

LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO Y OTRAS CONSIDERACIONES ACCESORIAS*

Inma Valeije Álvarez**

Resumen: Este trabajo analiza las diferentes normativas en relación a la prohibición de contratar con el Sector Público (*debarment*): en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, en la Ley de Contratos del Sector Público y en especial su previsión como pena en el Código Penal español. Desde esta última perspectiva, se estudia su ámbito de

Recibido: marzo 2018. Aceptado: mayo 2018

* Agradezco especialmente al Prof. Luigi Foffani sus sugerencias, apoyo y su amable invitación para realizar mi estancia de investigación en la Facultad de Giurisprudencia de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. La estancia en dicha Facultad fue realizada en el marco de una Beca del Programa de Movilidad para profesores Salvador de Madariaga en la convocatoria 2018. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: “Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho Penal y el Derecho Constitucional” DER2015-71176-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) correspondiente al marco financiero plurianual 2014-2020.

** Profesora Titular de Derecho Penal. *ORCID ID: 0000-0003-0027-8216*
Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídica y del Trabajo, Universidad de Vigo, 36310, Vigo. Email: inma@uvigo.es

aplicación, su naturaleza, las consecuencias que se derivan de su imposición en relación a los delitos de corrupción y la posibilidad de que la empresa sancionada eluda la prohibición de contratar cumpliendo las condiciones legalmente exigidas o adoptando un programa de prevención de delitos.

Palabras clave: prohibiciones de contratar, corrupción, responsabilidad penal de personas jurídicas, contratos públicos, cumplimiento normativo, competencial desleal.

THE PROHIBITION OF HIRING WITH THE PUBLIC SECTOR AND OTHER ACCESSORY CONSIDERATIONS

Abstract: *This paper analyzes the different regulations in relation to the prohibition of hiring with the Public Sector (debarment): in Directive 2014/24 / of the European Parliament and of the Council of February 26, 2014 on public procurement, in the Public Sector Contracts Law and especially its provision as punishment in the Spanish Penal Code. From this last perspective, its scope of application, its nature, the consequences derived from its imposition in relation to corruption offenses, and the possibility that the sanctioned company evades the prohibition of contracting by fulfilling the legally required conditions or adopting a crime prevention program, are examined.*

Keywords: *debarment, corruption, criminal liability of legal persons, public contracts, compliance, unfair competition.*

1. Introducción

Las prohibiciones de contratar han sido tradicionalmente uno de los grandes temores de los licitadores, ya que suponen su exclusión del mercado de la contratación pública. Se trata de una medida potencialmente muy importante porque para muchos empresarios resulta esencial el acceso a dicho mercado (local, estatal, comunitario, etc.) por lo que esta prohibición puede ser tanto o más disuasoria que las propias multas, pero también se ha criticado que la prohibición (especialmente la prohibición ciega o automática) plantea riesgos de concentración de licitadores y la manipulación de ofertas en mercados donde hay pocos proveedores potenciales. Particularmente, en las economías más pequeñas,

esta sanción puede resultar contraproducente al reducir el número de licitadores calificados a un nivel no competitivo.

Esto puede suceder si todas las empresas involucradas en la manipulación de licitaciones quedan excluidas de los futuros contratos públicos. Algunos autores sugieren que una opción sería excluir a la empresa que se ha beneficiado de la colusión y permitir que los otros miembros del cártel participen en las futuras licitaciones¹. Otros autores argumentan, que para evitar las deficiencias, la exclusión podría imponerse solo a los directivos implicados en la manipulación de las ofertas y no a su empresa. La inhabilitación de la persona individual reduciría los incentivos para involucrarse en la manipulación de licitaciones, mientras que permite a la compañía continuar participando en futuras licitaciones.

Otras objeciones a esta medida son la dificultad de calcular la duración de la prohibición y la extensión del sector del mercado sobre el que debe recaer la prohibición. En todo caso, se insiste en que la duración debe ser proporcional a la gravedad de las infracciones, ya que eliminar a un competidor significa reducir la competencia. Lo que, a su vez, puede dar lugar a concentración de la oferta, precios más altos o a unos servicios de calidad inferior, un resultado contraproducente que es lo contrario de lo que el recurso a este tipo de exclusiones pretende alcanzar.

2. Exclusión de sociedades en el ámbito de la contratación pública en la Unión Europea

Las prohibiciones para contratar con el sector público han alcanzado una relevancia significativa en el contexto euro-

1 Vid. Informe Organisation de Coopération et de Développement Économiques (Organisation for Economic Co-operation and Development) 14-Oct-2016 SANCTIONS IN ANTITRUST CASES Background Paper by the Secretariat -- Session IV -- 1-2 December 2016. Vid. GINSBURG, DOUGLAS AND WRIGHT, JOSHUA: Antitrust Sanctions, *Competition Policy International*, Vol. 6, No. 2, pp. 3-39, Autumn 2010.

peo, tanto que los operadores económicos en el sector de la contratación pública se enfrentan ahora a la amenaza de la exclusión (también llamada descalificación) de la posibilidad de celebrar contratos o formalizar concesiones con el sector público².

La existencia de una sentencia firme condenatoria o una resolución administrativa sancionatoria por determinadas infracciones graves (en materia tributaria, falseamiento de la competencia, etc.) puede desembocar en la descalificación o la exclusión de un operador económico de los procesos de licitación, ya sea como contratista, concesionario o como proveedor de bienes o servicios. El protagonismo creciente de esta modalidad de *inhabilitaciones* coloca en primer plano un conjunto único de problemas y desafíos, sobre todo cuando la decisión de exclusión de posibles operadores económicos (el *an* y el *quantum*) corresponde a los órganos de contratación (autoridades administrativas) por la existencia (previa) de una condena firme por delitos específicos como delito de cohecho activo (de autoridades o funcionarios públicos, en negocios privados o en actividades transnacionales), alteración de precios en subastas públicas, tráfico de influencias o conductas de fraude a la Administración Pública.

Como destacan Manacorda y Grasso, tras una comparación general de las diferentes normativas, en la Unión Europea cada Estado Miembro regula la inhabilitación y la exclusión de los contratos públicos de una manera diferente, bien a través de su legislación penal (como penas principales o accesorias)³ o bien a través de procedimientos administrativos (sanción administrativa o una consecuencia jurídica negativa o gravamen pero

2 Vid. MANACORDA, S. Y GRASSO, C.: “Debarment of the Companies in the European Unión”. Roxin Alliance. http://www.roxin-alliance.org/uploads/media/debarment_in_europe.pdf. También, CERQUEIRA GOMES, P.: “The portugueses debarment system for those convicted of corruption”, *Revista de contratos públicos*, núm.7. 2013, págs. 111-126.

3 Vid. La incapacidad para contratar con la Administración Pública como pena accesoria en el Art. 32 ter del Código Penal Italiano

sin naturaleza sancionatoria)⁴. En general, pueden apreciarse dos modelos distintos:

- a. Exclusión obligatoria o automática (*Mandatory debarment*)
- b. Exclusión discrecional (*Discretionary debarment*), cuando los poderes públicos tienen discrecionalidad para decidir excluir o no a un contratista de presentar una oferta para un contrato público

No obstante, aunque el marco legal de partida es muy heterogéneo, las instituciones de la Unión Europea han llevado a cabo un importante proceso de aproximación de las distintas legislaciones estatales. Este proceso se ha realizado a través de un conjunto de Directivas que siguieron a la consulta del Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE publicado por la Comisión Europea en enero de 2011.

Las razones principales que están detrás de la reforma de la UE en materia de contratación pública han sido la necesidad urgente de dotarse de un conjunto dinámico y flexible de normas de contratación comunes a todos los Estados miembros para obtener bienes y servicios de alta calidad a cambio de la entrega de fondos públicos y utilizar el uso estratégico de la contratación pública —es decir su empleo como instrumento de política social, ambiental y de innovación—. La UE también persigue garantizar que todas las empresas, europeas o no, compitan en igualdad de condiciones en el lucrativo mercado de la contratación pública, que representando aproximadamente un 19% del PIB del presupuesto comunitario constituye una herramienta esencial para relanzar el crecimiento sobre todo en una coyuntura de crisis económica⁵.

