

## LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO Y EL CONTROL DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN COMO FORMAS DE PREVENIR LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN <sup>(\*)</sup>

*Ángeles Jareño Leal*<sup>1</sup>  
*Catedrática de Derecho penal*  
*Universidad de Valencia*

### RESUMEN

Es indudable que un buen control administrativo de la actividad contractual puede evitar el recurso final al Derecho penal, que en la actualidad está jugando un papel excesivamente protagonista en la fiscalización de los contratos públicos irregulares. Es necesario que la propia Administración tutele con eficacia el procedimiento de contratación, para reconocer y paralizar contratos carentes de justificación desde el principio, o contratos cuyo seguimiento con mayor interés habría desvelado determinadas prácticas corruptas. Una mayor contundencia de la Administración en su actividad sancionadora puede evitar, en gran medida, el recurso final a la vía penal.

### 1. AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO: INCIDENCIA EN CONDUCTAS DELICTIVAS

La necesidad de justificar el gasto que conlleva un contrato público se exige expresamente por la Ley de contratos (*Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*), en su artículo 28. Los momentos de “riesgo” de delito a lo largo de todo el procedimiento y ejecución del contrato son diversos, pero, tal y como puede comprobarse analizando la jurisprudencia penal, cierto número de condenas podrían haberse evitado si previamente hubieran funcionado los mecanismos de control administrativos, supervisando la necesidad e idoneidad de las decisiones sobre el gasto público. Lo cierto es que llegan a los tribunales penales asuntos que, desde el principio, deberían ser interceptados por la propia Administración. Ello puede ocurrir cuando la decisión de contratar carece de una base sólida, es decir, se adopta sin justificación alguna que sustente la necesidad en el caso concreto.

Por supuesto que estamos ante decisiones que son difícilmente controlables cuando provienen de un órgano individual o colectivo (por ejemplo, del pleno de un ayuntamiento), pues no parece fácil “interceptar” una decisión de gasto que constituye, en definitiva, una elección de política económica. No se trata aquí de abogar por un control de la actividad decisoria (y discrecional) de la Administración, sino de postular la idea de que pueda “interceptarse” a tiempo la celebración de un contrato innecesario (o que no es idóneo), es decir, carente de justificación, a efectos de evitar el dispendio del patrimonio público y, en su caso, la realización de posibles

<sup>1</sup> Ponencia realizada en el *Seminario sobre el Sistema de Alertas Rápidas para la prevención de la corrupción*, auspiciado por la Conselleria de Transparència, Responsabilitat Social, Participació i Cooperació del Gobierno valenciano, celebrado el 30 de octubre de 2018 en Valencia, en colaboración con Transparencia Internacional España.

conductas delictivas. Naturalmente esto último sólo en el caso de que detrás de esta falta de justificación se esconda un acuerdo entre funcionario y particular, con el objetivo de defraudar o malversar dinero público. Pues lo cierto es que en los hechos probados de algunas decisiones jurisprudenciales puede observarse como, desde el momento inicial en que se adopta la decisión de contratar, tal acuerdo responde a una intención de defraudar al ente público, razón por la cual precisamente la justificación del gasto es inexistente en tales casos. Naturalmente, ello no quiere decir que siempre que se da esta circunstancia (la necesidad de contratar no ha quedado demostrada) exista detrás la preparación de una conducta delictiva, ya que muchas veces sólo se tratará de un mal hacer las cosas. Pero, tanto en un caso como en otro, exista intención delictiva, o exista sólo una mala gestión pública, lo cierto es que la propia Administración debería tener (¿la tiene?) la capacidad de reconocer y detener este comportamiento irregular en su fase inicial, antes de que se efectúe el gasto, el desembolso irregular del patrimonio y, en definitiva, la intervención penal.

