisitos de publicidad o los procedimientos de adjudicación legalmente previstos— no es una simple irregularidad, sino la vía para eliminar los controles esenciales sobre el fondo del asunto. La trascendencia penal de esta omisión radica en que el funcionario no solo incurre en una contravención formal, sino que anula los mecanismos de transparencia, concurrencia y fiscalización diseñados, precisamente, para asegurar la objetividad de la decisión en la licitación pública.

La STS núm. 441/2022, sostiene que se aprecia la existencia de una resolución arbitraria cuando la omisión de las exigencias procedimentales tiene como consecuencia principal la elusión de los controles de fondo que dicho procedimiento establece. En estos casos, la autoridad o funcionario, mediante su proceder irregular (el fraccionamiento o cualquier otro quebranto esencial), no se limita

Fenomenología de la contratación pública constitutiva de delito

a obviar un requisito de forma, sino que elimina deliberadamente los resortes legales que garantizan que su decisión se ajuste al interés público y a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta. El vicio *in procedendo* se convierte así en un vicio *in iudicando*, constituyendo el soporte objetivo de la injusticia de la resolución exigida por el tipo penal de prevaricación.

Los hechos que se declaran probados, en la STS núm. 441/2022, exteriorizan un modo de operar en la actuación administrativa de los acusados (Alcalde y asesores) que se califica, por el Alto Tribunal, de arbitraría al beneficiar, siempre y únicamente, a profesionales elegidos por propia voluntad del Alcalde y de sus asesores. Se les condena como autores de un delito de prevaricación administrativa por su actuar arbitrario al adjudicar los servicios con omisión del procedimiento correspondiente en atención a la cuantía en la suscripción de los contratos, fraccionando indebidamente sus importes en las facturas y ajustándolas al límite cuantitativo del contrato menor.

Se detalla (en la STS núm. 441/2022) la conducta delictiva prevaricadora que ocasionó el fraccionamiento, deliberado y reiterado por los acusados, de los objetos de las prestaciones a fin de eludir la normativa vigente en materia de contratación administrativa, que exige respeto a los principios de publicidad y concurrencia. Las contrataciones debieron haber sido tramitadas legalmente, mediante concurso público en lugar de contrato menor, por referirse a unos mismos objetos y tratarse de unidades funcionales. Si no se siguió la tramitación correcta fue para no superar el límite legal del contrato menor de servicios. Se produjo, en consecuencia, una omisión del procedimiento correspondiente en atención a la cuantía en la suscripción de los contratos, fraccionando indebidamente sus importes en las facturas y ajustándolas al límite cuantitativo del contrato menor.

En idéntico sentido a lo expuesto, la STS núm. 1008/2022, de 9 de enero de 2023, Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, (FD Noveno), condena por el delito de prevaricación administrativa una actuación orientada a conseguir la adjudicación directa de contratos a entidades controladas por los acusados. La clave de la condena fue la exclusiva intención de favorecerlos económicoamente, sin que concurrieran razones de interés público que justificaran dichas adjudicaciones. La ilegalidad, en estos casos, no reside en defectos formales aislados del expediente, sino en el voluntarismo arbitrario de adjudicar los contratos *ad-hoc*, instrumentalizando el sistema de contratación directa y vadeando el objeto que la LCSP establece en su artículo 1.

El relato de hechos probados de la STS núm. 1008/2022 pormenoriza la conducta ilícita de los acusados (administradores de mercantiles interrelacionadas) quienes se concertaron con el personal directivo del órgano de contratación. Prevaliéndose de su posición y de las funciones que desarrollaban, consiguieron la adjudicación irregular de contratos mediante el fraccionamiento del objeto y de los importes para encuadrarlos artificialmente en el procedimiento de contratos menores.

No obstante lo anterior, nos vemos obligados a recalcar, para evitar un infundado sesgo incriminatorio del presente trabajo, que la práctica de una entidad administrativa de dividir contratos con el objetivo de realizar adjudicaciones directas no siempre implica un acto de corrupción encubierta. Afirmar lo contrario es exagerar.

En ocasiones, esta dinámica debe ser adoptada en la gestión normal y cotidiana de un Ayuntamiento para agilizar y acelerar la ejecución de obras, la prestación de servicios o la adquisición de suministros públicos. No se debe asumir, por lo tanto, que toda contratación directa es inherentemente delictiva; sostener tal afirmación inmotivada constituiría un error conceptual. De igual modo, es crucial no limitar el espectro de las posibles sanciones penales únicamente a las manipulaciones de la contratación directa. Existen numerosos escenarios delictivos en los que la adjudicación de un contrato público se lleva a cabo mediante una resolución que aparentemente cumple con la legalidad formal, pero que oculta un acuerdo secreto y corrupto entre el funcionario y un particular. Este acuerdo, motivado por vínculos espurios (amistad, intereses económicos, etc.), permite manipular las cláusulas del concurso público *ab initio*. Aunque la adjudicación pueda simular ser legal, se configura un acto de prevaricación, puesto que el resultado final es arbitrario e injusto. El hecho de que las partes interesadas pacten las reglas del procedimiento socava los principios de transparencia e imparcialidad que deben regir la adjudicación, corrompiendo el proceso desde sus cimientos. Un pacto previo en una licitación pública es un acuerdo secreto y corrupto cuyo fin es determinar el ganador antes de que comience formalmente la competencia, garantizando que una empresa específica obtenga el contrato sin importar la objetividad del precio o servicio ofertado. Este arreglo vicia el proceso, anulando la transparencia y la justicia.