4 Vid. HUERGA LORA, A.: “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182/2017. También, PAREJO ALFONSO, L. / PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, 2009.

5 Vid. GIMENO FELIU, J.M./SALA SÁNCHEZ, P. / QUINTERO OLIVARES, G.: *El interés público: su satisfacción con la colaboración pública-privada*. Publicación Cambra de Comerç de Barcelona, mayo 2017.

Después de dos años de intenso debate, el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo adoptaron tres nuevas Directivas que son:

- a. Directiva 2014/24/UE 5 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, en sustitución de la Directiva de 2004 para Contratos del Sector Público
- b. Directiva 2014/25/UE 6 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales,
- c. Directiva 2014/23/UE 7 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adjudicación de contratos de concesión.

Entre ellas, las Directivas 2014/24 /UE sobre contratación pública y la 2014/23 / UE sobre la adjudicación de contratos de concesión adquieren gran importancia en relación con la comisión de delitos económicos y corrupción cometidos tanto por personas físicas, por personas jurídicas o incluso por determinadas agrupaciones de interés económico (UTES).

Con arreglo a las presentes Directivas, la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados miembros debe cumplir con los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, con la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios derivados de la igualdad de trato, no discriminación por nacionalidad, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

A la luz de los intereses de la Unión Europea, la transparencia y publicidad deben garantizar procedimientos justos, equitativos y no discriminatorios. Se considera especialmente que los conflictos de intereses y otras conductas ilícitas son perjudiciales para el buen desarrollo de los procedimientos de adjudicación pública porque falsean la competencia y no garantizan la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

En consecuencia, tras su trasposición a los ordenamientos internos los Estados miembros quedan obligados a tomar medidas para prevenir, identificar y resolver conflictos de intereses y, a tal efecto, a través del derecho comunitario se propone una nueva definición de conflicto de intereses (art. 24 de la Directiva 2014/24) que pasa a considerarse como “*cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento, tengan directa o indirectamente un interés financiero económico o personal que pudiera comprometer su imparcialidad o independencia en el contexto del procedimiento*”.

Como pone de relieve Aymerich Cano, la vigente regulación de los conflictos de interés suscita la cuestión de cuáles son sus consecuencias jurídicas tanto para el contrato como para el personal del poder adjudicador y, en su caso, para candidatos y licitadores. Un conflicto de intereses no es en principio causa que habilite para resolver un contrato dado que el art. 73 de la Directiva solo contempla como motivo de exclusión obligatoria los enumerados en el art. 57.1 entre los que no se encuentra el conflicto de intereses. Solo en el caso de que la situación fuera declarada por el Tribunal de Justicia como incumplimiento grave del derecho de la contratación pública un conflicto de intereses podría de acuerdo con el art. 73 c) ser motivo de resolución del contrato⁶.

De otro lado, las cuantiosas pérdidas producidas por la gestión irregular de los contratos públicos⁷ (generalmente en

6 Vid. AYMERICH CANO, C.: “Corrupción y contratación pública. Análisis de las nuevas Directivas Europeas de Contratación y Concesión pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 45-46. 2015, págs. 209-239.

7 Vid. JAREÑO LEAL, A: *Corrupción y Delincuencia de los Funcionarios en la contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2011.

forma de contratación masiva, ilegítima y clientelista, asesoramientos inútiles, despilfarro en la compra de suministros, realización de infraestructuras improductivas o fuera de los precios de mercado) han sido la causa de enormes déficits presupuestarios y que frecuentemente la calidad de algunos servicios públicos sea muy baja en detrimento de los mismos usuarios y contribuyentes. Algunas de estas conductas suponen además comportamientos claramente punibles como delitos contra la Administración Pública. Tales realidades han determinado que a través de la disciplina comunitaria se fortalezca la legislación de los Estados miembros en el ámbito de la contratación pública para prevenir conductas fraudulentas y, en especial, para que los operadores económicos que sean declarados culpables de corrupción, fraude en detrimento de los intereses financieros de la Unión Europea, sean excluidos del mercado de la contratación pública comunitaria. Pero no solo comportamientos inscribibles en el fraude o la corrupción, las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE también comprenden como motivos de exclusión situaciones en que una empresa ha influido indebidamente en el proceso de toma de decisiones preparatorias previas a la obtención de un contrato público, las declaraciones falsas en relación con el procedimiento de adjudicación, la ausencia de capacidades profesionales, técnicas y financieras y la participación en acuerdos para falsear la competencia (vid. Considerando núm. 100 de la Directiva 2014/24).

3. Las exclusiones obligatorias de contratar en la Directiva 2014/24/UE

El art. 57 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero sobre contratación pública y el art 38 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión establecen los criterios de selección cualitativa de candidatos y licitadores y enumeran una serie de delitos que conducirán auto-

máticamente –salvo en el caso de alguna previsión específica– a una exclusión obligatoria⁸.

Una cuestión importante: las Directivas citadas tienen en su punto de mira a contratos que tienen unas determinadas cuantías económicas que son los que tienen trascendencia en el mercado europeo.

Las Directivas no hablan de prohibiciones de contratar sino de exclusiones, distinguiendo entre exclusiones obligatorias y facultativas. Estas últimas obedecen claramente al interés del poder adjudicador, por lo que goza de cierta flexibilidad para aplicarlas tanto a la alta como a la baja, “teniendo en cuenta que el poder adjudicador será responsable de una decisión errónea” (art. 101 del Preámbulo). Entre las primeras causas de exclusión –que son las que nos interesan por su obligatoriedad– se encuentran las que se derivan de una sentencia judicial condenatoria firme. El número 1 del art. 57 de la Directiva 2014/24/UE establece que los poderes adjudicadores excluirán a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación –o adjudicación de concesión– cuando hayan determinado mediante la comprobación a la que se refieren los artículos 59, 60 y 61, o tengan constancia de algún otro modo de que dicho operador económico ha sido condenado mediante sentencia firme por uno de los siguientes motivos:

a) *Participación en una organización delictiva, tal como se define en el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo*

b) *Corrupción, tal como se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o*

8 Las causas de exclusión en ambas Directivas son idénticas, por lo que las consideraciones realizadas respecto al art. 57 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública son reproducibles a lo dispuesto en el art 38 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

*de los Estados miembros de la Unión Europea y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, o corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico*⁹.

La remisión del legislador comunitario se hace, en primer lugar, a unas normas que en su momento carecían de fuerza obligatoria y vinculante. No obstante, ambos instrumentos comunitarios han sido traspuestos al Código penal español. El Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas está presidido por el interés de la armonización de un concepto de corrupción pero se ciñe a los tipos penales de cohecho pasivo (en su modalidad de cohecho pasivo por acto contrario o por un acto del cargo) y cohecho activo, así como a la ampliación del concepto de funcionario público de modo que también puedan ser responsables por tales delitos tanto los funcionarios nacionales, los funcionarios comunitarios como los pertenecientes a los Estados miembros. Por su parte, el objetivo de la Decisión 2003/568/JAI del Consejo, fue “asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado constituyera una infracción penal en todos los Estados miembros”. Partiendo de este objetivo, la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, dio cumplimiento a la Decisión Marco 2003/568/JAI, introduciendo un nuevo artículo (art. 286 bis) que incrimina la corrupción entre particulares.

La Directiva 2014/24/UE también reenvía el concepto de corrupción a lo establecido en las diferentes legislaciones estatales y, en este sentido, en el ordenamiento penal español, como

9 Sobre la falta de un concepto armonizado de corrupción vid. Críticamente MEDINA ARNAIZ T.: “La aplicación de las prohibiciones de contratar del TSJE”, en *Las nuevas Directivas de contratación pública* (X Congreso Asociación Española profesores Derecho Administrativo) José María Gimeno Feliu, Isabel Gallego Corcolles y otros. Observatorio de los Contratos Públicos. Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra 2015, págs. 383 y ss. Y de la misma autora: “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 7328, Sección doctrina 16 abril 2010, Año XXXI, ed. La Ley.

culminación de la progresiva extensión del concepto de corrupción derivado de la firma del Convenio OCDE y tras la última reforma del CP se tipificó también la corrupción activa en las actividades transnacionales en el art. 286 ter ubicándolo entre los delitos contra el mercado y los consumidores.