Por su parte, el art. 28 de la Ley de contratos (*“Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público”*), dispone:

*1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.*

Este precepto declara la obligación de justificar cada actividad contractual, que deberá conectarse con fines institucionales. En este sentido, la referencia expresa a que deben determinarse con precisión las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado no deja espacio para justificaciones excesivamente genéricas o vagas. Además, también se refiere el art. 28 a la “idoneidad” del contrato elegido, lo que significa que debe relacionarse el objeto perseguido con la forma contractual seleccionada. Ello quiere decir que debe existir racionalidad entre el fin que se persigue y el medio utilizado para alcanzar dicho fin, trámites que también nos refieren a la proporcionalidad como regla límite en la actividad contractual. Así, podemos encontrarnos con una situación en la cual se justifica correctamente la necesidad de efectuar un contrato, porque deba satisfacerse un fin de carácter público, pero resulte un gasto irracional si el presupuesto dedicado a ello está desconectado de dicho fin, por ejemplo, porque sea claramente excesivo; o porque los medios concretos utilizados para satisfacer dicho fin nada tienen que ver con el objetivo que se persigue.

En todos los casos estaríamos ante el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 28.1 de la Ley de Contratos; y debido a los controles que debe superar el gasto en la Administración tal situación debiera percibirse con cierta facilidad, para activar los mecanismos de control y censura correspondientes (ya se trate del control administrativo o del contencioso administrativo), evitando de esta forma la continuidad de un desembolso que está ayuno de justificación. Debemos convenir en que una eficiente intervención de la Administración en esta fase impediría pérdidas patrimoniales y, además, evitaría el recurso al Derecho penal para “solucionar” el problema causado, pues en materia de contratación pública este sector del ordenamiento se está convirtiendo en *prima ratio*, en lugar de ocupar el puesto de *ultima ratio* que le corresponde. Un análisis de la jurisprudencia de los últimos años pone de relieve que el orden penal se está erigiendo, poco a poco, en el máximo controlador de la legalidad en la contratación pública, ocupando a veces un espacio que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, que es la que debe resolver sobre un contrato ilegal y los efectos que ello debe

conllevar. La respuesta en el orden contencioso quedaría completa si, a la vez que se resuelve sobre la legalidad del contrato, se depurasen responsabilidades disciplinarias (si hubiesen sido previamente planteadas por la propia Administración), en aquellos casos en que la actuación ilegal del funcionario tenga respuesta cabal y suficiente en el ámbito administrativo, lo que, a mi juicio ocurre en un número de casos nada desdeñable.

### A) ¿Indicio de delitos de fraudes o de malversación?

Sobre el problema de la falta de justificación del contrato y la incidencia penal que tal circunstancia puede tener podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo nº 606/2016, de 7 de julio. Según los hechos probados, desde la consejería de una comunidad autónoma se adjudica a un empresario (que es compañero de partido) el suministro de miles de sillas destinadas a varios ayuntamientos, mediante contratos negociados sin publicidad, sin que la necesidad de compra hubiese sido suscitada por dichos organismos. A efectos de hacer más creíble la (inexistente) concurrencia de empresas, se invita a tres del mismo grupo a participar, dos de las cuales se retiran y no llegan a presentar ofertas. Además de condenarse por prevaricación (art. 404 del Código penal), la sentencia de instancia también condena por el delito de fraudes del art. 436 del Código penal.

Para condenar por prevaricación el Tribunal pone de manifiesto que la adjudicación del contrato había estado “amañada”, pues las dos empresas utilizadas eran empresas “pantalla”, que pertenecían a la misma persona y carecían de autonomía económica y presupuestaria, además de otras irregularidades cometidas durante el proceso de adjudicación (pago del importe antes de la entrega del material, firma del contrato en las dependencias del tercero, falsificación de una firma particular). Por tanto, se habían cometido irregularidades “esenciales” en el procedimiento de contratación, para dar entrada a la arbitrariedad, el amiguismo y el clientelismo político, vulnerando el principio de concurrencia. A juicio del tribunal, el “*desprecio y apartamiento voluntario de las normas administrativas que rigen la adjudicación de los contratos*” justificaban el castigo por el delito de prevaricación<sup>2</sup>. De esta forma se revisaba “penalmente” la forma contractual elegida en el caso concreto, residiendo la resolución injusta y arbitraria propia de la prevaricación en la existencia de irregularidades esenciales a lo largo del procedimiento de contratación.