Desde esta perspectiva, es fundamental atender al artículo 132 de la LCSP, dedicado a los Principios de igualdad, transparencia y libre competencia que rigen la adjudicación. Dicho precepto establece claramente: *“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.”*

La creación de una falsa apariencia de competencia (por ejemplo, fingiendo un procedimiento negociado invitando a empresas concertadas), constituye la base de la licitación colusoria. Esta simulación, que vulnera la libertad de mercado y la igualdad de trato, integra la conducta que tipifica uno de los delitos más severamente castigados en los procedimientos de adjudicación.

A la luz de lo expuesto, resulta indispensable comprender a fondo el concepto de licitación colusoria, ese acuerdo secreto y perjudicial que socava la transparencia y la igualdad de oportunidades. Dedicaremos el siguiente apartado de nuestro estudio a desentrañar los entresijos de esta práctica fraudulenta, explorando sus características, su distinción con otros tipos penales y sus consecuencias.

2.2. La licitación colusoria: simulación de la concurrencia en el procedimiento negociado

La colusión en un procedimiento de licitación, también conocida como licitación colusoria, se produce cuando varias empresas pactan de manera encubierta para influir en el desarrollo de la licitación, con el propósito de restringir o suprimir la competencia entre ellas. Generalmente, esto se lleva a cabo con el objetivo de aumentar artificialmente los precios o disminuir la calidad de los bienes o servicios ofrecidos a los organismos contratantes que buscan adquirir productos o servicios a través de un proceso competitivo.

Es decir, en lugar de competir lealmente, las empresas licitadoras conspiran para manipular el proceso de licitación, torciendo las reglas a su favor. Su objetivo principal es extinguir la competencia, a menudo inflando artificialmente los precios o degradando la calidad de los productos o servicios que ofrecen a las entidades compradoras que buscan adquirir bienes o servicios a través de un proceso competitivo y justo. El intrincado proceso de licitación se desarrolla en una serie de pasos todos ellos críticos y permeables a la colusión. Primero, se elabora cuidadosamente el pliego de condiciones, estableciendo los requisitos detallados del proyecto. Luego, se definen con precisión los criterios que se utilizarán para seleccionar al proveedor ganador, delineando los factores clave que determinarán la adjudicación del contrato. Posteriormente, la licitación o la invitación a licitar se hace pública, anunciando la oportunidad a posibles proveedores. Despues, se lleva a cabo la apertura formal de las ofertas, seguida de una valoración y evaluación meticulosas de cada propuesta. Finalmente, una vez elegido el ganador, se procede a la firma del contrato y se notifica oficialmente la adjudicación del contrato, marcando la culminación del proceso.

En cada una de estas etapas, es importante evitar cualquier situación que pueda generar un conflicto de intereses. Estas situaciones pueden abrir la puerta a comportamientos inapropiados e incluso ilegales. Por ejemplo, se debe impedir, bajo toda circunstancia, que un empleado público con autoridad dentro del organismo que otorga el contrato, y que participa activamente en cualquiera de las fases del proceso de licitación, tome decisiones que beneficien directamente a un familiar cercano o a un socio comercial. Esta prohibición se extiende especialmente si ese pariente o socio tiene un interés personal en una o varias de las empresas que compiten por el contrato. Asimismo, es imprescindible erradicar cualquier forma de trato preferencial. Este trato injusto podría manifestarse, por ejemplo, cuando el licitador que finalmente resulta seleccionado ha mantenido comunicaciones privadas y directas con el personal del organismo contratante, ya sea a través de correos electrónicos confidenciales o mensajes de WhatsApp, durante el período en que se están presentando las ofertas. Estas comunicaciones secretas podrían haberle proporcionado una ventaja indebida sobre los demás competidores.

En este contexto específico, resulta enormemente beneficioso recurrir a la recopilación de indicadores de alerta que ha sido elaborada por un grupo de

trabajo compuesto por expertos de los Estados miembros de la Unión Europea. Este grupo de trabajo ha sido dirigido y coordinado por la Unidad de Prevención del Fraude, Transmisión de la Información y Análisis de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).¹⁴

Estos indicadores actúan como señales de advertencia temprana, ayudando a identificar posibles irregularidades y prevenir el fraude en los procesos de contratación pública.

A continuación, se presenta una síntesis de los indicadores de alerta proporcionados, clasificando las señales de riesgo que apuntan a posibles irregularidades, colusión o fraude en los procedimientos de licitación y contratación pública.

2.2.1. Indicadores de Riesgo: Fraude y Colusión en la Contratación Pública

Los siguientes factores representan banderas rojas (o red flags) que, si bien individualmente pueden ser inocuos, colectivamente sugieren la existencia de conductas anticompetitivas, manipulación de ofertas (colusión) o irregularidades administrativas a lo largo del ciclo de vida del contrato público (desde la fase de oferta hasta la ejecución y facturación).