Estos son los únicos delitos que en el CP español reciben el nombre de corrupción.

c) *Fraude en el sentido del art. 1 del Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas*

La remisión que hace el art. 57 1. c) lo es a la definición de fraude contenida en el Convenio de 26 de julio de 1995 (y sus Protocolos de 27 de septiembre de 1996 y 29 de noviembre de 1997) y cuya transposición en el CP español dieron lugar al delito de fraude fiscal a la Hacienda Europea (art. 305 .3 del CP) y al delito de fraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta (art. 306 del CP).

Es de resaltar que este Convenio fue recientemente sustituido por la Directiva (UE) 32017/1371 del Parlamento Europeo y el Consejo de 5 de julio de 2011 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la UE a través del Derecho Penal –dictada en base al art. 83.2 del TFUE¹⁰. La Directiva busca armonizar el concepto de fraude de modo que contenga conductas fraudulentas respecto a los ingresos (especialmente fraude IVA con una dimensión transfronteriza),

10 Merece ser señalada la estrecha relación entre la publicación de la Directiva (UE) 2017/1371, relativa a la lucha contra el fraude que lesiona los intereses financieros de la Unión Europea y la publicación casi simultánea del Reglamento UE 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Las funciones de la Fiscalía Europea serán investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea recogidos en la Directiva (UE) 2017/1371, así como los delitos conexos. A tal fin, la Fiscalía Europea efectuará las investigaciones, ejercerá la acción penal y las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros.

y respecto a los gastos y bienes (sobre todo en materia de contratos públicos) que afectan al presupuesto general de la Unión Europea, incluidas la operaciones financieras como concesión y solicitud de préstamos. La Directiva 32017/1371 es novedosa en muchos aspectos, pero lo que nos interesa resaltar en el contexto de este trabajo es la pretensión de extender el ámbito de tutela del delito de malversación de caudales –tradicionalmente ceñido a la tutela de fondos estatales–, a los presupuestos comunitarios, la exigencia de sancionar no solo comportamientos de apropiación sino también de distracción o desvío de los fondos respecto a los fines estructurales a los que están adscritos, así como la ampliación del ámbito subjetivo que pasaría a comprender además de funcionarios o autoridades de ámbito estatal, todos los que desempeñan una función oficial en el ámbito de la Unión Europea o en terceros países¹¹, en la línea que se ha seguido con la incorporación del art. 427 del CP con relación al delito de cohecho activo (arts. 286 ter y 424 CP).

En concreto, en el Considerando (9) de la Directiva se recoge que los intereses financieros de la Unión pueden verse perjudicados negativamente por determinadas conductas de malversación por parte de funcionarios públicos a quienes se ha encomendado la gestión o nueva redacción en la fase de supervisión de los fondos o de activos y que sabiendo que no concurren las circunstancias para su mantenimiento no revocan la concesión de los fondos o en su caso, no comunican tales circunstancias al funcionario encargado de la revocación. Por lo tanto, es necesario introducir una definición precisa de las infracciones penales de las que puede ser constitutiva aquella conducta, así como incluir una definición de los funcionarios públicos que abarque a todos los que desempeñen una función oficial en la Unión de los Estados miembros o en terceros países.

11 Vid. BASILE, E.: “Brevi note sulla nova Direttiva PIF: Luci e ombre del proceso di integrazione UE in materia penale”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 12/2017.

También recuerda que los particulares participan cada vez más en la gestión de fondos de la Unión Europea y que para protegerlos de forma adecuada frente a la corrupción y la malversación es necesario que la “definición de funcionario público” englobe también a personas que no ostentan un cargo oficial, pero que sin embargo de manera similar se les hayan asignado y ejerzan una función de servicio público en relación a los fondos de la UE como, por ejemplo, los contratistas que participan en la gestión de esos fondos (Considerando 10) .

A las anteriores categorías delictivas -que no serán objeto de atención en este trabajo-, como causa de exclusión obligatoria, el mismo art. 57.1 de la Directiva 2014/24/UE añade:

c) Terrorismo o delito ligado a actividades terroristas según se definen respetivamente en los arts. 1 y 3 de la Decisión Marco 2002 /475/JAI del Consejo o inducción, complicidad o tentativa de cometer un delito tal y como se contempla en el art. 4 de la citada Decisión Marco

d) Blanqueo de capitales o financiación de terrorismo tal y como se define en el art. 1 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

e) Trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos, tal y como se definen en el art. 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

4. La obligación de dejar sin efecto (anular o resolver) los contratos derivados de actos de corrupción

Una cuestión importante, y que no debe pasar desapercibida es que la Directiva 2014/24/UE también establece que los Estados miembros velarán porque los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia cuando no hubiera debido adjudicarse a un contratista en vista de la existencia de una sentencia firme por alguno de los delitos a los que se refiere el art. 57. 1. Más en

concreto, el art. 73 establece la rescisión de los contratos “con arreglo a las condiciones determinadas en el derecho nacional aplicable, cuando: b) *el contratista hubiera estado en el momento de la adjudicación del contrato en alguna de las situaciones a las que se refiere el art. 57 apartado 1 y por lo tanto hubiera debido ser excluido del procedimiento de contratación*”.

Esta declaración está en línea con lo dispuesto en el Convenio OCDE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios extranjeros (1997), que en su art. 3.3 establece que “*cada Parte tomará las medidas necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda con ese producto estén sujetos al embargo y confiscación o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable*”. Ya en los Comentarios elaborados por la Comisión negociadora de 21 de noviembre de 1997 se establecía en el párrafo 21 respecto al artículo 3 (sanciones) del Convenio citado que por producto del cohecho se refiere “*a las ganancias u otros benéficos que el autor obtiene de la transacción o de otra ventaja indebida que se hubiere obtenido o conservado mediante el cohecho*”. Y en el párrafo 22 que “*el decomiso incluye la confiscación de cuanto proceda y significa privación permanente de bienes por orden del tribunal u otra autoridad competente*”¹².

Del mismo modo, el art. 8 del Convenio Civil para la Corrupción (cuya objeto se ciñe estrictamente al delito de cohecho) establece que “*cada parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción*”, incluso se reconoce el dere-

12 Y en el párrafo 24 añadía que “Entre las sanciones administrativas o civiles aparte de las multas no penales que podrán imponerse a las personas morales por el acto de cohecho de un servidor público extranjero figuran la exclusión del derecho a recibir ayudas o beneficios públicos, la descalificación temporal o permanente para participar en adquisiciones públicas o para ejercer otras actividades comerciales, la colocación bajo supervisión judicial y una orden judicial de liquidación”.

cho de las partes contratantes, cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción, a solicitar ante el tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio del derecho a reclamar daños. En línea semejante, de anulación del contrato o revocación de una concesión se pronuncia el art. 34 de la Resolución 58/4 que recoge el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción.

En la legislación estatal, el art. 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, declara que “son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta”. En la misma línea, el art. 39 de la LCSP señala entre las causas de nulidad de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, aparte de las indicadas en el anteriormente citado art. 47 de la LPAC, aquellos que están incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 71.

Sin embargo, aun cuando existe una expresa previsión legislativa, algunos administrativistas han puesto de manifiesto su ineficacia práctica cuando se trata de anular los actos administrativos constitutivos de delito. Las causas son variadas, Aymereich Cano señala en primer lugar, la compleja relación entre la jurisdicción penal y la contenciosa administrativa (en especial por lo que hace a la prejudicialidad administrativa en el proceso penal)¹³. Señala el citado autor que, a diferencia de lo que sucede en otros tipos delictivos, como los relacionados con la ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico (arts. 319, 321, y 323 del CP), los relativos a la corrupción en materia contractual no apoderan al juez penal para dejar sin efecto el contrato, decisión que solo de forma muy forzada podría calificarse como responsabilidad civil derivada de delito.

13 Un análisis exhaustivo de esta cuestión en AYMERICH CANO, C.: *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

No obstante, con este carácter de responsabilidad civil derivada de delito pueden encontrarse algunas resoluciones, así por ejemplo, puede leerse en el Fj 11º de la SAP de Cádiz de 13 de mayo de 2013 (Caso Asesores) declara la nulidad de los contratos de asesoramiento derivados de la calificación penal de prevaricación¹⁴.