Pero la parte de los hechos que tenían que ver con el delito de fraudes del art.436 era, precisamente, la que consistía en suministrar mobiliario a los ayuntamientos sin que estos lo hubieran solicitado, es decir, realizar un gasto público carente de justificación, pues nada se decía sobre la “necesidad real” de tal compra masiva en ningún momento del procedimiento. Sin embargo, sobre el delito de fraudes el Tribunal Supremo fue de opinión diferente a la sala de instancia. A pesar de la explícita falta de justificación del contrato de compra, el hecho de que el producto fuera entregado a precio de mercado (según informe del interventor), y de que no se probara que el gasto fuera “absolutamente inútil”, llevó al Tribunal Supremo a absolver por este delito. Seguramente el Tribunal hizo lo que era su exclusiva competencia: comprobar si se daban los elementos del delito del art. 436. Pues valorar la necesidad del gasto público en el caso concreto era claramente competencia de otros órganos, y efectuar en un procedimiento penal una valoración de estas características es algo muy arriesgado, si tenemos en cuenta, además, que el delito de fraudes permite llegar a los seis años de prisión<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 404 del Código penal: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”

<sup>3</sup> Art.436 del Código penal: “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya

La absolución del Tribunal Supremo por este delito de fraudes se basó, fundamentalmente, en que el precio de la compra del mobiliario se había ajustado al de mercado, con lo que la base para castigar penalmente parecía neutralizarse, ya que el tipo del art. 436 exige la intención de producir un perjuicio patrimonial (es un delito de mera actividad, para algunos también de peligro). En este sentido, el Tribunal Supremo argumentaba que no se describía en los hechos *“ningún perjuicio a la Administración pública por razón de los contratos celebrados”*. Pues *“el hecho de que el delito no precise de ocasionamiento de daño, y como delito de simple actividad baste el concierto con el propósito de defraudar al erario público, para consumir la infracción es preciso, sin embargo, concretar objetivamente ese concierto, así como su efecto perjudicial para el erario público”*.

Efectivamente, tal argumento (adquisición a precio de mercado, gasto que no es “totalmente” inútil) es válido para excluir el dolo de defraudar, propio del art. 436 del Código penal. Pero, a mi juicio, no es suficiente para excluir la posibilidad de otra respuesta fuera del ámbito penal, si efectivamente era cierto que el contrato carecía de justificación en su origen, y con su adjudicación sólo se perseguía ayudar a un compañero de partido cuya empresa atravesaba dificultades económicas. Aunque hubiera existido “idoneidad” del contrato (comprar el producto ajustado a precio de mercado) en relación con la finalidad perseguida, dotar de mobiliario a los ayuntamientos, lo cierto es que el hecho mismo de suministrar dicho mobiliario era innecesario, por lo que la decisión de hacerlo carecía de justificación. En definitiva, se trataba de una resolución administrativa que podría haberse interceptado con el sólo hecho de exigirse la justificación de la compra antes de poner en marcha el proceso contractual (tal y como ahora exige el art. 28 de la Ley de Contratos), pues la falta de justificación era, al parecer, algo bastante evidente, ya que los hechos fueron posteriormente denunciados. De esta forma podría haberse evitado el desembolso patrimonial innecesario y el recurso a la jurisdicción penal. Hay que recordar que el art. 28 de la Ley de Contratos declara actualmente la obligación de dejar constancia de la necesidad del contrato en la *“documentación preparatoria”*, antes de *“iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*.

## **B) La debatida cuestión de contratar servicios jurídicos externos**

Uno de las prácticas habituales en los diferentes organismos de la Administración es la de contratar servicios jurídicos externos, especialmente cuando dicho organismo tiene que desarrollar un papel activo o pasivo en un procedimiento penal, aunque no sólo en estos casos. Se trata de una práctica muy arraigada, que no había suscitado controversia jurídica. Pero en el contexto actual, de inflación de denuncias penales en el ámbito de la contratación pública, también sobre esta cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia penal. En concreto, ante dicha jurisdicción se ha planteado: a) la falta de necesidad de contratar servicios jurídicos externos, a la vista de que la propia Administración cuenta con sus propios servicios jurídicos; b) la forma concreta elegida para contratar con estos profesionales externos.