Señales de colusión y coordinación ilícita entre candidatos.

Estos indicadores apuntan a que los operadores económicos están coordinando sus acciones para falsear la competencia o pactar resultados.

Identidad cruzada en documentación: la presencia de errores idénticos (ortográficos, de cálculo) en propuestas de distintas empresas, o el uso de la misma dirección de envío (postal, correo electrónico) o propiedades de archivo idénticas (creador/editor) en documentos electrónicos. Esto sugiere que las ofertas fueron preparadas por la misma fuente o persona.

Patrones de presentación sospechosos: ofertas que llegan simultáneamente o con un matasellos idéntico, o la presentación de ofertas y documentación (como el pliego de condiciones) en nombre de múltiples licitadores por una única entidad.

Conocimiento interno o información privilegiada: referencias explícitas (verbales o escritas) a acuerdos previos entre competidores. O bien, que un licitador demuestre conocimiento de información que solo debería haber sido comunicada a otro competidor.

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA OFICINA EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE (OLAF)
Dirección D: Política Unidad D.2: Prevención del Fraude, Transmisión de la Información y Análisis. Ref.: Ares (2017) 6254403, de 20/12/2017. Fraude en la contratación Pública, *Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas*.

Fenomenología de la contratación pública constitutiva de delito

Comportamiento de precios anómalo: ofertas con diferencias mínimas o inusuales de precio que indican conocimiento mutuo. Justificaciones de precios que apelan a “precios sugeridos por el sector” o “listas de precios del mercado”, sugiriendo uniformidad pactada.

Vínculos estructurales y logísticos: evidencia de conexiones obvias entre competidores (misma sede, personal, números de teléfono). Incluye el uso de sedes sociales que son residencias particulares o edificios inadecuados.

Patrones de adjudicación rotatorios y ausentismo estratégico: empresas que alternan victorias en concursos similares, o competidores cualificados que no ofertan pero luego actúan como subcontratistas, indicando un posible reparto de mercado o simulación de competencia.

Indicadores de riesgo en la ejecución y control contractual.

Estos factores alertan sobre una gestión contractual deficiente, manipulación posterior a la adjudicación o desviación de fondos.

Subcontratación irregular: la subcontratación sistemática a empresas que no participaron en la licitación, o, lo que es más grave, la subcontratación a otros licitadores o entidades vinculadas al poder adjudicador.

Modificaciones y anomalías del contrato: cambios contractuales frecuentes o la aprobación de numerosas solicitudes de modificación para un contratista específico, especialmente si son aprobadas por el mismo funcionario, lo cual puede indicar connivencia o favoritismo.

Ejecución prematura o entidades fantasma: el inicio de la ejecución del contrato antes de su firma formal, o la adjudicación a empresas desconocidas o sin trayectoria comercial demostrable.

Irregularidades en la facturación y pago: anormalidades contables como facturas duplicadas, múltiples pagos para el mismo servicio, importes que exceden el valor del contrato, o discrepancias entre la documentación y la realidad física.

Falta de diligencia administrativa: el incumplimiento de cuestionar o investigar cambios en la razón social o naturaleza jurídica del adjudicatario, permitiendo que la empresa adjudicataria original se “evapore” o cambie de forma sin control.

Es igualmente importante señalar que el camino a seguir cuando existen fuertes sospechas de acuerdos secretos y colusorios en los procesos de contratación pública está, claramente definido, en el artículo 150.1¹⁵, tercer párrafo, de la LCSP. Este artículo establece las acciones que deben tomarse para investigar y, si es necesario, sancionar estas prácticas. No obstante, si la conducta sospe-

¹⁵ Artículo 150.1 párrafo tercero de la LCSP

“En los contratos sujetos a regulación armonizada (...), si se apreciasen indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (...)”

chosa apunta hacia un posible delito, si hay pruebas que sugieren una actividad criminal, entonces la información debe ser inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal. Esto se hace para que los fiscales puedan evaluar si los hechos pudieran constituir un delito y, en caso afirmativo, iniciar las acciones legales correspondientes.

Reviste especial interés la STS núm. 690/2022, de 7 de julio de 2022, Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura, por su rigor al identificar los indicios probatorios que configuran la licitación colusoria como un comportamiento corrupto en la contratación pública. La STS núm. 690/2022, constituye un supuesto fáctico paradigmático que ilustra cómo la manipulación documental y la alteración de la secuencia procedural se erigen en la base de la resolución arbitraria, elemento esencial del delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP). Los hechos probados revelan un concierto de irregularidades sistemáticas diseñadas para conferir una apariencia de legalidad a una adjudicación que ya estaba predeterminada. El *modus operandi* delictivo se manifiesta en los siguientes indicadores concurrentes de fraude y simulación, los exponemos por separado:

-Manipulación de la cronología (inversión del íter formal del proceso de licitación). Se constata una destrucción sistemática de la secuencia lógica y temporal del procedimiento de contratación, donde las fases decisorias preceden a sus propios presupuestos formales.