Igualmente, en la SAP Illes Balears (Sección 2ª) núm. 82/2012 de 23 de julio de 2013 (Caso Domege) dictada contra cuatro altos cargos del Consell Insular de Mallorca por prevaricación, fraude a la Administración Pública y revelación de información confidencial, el tribunal acoge en el FJ 11º la pretensión del Ministerio Fiscal y declara que, con independencia que debe procederse a declarar la nulidad del expediente de contratación, procede a la nulidad de la enajenación y de la correlativa escritura de la compraventa. Pero se trata de manifestaciones derivadas de la competencia civil adhesiva del juez penal (art. 742.2 LECRim).

Pero se trata de resoluciones aisladas, lo usual es que los tribunales penales desestimen las peticiones de la declaración de nulidad de las resoluciones administrativas y ello sin perjuicio de la actuación administrativa que corresponda, y en su caso, del ulterior proceso contencioso administrativo con arreglo al proceso de revisión de oficio de los actos administrativos recogido en los antiguos arts. de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y del también derogado art. 34 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por la que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁵.

14 Esta sentencia fue casada por STS 600/2014 de 3 de septiembre pero el nuevo fallo no afectó al pronunciamiento de nulidad de los contratos de asesoramiento.

15 El art. 102 relativo a la declaración de nulidad de actos administrativos o revisión de oficio se contempla hoy en el art. 106 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En este sentido conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª) núm. 16/2012 de 30 de noviembre seguida por delito de falsedad cometida por funcionario público en concurso medial con un delito de prevaricación.

Según aquella resolución conforme al artículo 110 del Código Penal y al art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las acciones civiles ejercitables en el proceso penal son tan solo la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales causados por el hecho ilícito. Es cierto que el tenor literal de tales preceptos, sumamente restrictivos, no impide que en ciertos casos pueda solicitarse otra modalidad de tutela. Ello sucederá cuando exista previsión legal expresa, así los arts. 193¹⁶ o 216¹⁷ del Código Penal, o cuando encaje en una interpretación razonable y no arbitraria de la restitución, la reparación o la indemnización, así en los delitos de estafa¹⁸. Sin embargo, señala el Tribunal pretender al margen de la regla general y las excepciones señaladas no sería admisible declarar la nulidad de actos administrativos en el ámbito del proceso penal sin invadir los ámbitos competenciales que el artículo 9 de la LOPJ atribuye a los demás órdenes jurisdiccionales. Atribución que tiene carácter improrrogable y cuya infracción se

16 El art. 193 del CP señala que en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán en su caso los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.

17 El art. 216 del CP establece que en los delitos de calumnia e injuria se considerará que aquella reparación del daño comprende también la publicidad de la sentencia condenatoria a costa del condenado por tales delitos.

18 En los que, como viene indicando el Tribunal Supremo, cabe entender equiparables la compensación económica y la devolución de las cosas al estado anterior al hecho delictivo, lo que implica la posibilidad de optar entre el importe de la devaluación sufrida por el bien como efecto directo de la carga o gravamen, más los demás perjuicios acreditados, o la nulidad del contrato fraguado delictivamente, condenando al responsable de la estafa a la devolución del precio percibido, con los intereses correspondientes, y demás perjuicios acreditados.

castiga con la máxima sanción: nulidad de lo actuado con falta de competencia genérica.

Por otro lado, la ausencia de procedimientos de revisión de oficio anulando los contratos derivados de un hecho delictivo, en especial, cuando de contratos de obras o de suministro se trata, también obedece a la propia complejidad de los procesos por corrupción, mayoritariamente relacionados con la contratación pública, dilación que contribuye a la falta de repercusiones administrativas de las condenas por aquellos delitos, por cuanto lo habitual será que al tiempo de dictarse la sentencia, en el supuesto que sea condenatoria, el contrato ya se haya ejecutado¹⁹.

Esta falta de consecuencias sobre las ventajas económicas obtenidas en el caso de adjudicación de contratos públicos obtenidos mediante sobornos resultan contrarrestadas actual-

19 En la SAP de las Illes Balears (sección 1ª) núm. 13/2017 de 17 de febrero, CASO NOS; en el Fundamento Jurídico 9º .2 relativo a la Responsabilidad civil se recoge el siguiente pronunciamiento “2.- Por lo que respecta a la pretensión acusatoria concernida a la declaración de nulidad de los contratos administrativos celebrados, la Sala no obstante advertir su originaria ilicitud con relevancia penal, en tanto nacidos de la decisión unilateral previa de la autoridad, con omisión de las normas de procedimiento aplicables, no adve-ra, de acuerdo con los argumentos que han venido exponiéndose a lo largo de la presente sentencia, que la contratación de tal modo realizada careciera de toda utilidad pública y no procurara un retorno positivo para la adminis-tración. Por otra parte, los servicios convenidos fueron en su mayor parte ejecutados de tal modo que, en una elevada proporción, la administración recibió la contraprestación pactada. En su consecuencia, la reversión de la contratación a un estadio inicial previo, mediante la declaración de nulidad de los contratos celebrados, provocaría como resultado, en el presente supuesto, que la Administración quedara liberada de las obligaciones que asumió, recuperando las cantidades invertidas en cada uno de los proyectos. Con el consiguiente perjuicio para los particulares quienes deberían sopor-tar en exclusiva el coste de los eventos celebrados. Las circunstancias aquí advertidas revelan una imposibilidad absoluta de retornar al estado de cosas anterior a la celebración de los contratos, debiendo resolverse el perjuicio real sufrido por la Administración a través de la responsabilidad civil limi-tada a las prestaciones convenidas que, según ha resultado acreditado, no fueron realmente ejecutadas o a los servicios cuyo pago no correspondía a la administración”.

mente por la figura del decomiso. Pero hay que señalar que la naturaleza del decomiso no es la de ser una pena, sino la de neutralizar el enriquecimiento ilícito derivado del delito y decir que el contrato es la ganancia resultante no aclara otras cuestiones, como es la dificultad en acertar qué es lo que se reputa ganancia que genera un incremento patrimonial²⁰.

5. Las medidas de *self cleaning* o la adopción de programas de *compliance* en la Directiva 2014/24/UE

Por último, respecto a las novedades incorporadas por la disciplina comunitaria también interesa resaltar, que el apartado 6 del art. 57 de la Directiva 2014/24/UE de Contratación pública establece un incentivo para que los licitadores que se encuentren en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 (exclusiones obligatorias) y 4 (exclusiones opcionales) del referido art. 57 adopten medidas auto correctoras o de *self-cleaning* o programas de cumplimiento penales que le permitan demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente²¹.

Salvo que se trate de la exclusión por incumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social, la Directiva habilita a los licitadores a subsanar ex post las prohibiciones de contratar en las que incurran: cuando han pagado o compensado el daño causado por el delito, cuando han aclarado los hechos y circunstancia de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y hayan adoptado medidas

20 Este tema fue tempranamente abordado por Blanco Cordero analizando el caso de la basura de Colonia (Kölner Müllskandal), BLANCO CORDERO, I: “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXVII (2007), págs. 39-75.
<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4048>

21 Vid. GOMEZ-JARA DIEZ, C.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 8423, sección Tribuna, 18 de noviembre 2014, año XXXV Editorial La Ley.

técnicas, organizativas o de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas. Ahora bien, el cumplimiento de los tres requisitos no garantiza el levantamiento de la prohibición, y a tal efecto la Directiva declara que “Cuando las medidas se consideren insuficientes recibirán una exposición de motivos de dicha decisión”²².

Y es más, la Directiva establece que los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o adjudicación de concesiones no tendrán derecho a la posibilidad prevista en el anterior apartado durante el periodo de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva.