Un caso de estas características lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo nº 872/2016, de 18 de noviembre, en la que se ratifica la decisión de la Audiencia Provincial, que había entrado a analizar, no sólo la necesidad de la contratación de servicios jurídicos externos por parte de un ayuntamiento, comprobando que su carácter no fuera prescindible, sino que, yendo mucho más allá, y entrando casi en una actividad de control o fiscalización del gasto (que excede las competencias de un tribunal penal), también había analizado la correspondencia entre los informes efectuados por dichos servicios jurídicos y cada factura emitida, verificando que dichos trabajos efectivamente se habían realizado, y que el precio pagado había sido adecuado a mercado (*“...el Tribunal analizó las facturas una por una, para terminar concluyendo que los trabajos que se reflejan en ellos realmente se hicieron y se hicieron bien, y nadie ha alegado que*

---

*concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos...”*

*tales actividades profesionales no fueran necesarias*”). Por tanto, el Tribunal de instancia valoró la necesidad del contrato de servicios y su idoneidad, después de indagar sobre la naturaleza de las actividades desarrolladas por la empresa de asesoría jurídica, y después de comprobar que el precio pagado a los asesores no había sido desproporcionado; esto último porque la propia secretaria del ayuntamiento había declarado que las condiciones del contrato eran iguales a las fijadas con la persona que anteriormente había desempeñado el mismo cometido para el ayuntamiento.

No obstante, a la vista de que uno de los informes entregado por los asesores jurídicos repetía íntegramente otro del año anterior, se planteó en este caso la interesante cuestión de si debían ser los propios jueces los que concluyeran sobre la “necesidad” real de dicho informe (el Ministerio fiscal sostenía que dichos jueces debían ser quienes emitieran su propia valoración), o si tal valoración requería una pericial específica que juzgara el trabajo elaborado (y su precio), como sostenía el tribunal de instancia, razón por la cual, y ante su ausencia, absolvía por el delito. En definitiva, al no constatarse que el asesoramiento jurídico contratado fuera innecesario, o que fuera adjudicado de manera ilegal, se absolvió del delito de malversación por el que acusaba el fiscal.

La primera impresión al valorar esta decisión es que un control penal tan minucioso de la legalidad de un contrato público está dejando sin espacio de actuación a la jurisdicción contencioso administrativa. Lo cierto es que a veces no es fácil distinguir la competencia de cada orden, pues si el tribunal penal debe dilucidar sobre la existencia un delito en el proceso de la contratación (como había ocurrido en este caso, en que finalmente se condenó por cohecho -la empresa asesora externa había pagado un porcentaje por su contratación-, si bien el fiscal también había acusado por prevaricación y malversación) es necesario indagar sobre la efectiva realización del contrato otorgado, al objeto de descartar que se trate de la mera apariencia formal de una actividad en realidad inexistente, o sin contenido jurídico alguno<sup>4</sup>.

De forma más explícita, también sobre la necesidad de contratar servicios jurídicos externos, el Auto del Tribunal Supremo de 11-5-08 declaró que tales servicios se justificaban en el caso concreto (un ayuntamiento los había contratado para actuar como acusación particular contra el anterior alcalde) porque si bien los letrados del ayuntamiento eran expertos en Derecho administrativo local no lo eran necesariamente en Derecho penal. Y para contestar al argumento acusatorio de que el ayuntamiento podría haber estado representado por el abogado del estado, el Tribunal declaró que *“este tiene una función encaminada a defender los intereses del estado como ente público, que no necesariamente han de coincidir con los del Ayuntamiento de una pequeña localidad”*.