Esta manipulación del íter temporal se evidencia con el antedatado y postdatado: documentos fundamentales como la “orden de inicio” y el “informe de justificación” (fechados el 28 de noviembre de 2005) son posteriores a la “relación de empresas propuestas” (17 de noviembre de 2005), invirtiendo el orden causal del expediente; Con la contradicción cuantitativa: el “certificado sobre el procedimiento seguido” (24 de noviembre de 2005) ya consignaba las cantías exactas de las ofertas, pese a ser anterior a la supuesta orden de inicio y, lógicamente, a la recepción formal de las propuestas; y con la irregularidad en la ejecución financiera: la certificación y autorización de pago del servicio (diciembre de 2005 y enero de 2006) fue emitida antes de la constitución efectiva de la fianza (28 de marzo de 2006), vulnerando el principio de cautela financiera y evidenciando una premura injustificada.

-Simulación de la competencia (concierto de voluntades). El expediente exhibió un fraude en la concurrencia de licitadores, destinado a simular la pluralidad de ofertas exigida legalmente. Esta concurrencia ilícita queda patentizada con la identidad logística y de contacto: se utilizó el mismo número de fax para remitir las invitaciones a dos de las tres empresas, siendo este número propiedad de la empresa a la que se remitió la tercera invitación. El contacto para la campaña de publicidad compartía, además, el mismo dominio en la red; en la concertación documental: el registro de entrada de las tres propuestas se efectuó en el mismo día (1 de diciembre de 2005) con números consecutivos, revelando una presentación coordinada y no competitiva; por el vicio en la formalidad de la oferta: la

fecha límite de presentación se fijó en un día inexistente (“31 de noviembre”), y se constata la ausencia de contenido real en la propuesta de la empresa adjudicataria (solo un sobre vacío), lo que denota un desprecio absoluto por las reglas del concurso; por el criterio económico indiciario: la insignificante diferencia (63 euros) entre las tres propuestas, y el hecho de que la adjudicación final se produjera por una cantidad de solo dos euros inferior al presupuesto máximo, subraya la naturaleza pactada y no competitiva de las ofertas presentadas.

En conclusión, la STS núm. 690/2022 establece que la concurrencia de los hechos analizados no constituye una mera colección de irregularidades administrativas, sino un comportamiento doloso que rebasa los límites de la discrecionalidad. Mediante la manipulación de instrumentos documentales y la anulación fraudulenta de la competencia, los acusados produjeron una resolución manifiestamente injusta al adjudicar el contrato a espaldas del procedimiento legal, integrando así el tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa (Art. 404 del Código Penal).

La condena se fundamenta en la instrumentalización de la contratación para un fin ilícito. La actuación consistía en contratar los servicios de forma verbal para, posteriormente, vestir el acuerdo jurídicamente mediante la conformación *a posteriori* del expediente. Se abrían ficticios expedientes de contratación por el procedimiento negociado sin publicidad en los que se incorporaban informes y resoluciones preceptivas, facilitándose además los nombres de tres empresas controladas por el mismo grupo empresarial para simular la invitación. La finalidad de aparentar el cumplimiento de la legalidad era obvia, máxime cuando se ordenaba subsiguientemente a los empleados que dos de las ofertas invitadas fueran rechazadas, garantizando así la adjudicación predeterminada.

No obstante, hay que tener presente que, para obtener un pronunciamiento de condena, no basta con la presencia aislada de uno o varios de estos indicadores de alerta o “*red flags*”. Estos indicios poseen el valor esencial de activar la cautela ante el riesgo de incurrir en una práctica ilícita e impulsan la investigación penal. Generalmente, son la chispa que enciende el motor de la instrucción judicial, cuya finalidad es precisamente determinar si esa sospecha, en unión de otros datos de aporte probatorio, se transforma en evidencia incriminatoria suficiente para sostener una acusación en la fase de juicio oral. En estricta lógica probatoria, estos indicadores no pueden ser concebidos de modo distinto a meras sospechas hasta que el análisis conjunto de la prueba acredite el elemento subjetivo y objetivo del tipo penal investigado. Dicho de modo más claro la sospecha de alerta no es sinónimo de delito.

Arroja luz, a esta consideración, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional n.º 27/2024, de fecha 5 de diciembre de 2024, Ponente Ilma. Sra. Dña. Francisca María Ramis Rosselló. El núcleo esencial de la conducta sometida a enjuiciamiento penal es la participación y el conocimiento anticipado del pliego de condiciones que contenía las prescripciones técnicas y administrativas por parte de un licitador, conocimiento que le habría otorgado en su condición de

licitador una ventaja competitiva de singular calado, al haber podido adaptar su oferta con mayores posibilidades de éxito en detrimento del resto de candidatos al proceso negociado sin publicidad.