6. Las prohibiciones de contratar en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público

En coherencia con las Directivas que traspone, la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público erige la lucha contra la corrupción en uno de sus objetivos básicos imponiendo expresamente a los órganos de contratación tomar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción (art. 64.1 de la LCSP). A tal efecto, en el art. 71 de la LCSP se establece expresamente que no podrán contratar con las entidades previstas en el art. 3 de la LCSP y con los efectos del art. 73 las personas en quien concurra alguna de las siguientes circunstancias: “Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra

22 LÓPEZ DONAIRE, B.: “Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Contratación administrativa práctica”, *Revista de Contratación administrativa y de los Contratistas*, núm. 152, 2018, págs. 48 y 54.

la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio”. Añadiendo además que: “la prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables y a aquellas cuyos administradores o representantes lo sean de hecho o de derecho vigente su cargo o representación y hasta su cese se encontraran en la situación mencionada en este apartado”.

Los sujetos destinatarios de la prohibición son las personas físicas condenadas por sentencia firme por los delitos de referencia o porque el fallo condenatorio contempla una pena de inhabilitación especial para ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. También lo son las personas jurídicas bien porque son declaradas penalmente responsables o bien porque mantienen como administradores o representantes a personas cuya situación penal incurre en alguna o en ambas previsiones.

Como puede observarse en la nueva LCSP las prohibiciones de contratar con el sector público se han fortalecido, la lista es larga y en el papel la medida se revela draconiana. Inmediatamente, surgen una serie de consideraciones:

- a) Como podemos apreciar el catálogo delitos del art. 71 1.a) de la LCSP es más amplio que el establecido por las Directivas Comunitarias ya que incorpora delitos que no se recogen en aquellos textos y que salvo un entendimiento muy amplio del término tampoco entran en la expresión *corrupción tal como se define en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico*: por ejemplo, delitos relativos a la ordenación del territorio y urbanismo.
- b) Aun cuando el principal destinatario de las prohibiciones es la persona física, el mismo texto señala que

alcanzará a la persona jurídica (sociedad, cooperativa, etc.) que sea declarada penalmente responsable pero llegados a este punto urge preguntarse si esta declaración de responsabilidad deriva solo por los delitos descritos en el art. 71 1.a) o por otros previstos en el CP, de los que se pueda derivar la responsabilidad penal directa de los entes societarios pero no contemplados en el precepto. El alcance de la prohibición y, por lo tanto, la limitación de la iniciativa empresarial es muy diverso dependiendo de que se adopte uno u otro entendimiento. En el primer caso, la persona jurídica solo puede ser directamente responsable de un grupo reducido de delitos, y de algunos en particular, caso de los delitos contra los derechos de los trabajadores, solo puede serlo por la vía de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP, con arreglo a una interpretación estricta, y que no identifique causas de exclusión con la existencia de antecedentes penales en la persona jurídica, quedan excluidos una amplia franja de delitos de los que la empresa puede ser penalmente responsable (por ejemplo, estafa, alzamiento de bienes, insolvencias punibles, fraudes alimentarios, etc.)²³, o que incluso contemplan expresamente una prohibición de contratar, como es el caso del delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.1 del CP).

- c) Cuestión importante es que la prohibición de contratar para persona física puede derivar de una sentencia firme condenatoria por los delitos allí comprendidos (con independencia de la clase de pena impuesta) o porque la misma sentencia (se entiende que por dife-

23 Vid. FARALDO CABANA, P. / FARALDO CABANA C.: “¿Responde realmente la persona jurídica por delitos alimentarios? Límites y posibilidades de la aplicación de las consecuencias accesorias en España tras la reforma penal de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 8269, Sección doctrina, 12 de marzo de 2014 Año XXXV, Editorial La Ley.

rentes delitos) comporte la imposición de una pena de Inhabilitación especial²⁴. Y en este sentido, aparece recogida con un alcance general y para cualquiera de los ámbitos sobre los que puede recaer: ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. No distinguiendo el texto de la LCSP entre condena a pena principal o accesoria, o si el delito origen es doloso o imprudente, es obvio que comprende todas las situaciones, lo que dilata extraordinariamente las posibilidades de aplicación de las prohibiciones de contratar en el ámbito administrativo respecto a las personas físicas condenadas, y aun cuando la profesión, oficio o actividad comercial que desempeñare y al amparo de la cual se cometió el delito –y cuyo alcance y concreción debe reflejar la sentencia de condena–²⁵, no guarde ninguna relación funcional con la actividad o servicio objeto de la licitación (por ejemplo, inhabilitado para ejercer actividad sanitaria que pretende desempeñar funciones de dirección o gerencia de una empresa de transportes)²⁶. Cuando no puede establecerse una relación lo suficientemente estrecha entre el ejercicio de una profesión, oficio y la privación del mismo, es la personalidad del autor lo que justifica el reproche, más que la profesión ejercida y de la cual se ha abusado o desconocido sus obligaciones. En consecuencia, una exclusión obligatoria de tan amplio alcance, recuer-

24 En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Las “especiales” inhabilitaciones especiales en el Código penal”, *Diario La Ley*, núm. 7997, Sección doctrina 9 de enero de 2013, Ref. D-10. Editorial La Ley 19050/2012.

25 Vid. DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.M.: “Cuando la pena de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del CP”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, 2014, págs. 137-193.

26 Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G: “La inhabilitación profesional del delincuente económico empresarial”, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo Del Rosal* (J. C Carbonell Mateu, B. Del Rosal Blasco, L. Morillas Cuevas y E. Orts Berenguer coordinadores). Madrid 2006.

da a un requisito de honorabilidad para desempeñar ciertas profesiones y en este caso para contratar con la Administración pública²⁷. Y esta finalidad, es tanto más sorprendente cuando no se menciona entre aquellas exclusiones la pena de inhabilitación absoluta, cuestión por otra parte razonable por cuanto ser contratista de un Ayuntamiento como de cualquier Administración no es ni supone ostentar un cargo o empleo público²⁸. Esta pena no incluye a diferencia de la inhabilitación especial la inhabilitación para el ejercicio de profesión, industria o comercio²⁹.

- d) En este punto, debe recordarse que la ampliación de la exclusión a través de las penas de inhabilitación especial de oficio, industria o comercio alcanzará a las empresas que mantienen como representantes o administradores a personas que hayan sido inhabilitadas, lo que obliga a las empresas a mantener cierta profilaxis con sus cargos directivos, con las empresas subcontratadas o incluso en el nombramiento de Consejeros

27 Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L: “Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130 (1993), págs. 23-96.

28 Vid. STS 4236/2016 de 23 de mayo, sobre condena a una Alcaldesa por delitos de prevaricación y falsedad derivada de adjudicación irregular de contratos menores de suministro a funcionario de Gestión Tributaria, a pesar de la prohibición de contratar que le afectaba por incompatibilidad y prescindiendo de las normas de publicidad y transparencia. El contrato de suministro tenía por objeto confección de prendas y adornos de carnaval en el taller de la esposa del acusado.

29 Vid. AYMERICH CANO, C: “Acerca de la (in)eficacia de las prohibiciones de contratar. Crítica de la resolución del TACRC 653/2017 de 14 de julio” en Observatorio de Contratación Pública, www.obcp.es. Enlace: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.341/chk17412dcd75f917b9434ac9809973e5cfy>, Del mismo autor, a quien agradezco la consulta del trabajo “Estudio comparado de los sistemas de exclusión y autocorrección de con-tratistas de la Unión Europea, los Estados Unidos y el Banco Mundial”, en proceso de aceptación en *Revista Española de Administración Pública*, REDA.

que participan en su capital o accionariado (por cierto, lo que plantea un problema importante en el caso de empresas familiares, que son una parte considerable de las Pymes que la LCSP declara como objetivo el potenciar su presencia como posibles licitadoras) .

- e) Aun puede decirse que en relación a los delitos descritos en el art. 71.1 a) LCSP y que el legislador ha atraído a la familia criminológica de “corrupción” algunos son delitos especiales cuya autoría corre a cargo únicamente de un sujeto cualificado (funcionario o autoridad), así sucede, con la prevaricación, negociaciones prohibidas o fraudes (en el entendimiento que se refiere al contenido del art. 426 del CP), y malversación de caudales. Obviamente, la exclusión viene agravar las consecuencias penales de los particulares condenados como partícipes en alguno de aquellos delitos y que, como es sabido, salvo los fraudes del art. 426 en su modalidad de “concertación”, el resto no contemplan como pena la prohibición de contratar con el sector público; pero conviene llamar la atención sobre el hecho de que el catálogo de delitos contra la Administración Pública previsto en el art. 71.1 a) LSCP también tiene un efecto colateral nada desdeñable de desplazamiento de la orbita contractual pública y que es impedir que el funcionario o autoridad condenado por uno de aquellos delitos (y cuya pena es en la mayor parte de los casos la inhabilitación especial para cargo o empleo público) tampoco pueda contratar con la Administración Pública, no por causa de la pena impuesta, sino como un efecto derivado del mismo fallo condenatorio.