## **2. LA ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN: OTRAS FIGURAS DELICTIVAS**

a) Cuando el funcionario o cargo público (en connivencia o no con terceros) desea obtener provecho propio con la adjudicación de un contrato público, la conducta más frecuente es la de manipular el expediente de contratación, introduciendo o extrayendo aquello que pueda beneficiar al interesado en cuestión. En principio, tales manipulaciones pueden ser la base para el delito de prevaricación del art. 404 del Código penal, si dan lugar a una resolución adjudicadora arbitraria. De nuevo encontramos aquí una cuestión controvertida, pues otra vez hay que recordar que la jurisdicción contenciosa es la competente para pronunciarse sobre la ilegalidad y, en su

---

<sup>4</sup> En la misma sentencia se plantea la legalidad de otro contrato de asesoría económica que también había celebrado el Ayuntamiento pues, aunque la empresa externa había elaborado la parte económica del presupuesto de dicho ente, no pudo ser presentado al pleno por incumplir la normativa presupuestaria, siendo la interventora quien tuvo que reelaborarlo. Por dicho motivo, a juicio del fiscal se había percibido indebidamente una cantidad de dinero, si bien finalmente la Sala absolvió del posible delito de malversación por este hecho.

caso, las consecuencias de ello sobre el contrato. De hecho, el propio Tribunal Supremo ha declarado que *“no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación. Es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito”*<sup>5</sup>.

Sin embargo, en un número de casos creciente los tribunales penales están revisando la concreta modalidad contractual elegida, de tal manera que, de haberse optado por la que no corresponde, se condena por delito de prevaricación. De esta forma se expande el campo de aplicación del delito de prevaricación, y los jueces penales “fiscalizan” el procedimiento de contratación pública. Para justificar esta actuación, en resoluciones recientes del Tribunal Supremo señala que *“...las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho... el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones”*; añadiendo que para declarar la prevaricación *“los trámites de los que se prescinde deben ser los “esenciales”, ya se trate de su incumplimiento o ya se trate de su sustitución con el fin de aparentar su cumplimiento”*<sup>6</sup>.

Además de condenar por el delito de prevaricación en estos casos, los tribunales también “individualizan” otros comportamientos ilícitos llevados a cabo en la elaboración del expediente de contratación, a efectos de apreciar otros tipos penales<sup>00</sup> (aumentando la suma delictiva total, cuando en otros momentos se han utilizado tales irregularidades para conformar la arbitrariedad y la injusticia propias de la prevaricación). Me estoy refiriendo ahora, en concreto, a los delitos de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 del Código penal) y falsedad en documento público (art. 390 del Código penal). A estos efectos, lógicamente, el expediente administrativo de contratación es considerado “documento público” en su conjunto (art. 26 del Código penal).

Puede citarse como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo nº 229/2018, de 17 de mayo, en la que, además de condenar por el delito de prevaricación, el Tribunal ratifica la condena por falsedad en documento público por los mismos hechos. Se trata de un supuesto de contratación en que, para aparentar que se cumplían las prescripciones legales en el expediente, en particular que otras dos empresas habían sido invitadas a participar en la licitación, se incorporaron ofertas de dos que, en realidad, no habían sido invitadas y que, por tanto, no habían emitido tales ofertas, sin que pudiera llegar a probarse quién las había confeccionado. Finalmente se condena al director general (se trataba de una empresa pública) como autor del delito, al ser la persona responsable de certificar *“la presencia de las ofertas en el expediente, lo que respondía a la realidad de la presencia de las ofertas en el mismo”*. A pesar de la dificultad de calificar la falsedad “por omisión”, el Tribunal declaró que era una cuestión intrascendente definir quién había materializado la falsedad, pues *“lo relevante es que eso no era imaginable sin contar con la determinante voluntad del recurrente”* (el director general de la entidad); añadiendo que *“el penado sabía de tal mendacidad de las sedicentes ofertas precisamente porque hizo posible la falsificación y aportación”*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> STS 25-4-18

<sup>6</sup> STS 3-9-14, STS 30-7-14, STS 23-6-15, STS 1-7-15, STS 7-7-16, STS 27-7-16, STS 17-5-18.