En la sentencia se estudia la sospecha incriminatoria del hecho de conocer el pliego de prescripciones unos días antes de su publicación. Se razona que este dato por sí solo no beneficia ni perjudica a las empresas licitadoras. Es cierto que obra acreditado que por uno de los acusados se mandó un correo al licitador con el borrador del pliego, pero ello no tiene, a juicio de la Sala, la trascendencia inculpatoria que le otorga el Ministerio Fiscal, ni tampoco significa que el concurso se hiciera ad hoc con las indicaciones que le dio, pues no existe prueba de ello, ni tampoco existe prueba que participara en la redacción de los pliegos. El contenido del correo no es suficiente prueba inculpatoria, siendo perfectamente posible que se quisiera alardear o presumir de tener influencias con los funcionarios, cuando ello no era cierto.

Es un hecho indiscutido que la empresa receptora del correo se presentó al concurso convocado negociado sin publicidad, pero el hecho de que se le ayudara a preparar la documentación y que utilizara los modelos de declaración responsable y modelo de proposición económica no significa necesariamente la existencia de un acuerdo colusorio para alterar el precio final en detrimento de la Administración. Es una sospecha razonable pero no existe prueba de este pacto.

Y dice más, “*(...) en cualquier caso no reputamos delictiva la petición de modelos, como tampoco consideramos que utilizar modelos de otras empresas sea prueba inculpatoria para alterar un concurso con la finalidad de provocar un acuerdo colusorio y el precio del remate, pues en puridad, las dos empresas que se presentaron hubieran podido resultar adjudicatarias del concurso o éste quedar desierto.*”

2.3. El caso unión como paradigma de la corrupción en la Administración Local

Si se analiza en profundidad la narración fáctica proporcionada por la STS núm. 769/2022, de 15 de septiembre de 2022, Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, se puede dar respuesta a cómo se adjudicaban contratos a cambio de comisiones.

La indicada resolución ofrece la precia respuesta penal a los múltiples interrogantes que durante las más de 15 sesiones del juicio oral se reprodujeron por las partes, tales como, ¿Qué mecanismos específicos utilizaron los concejales para vulnerar el principio de imparcialidad y la libre concurrencia en los procesos de contratación pública, más allá de la mera “obediencia debida”? ¿Qué tipo de contratos de obra eran los más comúnmente adjudicados mediante este esquema corrupto? ¿Existía alguna característica específica en estos contratos que los hiciera más susceptibles a la corrupción? ¿Cuál era el rol exacto del

Fenomenología de la contratación pública constitutiva de delito

“jefe” del partido en la trama? ¿Cómo se comunicaba con los concejales y cómo se aseguraba de que las adjudicaciones se realizaran de acuerdo con el esquema corrupto? ¿Cómo se organizaba el pago de las comisiones por parte de los empresarios? ¿Existía algún método para ocultar estos pagos y evitar ser detectados por las autoridades? A partir de la información proporcionada, ¿qué medidas preventivas o correctivas podrían haberse implementado en ese ayuntamiento (y en administraciones similares) para evitar la ocurrencia de este tipo de delitos en la contratación pública?.

La STS núm. 769/2022 detalla como hechos probados las conclusiones elevadas a definitivas tras la práctica de la totalidad de la prueba. Se concluye que la adjudicación se llevó a cabo por los concejales en contravención manifiesta del ordenamiento jurídico, con un abandono evidente de las responsabilidades de supervisión del gasto público, e incumpliendo las formalidades esenciales establecidas por la ley para garantizar una resolución administrativa equitativa, ajena a la mera discrecionalidad política. Se simuló una contratación menor, empleada de manera fraudulenta para eludir la convocatoria de concursos públicos, habida cuenta de que las contrataciones ya habían sido acordadas y adjudicadas de manera discrecional, previo pago de la comisión establecida. Se declara probado que (tal y como se recogía en la acusación de la Fiscalía Anticorrupción) el procedimiento consistía en la exigencia de una comisión ilícita, mediante la cual se comprueba la voluntad del concejal, por parte de empresarios dispuestos a destinar entre el 3% y el 10% del volumen de facturación generado al ayuntamiento. Se instauró una relación simbiótica delictiva que, a modo de parásito corrupto, se incrustó en las concejalías, todas ellas controladas por los acusados pertenecientes al mismo grupo político en el Ayuntamiento. Se me noscabó el prestigio y la eficacia de la Corporación Municipal y, de manera más específica, de las concejalías controladas por los acusados, quienes, mediante su actividad delictiva, vulneraron la integridad de la importante gestión administrativa que les había sido encomendada, al dejarse llevar por motivaciones ajenas a su función pública, como lo constituye la exigencia de comisiones ilegales para la adjudicación de contratos. Como resultado de esta conducta ilícita, diversos actores, incluyendo empresarios, funcionarios públicos y partidos políticos, obtenían beneficios, específicamente:

-El empresario por ser adjudicatario de contratas incrementando notablemente el volumen de su facturación al ser “premiado” por la concesión de obras sin solución de continuidad mientras siguiera cumpliendo su parte de entregar las comisiones.

- Los concejales que ostentaban los cargos públicos, en la doble ganancia de, por un lado un lucro personal al destinar parte del dinero recibido de manos del empresario para su propio patrimonio y de otro lado en la ganancia de ascender internamente en el seno del partido político al ejecutar a la perfección las instrucciones recibidas por los verdaderos hombres fuertes del partido.