En orden al procedimiento dirigido a la declaración de la prohibición de contratar el art. 72 LCSP señala que las prohibiciones de contratar relativas a la causa prevista en la letra 71 1 a) se apreciarán directamente por los órganos de contratación

cuando la sentencia o resolución administrativa se hubiere pronunciado expresamente sobre el *alcance* y la *duración temporal*, subsistiendo el plazo señalado en la misma, esto es, la sentencia procederá a ejecutarse en sus propios términos y durante el tiempo establecido en el fallo condenatorio subsistirá la incapacidad.

En el resto de los supuestos, esto es, en el caso de que la sentencia firme o resolución administrativa no contengan un pronunciamiento expreso sobre el alcance y la extensión de la prohibición, los órganos administrativos procederán a imponer la prohibición de contratar mediante un procedimiento instruido al efecto.

En este último supuesto, la competencia para la apreciación o constatación de su existencia corresponde a los órganos de contratación y la determinación de su duración y alcance (el ámbito de sector público afectado) al Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación pública del Estado.

Por lo que se refiere a la duración máxima de la prohibición de contratar derivada de una sentencia penal es de cinco años y la derivada de sanciones administrativas firmes es de tres años. La LCSP no establece nada respecto a los criterios que deberán tenerse en cuenta para graduar su duración, solo en el art. 19.4 del Reglamento General 1098/2001 de la Ley de Contratos de la Administración Pública señala que “el alcance y duración de la prohibición se determinará atendiendo a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los interés públicos”. Esta norma que continua en vigor, mientras no sea sustituida por un nuevo Reglamento acorde con la Ley 9/2017, supone una concreción de los principios de culpabilidad y proporcionalidad que, con independencia de lo que se dice más adelante sobre su naturaleza, deberían aplicarse a la hora de fijar la duración de la prohibición de contratar.

Respecto al derecho que tiene la empresa sancionada a evitar o levantar la prohibición de contratar mediante la aplicación de medidas correctivas, la LCSP, al igual que la Directiva

2014/24/UE, contempla la posibilidad de dispensar ex post de las prohibiciones de contratar con el sector público precisamente en función de ese futuro programa de prevención. En este sentido, el art. 72.5 LCSP establece que no procederá declarar la prohibición de contratar cuando en sede de trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (repárese que no dice delitos) entre las que quedará incluido acogerse a un programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

En este punto, el art. 72 LCSP es más flexible que la Directiva 2014/24/UE pues reduce al pago o compromiso de pago de la sanción e indemnizaciones y la adopción de medidas de técnicas de prevención y organización como presupuestos necesarios y suficientes de la dispensa y rehabilitación; mientras que en la Directiva 2014/24/UE se añade a los dos anteriores un tercer requisito consistente en la colaboración con la autoridad aclarando hechos y circunstancias de manera exhaustiva. En aquel texto, las tres medidas son un mínimo imprescindible que se valorarán teniendo en cuenta la gravedad y circunstancias particulares de la infracción, dando a entender que la apreciación será discrecional y que no se puede considerar que garanticen la obtención de una decisión favorable. Salvando las diferencias, en la LCSP al igual que las Directivas, parece que un programa de prevención de delitos también puede tener fuerza exoneradora a quién está afectado por una prohibición de contratar.

Pero, seguidamente el art. 72.5 LCSP establece que no resultará de aplicación cuando la prohibición de contratar se derive de la causa a la que se refiere el art. 71.1 letra a).

Un lectura que respete el tenor literal del texto parece indicar que la posibilidad de autocorrección para obviar la in-

capacidad para concurrir no tendrá lugar cuando la causa de exclusión derive de una sentencia firme. Pero cabe preguntarse si se refiere a la sentencia firme condenatoria por cualquiera de los delitos comprendidos en el art. 71.1 letra a) o solo por las sentencias firmes que recogen en el fallo la referencia expresa a la pena de prohibición de contratar. En este punto, el texto de la LCSP no está claro, y es en cierta forma ambiguo, lo que dificulta comprender si solo para estos últimos está vedada la posibilidad de adoptar medidas de autocorrección por cuanto se trata de la ejecución de una condena penal que debe ejecutarse en sus propios términos y que, obviamente, no podría ser desplazada por ningún programa de prevención de delitos, ya que la Administración carece de poder para rehabilitar a una empresa que ha sido condenada por un tribunal penal³⁰, o sí, por el contrario, se refiere a la totalidad de los supuestos delictivos que contempla el art. 71.1 letra a).

También está ayuno de claridad y arroja no pocas dudas el siguiente apartado “la prohibición subsistirá en las personas jurídicas declaradas penalmente responsables y en aquellas cuyos administradores o representantes vigente su cargo y hasta su cese se encontrarán en la situación mencionada”. Quiere decir que la prohibición subsiste en las personas jurídicas condenadas por los delitos allí contemplados de los que pueden ser penalmente responsables y que no se olvidará su pasado delictivo sobre la base de un programa de cumplimiento futuro y que también subsistirá hasta que tenga lugar el despido o la desvinculación de las personas físicas que directamente han cometido la conducta que da lugar a la imposición de la prohibición a las personas jurídicas, y que solo en el caso de producirse este podría ser tenido en cuenta para obviar la incapacidad de concurrir. Como he dicho anteriormente, el precepto es ambiguo en

30 En este sentido, Vid. GIMENO FELIU, J.M./SALA SÁNCHEZ, P./QUIN-TERO OLIVARES, G.: *El interés público: su satisfacción con la colaboración pública-privada*. Publicación Cambra de Comerç de Barcelona, mayo 2017, págs. 78 y 79.

relación a la eficacia exonerativa de las *compliance* y tal falta de asertividad en una cuestión tan importante, es cuando menos llamativa, ya que depara importantes consecuencias prácticas para el floreciente mercado de las *compliance*. En mi opinión, y sin perjuicio de lo que vaya deparando la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación Pública en sus informes o de que un futuro Reglamento de la nueva LCSP arroje luz y matice estos extremos, todo parece indicar que el operador persona jurídica no puede acogerse a la posibilidad de autocorrección durante el período establecido por el órgano administrativo cuando fue penalmente condenado o cuando sus órganos de representación lo han sido por alguno de aquellos delitos aunque la sentencia penal no contemplara expresamente la pena de prohibición de contratar con el sector público.

Llegados a este punto merece la pena detenerse y hacer una serie de consideraciones sobre una cuestión nuclear y es la relativa a cuál es la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar en el ámbito administrativo y cuál es su finalidad. Repárese que, tratándose de responsabilidad penal de personas jurídicas en un número importante de delitos (veremos más adelante que no todos) en el proceso de valoración de la necesidad de imposición de la pena de prohibición de contratar con el sector público el órgano judicial penal está sometido a los criterios marcados por el art. 66 bis del CP, por el contrario, en el orden administrativo en los casos en que la sentencia penal no se pronuncie al respecto (porque no la contempla el delito o porque el juez sentenciador no la estimó necesaria para prevenir la continuidad delictiva o los efectos del delito) está prohibición viene aplicada inexorablemente por un órgano administrativo, competente en materia de contratos, y lo hace como una segunda decisión distinta de la sanción penal y a través de un procedimiento ad hoc, incluso con la posibilidad de cubrir una extensión superior (5 años) a la que le está permitido al juez penal (2 años) salvo en casos de reincidencia o situaciones de criminalidad empresarial muy severas art. 66 bis. 2 a) y b) del CP).