<sup>7</sup> Art. 390 del Código penal: *“Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*

1.º *Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.*

2.º *Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*

3.º *Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*

4.º *Faltando a la verdad en la narración de los hechos.”*

Por otro lado, además de considerar documento público el expediente administrativo de contratación en su conjunto, como ocurre en los hechos que se acaban de narrar, también se considera como tal documento cada informe individual que pueda ser introducido en dicho expediente, cuando emane de funcionario público. En ese sentido, la sentencia del Tribunal Supremo nº 302/2018, de 20 de junio, condena por falsedad en documento público al arquitecto técnico municipal que emite un informe manifestando que concurren las circunstancias técnicas que hacen necesaria la continuidad del contrato con una determinada empresa constructora (a través de una excepción licitatoria), omitiendo que, en realidad, las obras ya se encontraban ejecutadas. En este caso, también la suma de ésta y otras irregularidades en el procedimiento había llevado al Tribunal a ratificar la condena por delito de prevaricación.

b) Además, también se encuentra en la jurisprudencia otro posible delito en el curso del procedimiento de contratación, como es el de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 del Código penal)<sup>8</sup>. En este delito el objeto material puede ser el mismo que se acaba de señalar en el apartado anterior, tal y como podemos comprobar también en la citada sentencia nº 302/2018. Según otro apartado de los hechos probados, el concejal de contratación y urbanismo del ayuntamiento “no incorporó” al expediente de contratación el informe realizado por la interventora municipal, y tampoco lo llevó al pleno del ayuntamiento el día de la votación. En dicho informe se hacía constar que se había actuado por la vía de hecho en la contratación, sin seguir el procedimiento legalmente establecido, y sin consignación presupuestaria suficiente para la realización del gasto.

A juicio del Tribunal esta conducta del concejal constituía el delito del art. 413, si bien se trata, en mi opinión, de una decisión bastante discutible: difícilmente puede decirse que se oculta un documento cuando la propia autora (la interventora municipal) conservaba su copia (quizás también había sido registrado), y también intervenía en el mismo procedimiento. Por tanto, parece que no llevarlo materialmente al pleno del ayuntamiento (en el que los propios miembros debían haberse preocupado por conocer bien el expediente de contratación, antes de emitir su voto), carece de entidad suficiente para cumplir los requisitos del tipo del art. 413, siendo, además, que dichos miembros del pleno eran conocedores de la necesidad del informe en cuestión.

También en este caso podemos apreciar una falta de diligencia que debiera haber motivado paralizar la adjudicación del contrato. Parece que el informe en cuestión debía ser exigido por quienes tenían que adoptar una decisión al respecto (los miembros del pleno), para informarse de forma completa y actuar de forma responsable en el cometido de sus funciones. En este caso, de haber cumplido dichas personas con su obligación de informarse correctamente (examinar detenidamente todo el expediente), antes de adoptar la decisión de adjudicar el contrato, la irregularidad de la situación podría haber sido detectada.

c) A modo de conclusión, puede afirmarse que el Derecho penal es cada vez más “invasivo” en la revisión de la contratación pública, y en ello ha tenido mucho que ver, como ya se ha señalado, la actual inflación de denuncias penales, que la jurisprudencia quizás no ha sabido (o no ha podido, debido a la presión ambiental) reconducir a sus justos términos, identificando los casos que debieran quedar fuera de esta jurisdicción. Pero en ello también ha tenido mucho que ver el fracaso del Derecho administrativo en el combate contra la corrupción en la contratación pública, a tenor de la falta de eficacia (o la falta de instrumentos) para detectar y detener comportamientos ilegales en la fase inicial de la contratación. Además, no basta con

---

<sup>8</sup> Artículo 413 del Código penal: “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”.

anular un contrato irregular, pues tal solución carece de eficacia preventiva si no se acompaña de una sanción para el autor del hecho (funcionario o cargo público). Si se utilizara con más contundencia la capacidad sancionadora de la Administración pública podría reducirse el uso del Derecho penal en este campo, y se evitaría un fenómeno en expansión: convertir a los jueces penales en tutores de la legalidad en la contratación pública, tarea que, como es evidente, excede el cometido de ese orden.

---

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