- La formación política, porque se camuflaban las comisiones recibidas en la estructura jurídico financiera del partido y se lograba de esta forma hacer frente a los gastos de campaña electoral, así como satisfacer gastos particulares de los militantes, llevando una doble contabilidad por el administrador del partido, logrando así, evadir los mecanismos de control del Tribunal de Cuentas.

El pago de las comisiones se fraccionaba en el tiempo al igual que se fraccionaban los expedientes de contratación, en manifiesta contradicción, con las normas esenciales de procedimiento que rige el procedimiento de contratación pública¹⁶, así como, en claro perjuicio de otros competidores igual de cualificados técnicamente pero que de hecho perdían la oportunidad de ser seleccionados por motivos ajenos a la legalidad.

La decisión administrativa de adjudicación de contratos era —en esencia— una decisión motivada por el dinero a ingresar por la comisión exigida. Poco importaba quién iba a ejecutar o no las obras ofertadas, lo decisivo y el verdadero motor de la decisión administrativa era que empresario estaba dispuesto a pagar por ellas. Se motivaron y se incoaron los expedientes de contratación con la finalidad económica del enriquecimiento personal y del aprovisionamiento de fondos al partido político, no con la finalidad del interés general al que estaban obligados a servir.

El motor que accionaba los actos administrativos y las decisiones ejecutivas de los concejales en los procedimientos de contratación pública dejó de ser la transparencia, legalidad, objetividad, respeto pleno a la ley y al derecho, bien común e interés general, para convertirse en una dinamo encendida sólo por el dinero a recaudar de la comisión exigida como condición de adjudicación, a los contratistas, quienes atendieron a sus solicitudes económicas.

El fraccionamiento y el aplazamiento de las comisiones era ejecutado para lograr una especie de fidelización delictiva en la trama, garantizando —de este peculiar modo— la estabilidad del pacto criminal. Factor decisivo a la hora de adjudicar los contratos y factor determinante para poder (el empresario) volver a resultar adjudicatario de la obra y contrato público.

Junto a la anterior era flagrante la omisión de trámites esenciales del procedimiento unido a, la apariencia de legalidad que se quiso simular con, la utilización de auxiliares administrativos. En la tramitación de los expedientes administrativos no constaba aportado la aprobación del gasto ni el presupuesto ni el proyecto de obras. Siendo la factura anterior a la propuesta del gasto y al

¹⁶ En la fecha de los hechos declarados probados en la STS 769/2022 (años 2008 a 2010) la normativa en vigor en materia de contratación pública se regía por el RD 2/2000 de 16 de Junio por el que se aprueba la Ley de Contratos de la Administración Pública en vigor hasta el 29 de Abril de 2008; y la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público vigente hasta el 16 de Diciembre de 2011.

certificado de existencia de crédito y no se había dejado constancia del recibí del responsable de la Corporación dando la conformidad al servicio o suministro, figurando firmas sin identificar y la firma de auxiliares administrativos como “técnicos” quienes a petición expresa de los concejales acusados rellenaban con su firma y sin conocimiento alguno del concierto previo y de la exigencia de las comisiones ilegales exigidas y entregadas por el empresario como si fuesen técnicos del departamento de contratación. Se utilizaron a conciencia auxiliares administrativos de escasa formación con los que convalidar las firmas en la apariencia de legalidad de la contratación. Sólo era una operación de maquillaje, de representar un cumplimiento de los trámites legales, cuando lo cierto era que se procedió a usar dicho personal auxiliar, precisamente, para no hacer efectivo el control del gasto público y la observancia de las formalidades esenciales de la normativa de la contratación del sector público que debía realizarse por el concejal de hacienda y el interventor del Ayuntamiento, quienes omitieron con pleno conocimiento las precauciones más elementales y obraron con una ligereza inexcusable en atención a la importante función de control de gasto público y formalidad contractual que tenían por ley encomendadas, ya que, prescindieron del personal administrativo que con carácter previo a su visado comprobara siquiera los partes de trabajo y las facturas presentadas, pues como insistimos, la firma como “técnicos” era un maquillaje desprovisto de su real contenido fruto del descontrol reinante en la ejecución de la contratación. Se empleó a conciencia un procedimiento opaco (firmas sin identificar, fecha del certificado del crédito ilegible, conformidad del crédito ilegible. Firmas de auxiliares administrativos como técnicos) claramente buscado y, elegido a sabiendas, por los concejales acusados para favorecer sus propósitos delictivos y asegurarse una impunidad buscada en el oscurantismo y opacidad del procedimiento de contratación empleado, frente a la transparencia y legalidad que debe regir su actuación como servidores públicos, sometidos al interés general en el ejercicio de sus funciones de manejo, control, custodia y adjudicación de fondos públicos para la ejecución de obras en la corporación municipal. Fruto de esta opacidad lo constituye el hecho decisivo de que ni siquiera se puede verificar el contenido de las facturas por faltar elementos esenciales y de obligada incorporación a los expedientes administrativos.