Esta disparidad de respuestas ante una medida con idéntico contenido material, nos lleva a interrogarnos sobre cuál es la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar en la LCSP y si su finalidad es diversa a la pena prevista en el CP. ¿Esto es mudan las sanciones interdictivas de finalidad (preventiva, retributiva o reparatoria) en función del ordenamiento que las contempla? La naturaleza de la prohibición de contratar y su finalidad no deja de ser polémica. En el ámbito contencioso administrativo se ha planteado en numerosas ocasiones el interrogante de si es una sanción administrativa que se impone además de la multa a las personas que cometen infracciones graves, o se trata de algo diferente de una consecuencia jurídica ciertamente negativa o de gravamen pero sin naturaleza sancionadora, esto es, medidas complementarias o medidas accesorias que responden a una finalidad distinta preventiva o de seguridad o incluso meramente protectora de la Administración que intenta evitar que aquella contrate con personas de las que cabe sospechar que no van a cumplir adecuadamente sus obligaciones.

Como señala Huelgo Lora si se habla de las prohibiciones de contratar en general es difícil sostener que se trata de sanciones, pues si bien en unos casos son la consecuencia de la realización de una conducta delictiva o constitutiva de una infracción administrativa o incumplidora de obligaciones legales o contractuales, otras en cambio no obedecen a ninguna conducta ilegal³¹. Por ejemplo, en el caso de exclusiones por solicitud de concurso de acreedores voluntario o como consecuencia de la legislación en materia de incompatibilidades de altos cargos. En este último caso es una medida de prevención de conflictos de interés y en el primero una medida de protección de la Administración que pretende evitar la realización de contratos cuando existen altas probabilidades de que pueden ser incumplidos.

31 Vid. HUERGA LORA, A.: “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182/2017. Ed. Civitas Pamplona 2017 (BIB 2017/506), Aranzadi.

La jurisprudencia administrativa es constante en su doctrina de que la prohibiciones de contratar no son ejercicio de potestad sancionadora³².

Pero cuando se trata de consecuencias derivadas de una condena penal (y con un contenido material idéntico a las denominadas penas), la respuesta admite más matices. Las consecuencias prácticas de que se califiquen o no como sanciones administrativas son importantes. La primera es que si la prohibición de contratar no es una sanción administrativa su imposición a quien ya ha sufrido una pena no vulnera el non bis in ídem, ya que la prohibición no es una segunda sanción sino que se trata de algo diferente. Otra consecuencia, es que su imposición no requiere la tramitación de un procedimiento sancionador y sus principios, lo que también podrá afectar al principio de culpabilidad. Y en especial, la consideración de que las prohibiciones no son sanciones sino medidas (de gravamen) abren la puerta a su aplicación retroactiva es decir a que se apliquen después de su entrada en vigor pero sobre la base de comportamientos previos.

7. Sobre las prohibiciones de contratar con el Sector público en el CP en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El art. 33.7.f) del CP prevé unas penas para personas jurídicas que antes de la reforma por LO 5/2010 no figuraban en el catálogo de consecuencias accesorias del art. 129 CP y son tres penas de inhabilitación, todas ellas relacionadas con el sector público: “inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social”³³.

32 En este sentido, vid. doctrina recogida en la SAN (sección 7ª), núm. 436/2013, de 15 de abril en un caso en que la prohibición de contratar derivaba de una previa condena.

33 Vid. Entre ROCA DE AGAPITO, L: “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas. En La responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

Pero como todas las inhabilitaciones, pueden tener una naturaleza híbrida, cuando son impuestas a las personas jurídicas reciben el nombre de penas. Con idéntico contenido material y, cuando se trata de grupos, sociedades, organizaciones o agrupaciones u otros entes sin personalidad reciben el nombre de consecuencias accesorias (a la pena impuesta al autor del delito) según dispone el art. 129 del CP. No obstante, desde la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010 se amplió significativamente el número de delitos a los que pueden ser aplicadas las consecuencias accesorias desde el momento en que estas pueden entrar en juego, además cuando el Código penal lo prevea expresamente, cuando se trate de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas³⁴.

Hablando en términos generales, la función asignada a una medida sancionatoria está en estrecha relación con el estatuto garantista que preside su aplicación. Esta conclusión es clara en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece la distinción entre funciones reparatorias, punitivas y prevención, y en particular, la antítesis entre los dos últimos términos. La prevención puede diferenciarse entre prevención especial negativa dirigida a combatir la peligrosidad (en términos de neutralización o tratamiento) y finalidad preventiva en sentido amplio reconducible al concepto de castigo (disuasión e intimidación).

Para la mayor parte de los comentaristas las sanciones o penas descritas en las letras b) a g) del art. 33.7 tienen una función preventivo especial, orientándose a prevenir la continuidad delictiva y sus efectos (esto es conjurar la peligrosidad), solo la pena de multa cumpliría una función preventivo general, de ahí

en *Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro* (Coordinador: Miguel Ontiveros Alonso) Doc. Electrónico Bases de datos Tirant Online Doc. TOL4.059.981; NIETO MARTIN, A.: *Manual de cumplimiento de la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

34 Sobre las controversias sobre su naturaleza jurídica, MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte general*, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 575 y ss.

la discrecionalidad del órgano judicial para acordar su imposición de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 66 bis del CP (en el mismo sentido se expresa el Preámbulo de la LO 1/2015³⁵).

En mi opinión, estas penas o sanciones cuando se trata de personas jurídicas, no solo comportan una agravación del sistema sancionatorio, o un mero complemento de la sanción pecuniaria prevista para las personas jurídicas en casos especiales, sino que también constituyen dispositivos dirigidos a satisfacer exigencias principalmente preventivas generales que inciden sobre el funcionamiento de la sociedad. No solo castigan eficazmente con respecto a la mera sanción pecuniaria sino que imposibilitan o limitan en el futuro el desempeño de aquella actividad cuyo abuso ha determinado la comisión del hecho castigado. Estas penas presentan la ventaja que no pueden ser, por decirlo de alguna forma, amortizadas como un coste de gestión, como puede suceder con las sanciones pecuniarias, que aun cuando puedan ser muy elevadas respecto a la dimensión patrimonial o financiera de la sociedad sancionada, podrían ser incluidas entre los costos de gestión, que el ente societario puede afrontar mediante medidas de tipo contable, o mediante la creación de fondos de riesgo o a través de la estipulación de pólizas de seguro.

35 Vid. extensamente, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “Las consecuencias jurídicas del delito”, en *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas adaptado a la Ley 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código penal* / coord. por Miguel Bajo Fernández, Bernardo J. Feijoo Sánchez, Carlos Gómez Jara Diez, 2016, págs. 273-296; GRACIA MARTÍN L./BOLDOVA PASAMAR M.A./ALASTUEY DOBÓN A.: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y de sus directivos (análisis del art. 31 bis y 129 del CP)*. 2012. Doc. Electrónico: Bases de datos Tirant Online. DOC TOL 2.696.115; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret* 1/2012. <http://www.indret.com/pdf/875.pdf>. ECHARRI CASI, F.: “Sanciones a personas jurídicas: penas y consecuencias accesorias”. Recurso electrónico Tirant Lo Blanch 1/2015 Documento TOL5.644.524.

Por el contrario, las sanciones descritas en el art. 37, b) a g) cuando prohíben el desempeño de una actividad económica o bien un sector de la misma, –por el tiempo que el juez entienda necesario–, cuando incapacitan a la empresa para formalizar contratos con la Administración Pública o le vedan la posibilidad de la obtención de recursos financieros públicos o beneficios o incentivos fiscales etc., tienen un fuerte componente disuasorio para los entes societarios ya que esta modalidad de sanciones no pueden ser, en modo alguno, previsibles de antemano por el ente societario y justo por esta razón revisten al mismo tiempo una función general preventiva y una función de prevención especial. Cumplen incluso una utilidad nada desdeñable, en el sentido que este tipo de sanciones evitan en algunos supuestos que todo el peso sancionatorio recaiga sobre las personas físicas utilizadas como “chivos expiatorios” y en este sentido se presentan como un instrumento idóneo para interrumpir el “cortocircuito” representado por la posibilidad de interponer artificiosamente posiciones de garantía, permitiendo desplazar la responsabilidad penal al ente societario como organización compleja con la finalidad de mantener frente a esta la eficacia preventiva de la sanción penal. En este sentido, la exclusión de futuras oportunidades de licitación, especialmente, en la contratación pública, puede ser una sanción eficaz debido a su impacto en el volumen de negocios y en el éxito de las empresas a largo plazo³⁶.