Este procedimiento judicial constituye un paradigmático ejemplo de actos de corrupción política relacionados con la concesión de contratos públicos y la adjudicación de obras públicas, en el caso conocido mediáticamente como “Caso Unión”¹⁷ en el que tuve el honor de intervenir en representación de la Fiscalía Especial Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

¹⁷ El procedimiento penal sigue siendo, en la actualidad, el más voluminoso en materia de corrupción tramitado en la Comunidad Autónoma Canaria. Un resumen periodístico del “caso Unión” se puede encontrar en el siguiente enlace <https://www.diariodelanzarote.com/noticia/balance-del-caso-uni%C3%B3n-ocho-piezas-36-condenas-y-12-ingresos-en-prisi%C3%B3n>

Parece evidente que ante una actuación corrupta en el ámbito del otorgamiento de contratos públicos hay que depurar la responsabilidad de aquellos que actúan como mercaderes turbios de la función pública. No se puede trapichear con las competencias públicas —menudeando con los deberes propios del cargo— otorgando concursos públicos con infracción de las más elementales normas que rigen el proceso de contratación pública: la libre concurrencia, la transparencia y la igualdad de oportunidades. Estos actos son contrarios a la salud democrática. Son actos que atentan gravemente a la salud de la función pública de la Administración en que se ejecuten.

No puede permitirse que los funcionarios públicos actúen avasallados por un sentimiento más fuerte que su voluntad pública, el sentimiento del dinero. La función pública no puede ser concebida como una dignidad decorativa que quede sepultada por las comisiones solicitadas, aceptadas y recibidas en el otorgamiento de los contratos públicos.

Es intolerable que, en determinados supuestos, la conducta de los máximos cargos públicos (que constituye el núcleo de la decisión técnico-administrativa de una Administración) suponga la expresión más gráfica de un comportamiento altamente corrompido, sostenido en el tiempo y, su ejecución, como medio para otorgar contratos públicos de enorme cuantía, sea la expresiva manifestación de una lacra de la corrupción pública que afecta a la buena marcha de la Administración pública y a la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho. Si se llega a ese estadio (por ejemplo en una Corporación Local) se produce un claro deterioro de un tejido indispensable para el ciudadano: la credibilidad en la Institución municipal como medio para solucionar los problemas, no para enriquecerse.

Jamás debemos olvidar que un Ayuntamiento es mucho más que el simple edificio donde se administran los asuntos de un pueblo o ciudad. Es, en realidad, el depositario de la historia compartida, las tradiciones arraigadas y los recuerdos entrañables de cada uno de los ciudadanos que lo habitan. Representa, en esencia, el corazón sentimental del municipio. Cuando la corrupción se instala en sus entrañas, se quiebra ese vínculo de confianza, se hiere el alma colectiva y se desmorona el respeto por las instituciones. Estos actos de traición a la confianza pública no pueden quedar impunes, ni ser barridos bajo la alfombra sin graves repercusiones para aquellos que los perpetran.

Es cierto que la Justicia penal no puede ser concebida solo como una balanza fatigada, como una balanza cansada de esperar, que solo reduce condenas por la ineeficacia de un sistema procesal incapaz de digerir una macro causa en su calendario sobrecargado de juicios y señalamientos. La Justicia como valor superior del Ordenamiento Jurídico (Artículo 1 CE) debe también recuperar su valor de plaza pública. La Justicia, en su elevado papel dentro del marco constitucional (Artículo 1 CE), necesita reclamar su importancia como valor vertebrador del Estado.

La firmeza y determinación con la que se combata la corrupción, aunque la justicia llegue con retraso después de un largo proceso legal, será la prueba irrefutable de que en esta sociedad que aspira a ser democrática y transparente, no existe refugio para aquellos que se aprovechan del poder para su propio beneficio. Se demostrará, así, que la impunidad no tiene cabida en un sistema que busca la equidad y el bienestar para todos sus ciudadanos.

Desde esta concreta perspectiva es esencial establecer una conclusión analítica y una propuesta operativa.

III. CONCLUSIÓN ANALÍTICA Y PROPUESTAS OPERATIVAS

El estudio realizado permite extraer varios hallazgos principales, a saber:

En primer lugar, el fraccionamiento y el uso sistemático del contrato menor son la vía más habitual de vulneración de los principios de publicidad y concurrencia.

El fraccionamiento indebido del objeto contractual y el recurso reiterado al contrato menor constituyen la modalidad más frecuente y de mayor riesgo penal en la contratación pública local, pues permiten eludir los requisitos de publicidad y concurrencia y actúan como mecanismo operativo para adjudicaciones predeterminadas.

En segundo lugar, la línea jurisprudencial sobre la “eficacia determinante” de actos de trámite amplía la noción de resolución susceptible de prevaricación. La jurisprudencia incorpora en el concepto de “resolución” actos de trámite de alta eficacia determinante, lo que permite apreciar responsabilidad penal cuando dichos actos integran una cadena operativa dirigida a producir una adjudicación injusta.

En tercer lugar, existe una frontera frecuentemente conflictiva entre la arbitrariedad como irregularidad administrativa (ilícito administrativo) y como ilícito penal (prevaricación administrativa). Muchas conductas sancionables administrativamente en materia de contratación pública no son aptas para reproche penal salvo que exista arbitrariedad manifiesta e injusta y dolo. La membrana que separa la invalidez administrativa de la tipicidad penal es la arbitrariedad manifiesta; donde exista discusión razonable sobre la norma aplicable o la interpretación, la vía penal no procede.

Las conclusiones derivadas de nuestro análisis nos permiten trazar tres líneas de acción estratégicas, enfocadas en la prevención temprana, la mejora regulatoria y el uso de herramientas tecnológicas para combatir la corrupción en la contratación pública.

- Se propone impulsar la investigación empírica y multicéntrica sobre la contratación municipal. Estos estudios deben combinar rigurosamente los registros administrativos de contratación con los datos procesales y judiciales disponibles. El objetivo es identificar y cuantificar factores de riesgo asociados a los patrones de fraude (fraccionamiento, colusión, con-

flictos de intereses, ocultación de prohibiciones para contratar, etc.), lo cual permitirá diseñar umbrales de alerta operativos y validar modelos predictivos de riesgo de corrupción en el ámbito local.

Para asegurar que los hallazgos sean generalizables y no dependan de las peculiaridades de una única administración, la investigación no deberá limitarse a una sola entidad o ubicación (por ejemplo, solo un Ayuntamiento o una sola provincia). El estudio debe abarcar múltiples centros de contratación (muchos Ayuntamientos, Diputaciones, Cabildos). Al combinar estos dos elementos, el propósito es dejar de depender únicamente de la sospecha o el aviso (OLAF) para detectar la corrupción. En cambio, se busca crear sistemas de alerta: Desarrollar modelos (a menudo algorítmicos) que automáticamente señalen cuándo un nuevo contrato o licitación tiene un riesgo significativamente alto de ser fraudulento.

En resumen, se trata de utilizar la ciencia de datos para ir más allá del análisis legal tradicional y proveer herramientas concretas y objetivas para la prevención temprana de la corrupción a nivel local.

- Creemos de máxima utilidad realizar estudios de Derecho Comparado (en el contexto de la Unión Europea) que evalúen los mecanismos preventivos y sancionadores implementados en otros Estados miembros. El fin es identificar y trasladar las buenas prácticas relativas a la gobernanza y al control de la contratación. Se debe poner un énfasis particular en la coordinación entre el control administrativo (Tribunales de Cuentas), la defensa de la competencia y la persecución penal, buscando modelos que prioricen la eficacia de la respuesta institucional frente a la corrupción en la licitación pública.
- Finalmente, se debe impulsar la constitución de herramientas operativas mediante el uso de la tecnología. Esto incluye el diseño e implementación de tests de integridad (checklists), y el desarrollo de algoritmos de detección automatizada (Big Data/Analítica de Datos). Estas herramientas, basadas en indicadores de alerta (como los propuestos por la Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude: la detección de patrones de documentación idéntica o la coincidencia de direcciones de licitadores), deben ser sencillas e implantables en las Corporaciones Locales. Su desarrollo y validación contribuirán a una prevención temprana estandarizada de los comportamientos corruptos más característicos en la licitación, particularmente la colusión y el fraccionamiento indebido.

BASE JURISPRUDENCIAL

(La totalidad de las Sentencias y Autos han sido extraídas de la base de datos del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial).

Tribunal Supremo – Sala de lo Penal

Año 2003

Fenomenología de la contratación pública constitutiva de delito

- Sentencia núm. 504/2003, de 2 de abril de 2003, Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

Año 2007.

- Sentencia núm. 755/2007, de 25 de Septiembre de 2007, Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

Año 2015.

- Auto Causa Especial n.º 20632/2014, de 6 de abril de 2015, ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

Año 2017

- Sentencia núm. 63/2017, de 8 de febrero de 2017 (FD Tercero) Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

Año 2019.

- Sentencia núm. 163/2019, de 26 de Marzo de 2019, Ponencia del Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.
- Sentencia núm. 311/2019, de 14 de junio de 2019, Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

Año 2022.

- Sentencia núm. 441/2022, de 4 de mayo de 2022, Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- Sentencia núm. 690/2022, de 7 de julio de 2022, Ponencia del Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.
- Sentencia núm. 769/2022, de 15 de septiembre de 2022, Ponencia del Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.
- Sentencia núm. 877/2022, de 8 de noviembre de 2022, Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Año 2023.

- Sentencia núm. 1008/2022, de 9 de enero de 2023, Ponencia del Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.
- Sentencia núm. 78/2023, de 9 de febrero de 2023 (FD Tercero) Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez De la Torre.
- Sentencia núm. 222/2023, de 27 de marzo de 2023, Ponencia de la Excm. Sra. Dña. Susana Polo Garcia.
- Sentencia núm. 849/2023, de 20 de noviembre de 2023, Ponencia del Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

Audiencia Nacional – Sala de lo Penal

Año 2024.

- Sentencia núm. 27/2024, de 5 de diciembre de 2024, Ponencia de la Ilma. Sra. Dña. Francisca María Ramis Rosselló.