Se deduce por tanto que las razones político criminales perseguidas por el legislador con la previsión de esta clase de sanciones, cada vez más frecuentes en todos los ámbitos –especialmente administrativo sancionatorio– es superar los estrechos límites de las sanciones pecuniarias susceptibles de ser asumidas por los entes corporativos como un riesgo inherente a la gestión

36 Vid. MEZZETI, E.: “L’Enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l’azienda da evitare”, *Diritto Penale Contemporaneo*, contributo pubblicato nel Fasc. 1/2008. <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5814-l-enticidio-una-categoria-penalistica-da-ricostruire-ed-una-conseguenza-per-lazienda-da-evitare>

empresarial y por lo tanto, que puedan ser consideradas como un costo patrimonial.

Se trata en efecto de instrumentos que despliegan toda su eficacia para la represión de nuevas formas de delincuencia económica –y de ahí el apego que el derecho comunitario tiene a estas medidas sancionatorias en el ámbito de la contratación pública, y en general en el ámbito del derecho administrativo sancionador, donde desempeñan una importante función de aproximación y armonización en la legislación de los Estados miembros– por ser idóneas para afectar a la actividad del ente societario y limitar durante un tiempo a veces largo, su capacidad operativa y en casos extremos expulsar su misma presencia del mercado.

En el CP español el legislador es consciente de la afflictividad que caracteriza estas sanciones, y bajo este perfil, como veremos posteriormente, la disciplina contenida en el art. 66 bis del CP relativa a criterios de elección e imposición de estas sanciones de inhabilitación tiene por objeto evitar, en la medida de lo posible, y con algunas excepciones (cuando son impuestas en vía definitiva o por la vía de la accesoriadad) consecuencias irreversibles o difíciles de afrontar por parte de la empresa sancionada, de modo que una vez impuestas provoquen o le conduzcan a la liquidación de su sistema de producción.

8. Catálogo de delitos que recogen expresamente la prohibición de contratar con el sector público

Con carácter previo al análisis de la naturaleza jurídica y finalidades de la prohibición de contratar con el sector público en el delito de cohecho, y como un recurso que permite poner de manifiesto ciertas antinomias entre la Parte General y Especial del CP, resulta ilustrativo repasar el catálogo de delitos en los que la medida, prohibición, pena o inhabilitación de contratar con el sector público (menciones utilizadas indistintamente en el articulado) aparece recogida con carácter expreso en la Parte Especial del Código.

8.1 Delito de alteración de precios en subastas y concursos públicos

En el art. 262.1 del CP se recogen cuatro modalidades de conducta, que configuran un tipo mixto alternativo. La primera de ellas presenta una afinidad estructural con algunas conductas de cohecho. Consiste en una petición unilateral de una ventaja, sin que sea necesario que para la consumación del delito llegue efectivamente a recibirse. La segunda recoge un comportamiento encaminado a alterar el número y composición de los postores a través del empleo de unos medios antijurídicos especificados en el tipo y cuya enumeración finaliza con una cláusula general. La consumación, al igual que en la modalidad anterior, se produce con el mero intento, sin que se exija la efectiva abstención de los postores. La tercera define un comportamiento fraudulento, consistente en un concierto de voluntades dirigido a alterar el precio del remate (que constituye el elemento subjetivo de injusto) y la cuarta se configura por medio de dos elementos normativos jurídicos: la quiebra y el abandono³⁷. Aunque la conducta típica requiere un presupuesto, la existencia de un concurso o una subasta pública, es un delito común y no se requieren especiales condiciones para ser sujeto activo del mismo.

En orden a las consecuencias jurídicas, el art. 262.1 CP suma a las penas de prisión y multa la inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre cinco y seis años. En el caso que se trate de un concurso o subasta convocado por la Administración o Entes públicos se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá *en todo caso* el derecho para

37 Vid- MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 406 y 407; PEREA GONZÁLEZ, A.: “La puja criminalizada: el art. 261 del Código Penal un análisis del delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas”, *Revista General del Derecho Penal*, núm. 28, 2017; BRAGE CENDÁN, S.B.: *Los delitos de alteración de precios (especial referencia a los arts. 262, 281 y 284 del CP)*, Comares, Granada, 2001.

contratar con las Administraciones públicas por un periodo de tres a cinco años.

Repárese que en el art. 286.2 se opone la inhabilitación especial en subastas judiciales a la inhabilitación especial (¿profesión, oficio?) que comprenderá en todo caso el derecho a contratar con las Administraciones públicas (se silencia la referencia a los entes públicos o sector público, expresión más amplia según el art. 3 de la LCSP)

Y que dicha pena de inhabilitación especial se impone además de al agente (se entiende que se corresponde con el sujeto activo del delito) a la persona por el representada (en el caso de representación legal o voluntaria de otro) y a la empresa (en el caso de persona jurídica) pero sin que el tipo requiera un beneficio o ventaja de los sujetos representados³⁸.

Esta extensión de la “pena” de inhabilitación especial a la persona representada en atención a que el delito se cometió en su nombre (pero no en su beneficio porque el tipo penal no lo requiere salvo que se presuma un ánimo tendencial en el agente) no deja de ser sorprendente: se trata de una especie de responsabilidad solidaria de la persona física derivada de la pena impuesta al autor del delito. *Prima facie* el precepto sugiere que no hay un deslinde de las respectivas responsabilidades individuales, que la persona representada se ve constreñida por la pena de inhabilitación de un modo puramente objetivo sin atender a si la persona representada contribuyó o no de algún modo a la conducta típica (por ejemplo induciendo al agente). Como es de todos conocido, la responsabilidad penal reclama que sean satisfechas determinadas condiciones: tipicidad, hecho delictivo y la imputación del mismo a su autor, solo de este modo se pueden entender satisfechas las exigencias del principio de culpabilidad. También la imposición de una pena solo puede ser el desenlace

38 Refiriéndose expresamente a la pena de inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales y contratar con la Administración Pública, vid. la STS núm. 1377/2001 de 11 de julio en el antecedente de hecho 2º y la SAP Madrid (sección 3ª) núm. 464/2017, de 21 de julio.

de una actividad jurisdiccional sometida a principios y garantías que legitiman el *ius puniendi* y es a la luz de estos principios por lo que no se acierta a comprender la extensión punitiva que realiza el art. 262.1, porque en una interpretación del precepto acorde con sus postulados no podría tener cabida que –aun en el caso de la representación–, por osmosis o contaminación, se impute a la persona (o sociedades) representada la pena de inhabilitación especial³⁹.

En el caso de la pena de inhabilitación especial impuesta a las sociedades representadas por la persona individual implicada en la alteración de los precios también cabe alguna puntualización. El art. 262 no pertenece al grupo de delitos que contemplan una cláusula expresa que permita atribuir la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Por el contrario, es de los que autorizan expresamente a imponer las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 si el culpable (persona física) perteneciera a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio que “se dedicara a tales actividades”. De darse el caso, se puede imponer a aquella sociedad, organización o asociación, además de la prohibición de contratar impuesta por imperativo de lo dispuesto en el art. 262.1, una o alguna de las previstas en el art. 129 (cierre de establecimientos, prohibición de actividades lícitas e ilícitas, suspensión de actividades sociales e intervención judicial). Ahora bien, se produce una paradoja, de ser cierto que las consecuencias del art. 129 solo se anudan a los entes colectivos que carezcan de personalidad jurídica, en el caso de que la entidad o sociedad que se hubiera visto involucrada en la realización del delito reuniera dicha condición no podrían imponerse las consecuencias accesorias del art. 129,

39 Con la salvedad que en el caso del art. 262.1CP se refiere a una pena de inhabilitación especial, lo allí dispuesto recuerda al contenido del derogado art. 31.2 del CP introducido por la LO 15/2003 y suprimido por LO 5/2010 en el que para los supuestos de “actuaciones en nombre de otro” en materia de delitos espaciales, indicaba que: “si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable de la misma de manera directa y solidaria con la persona jurídica en cuyo nombre o por cuenta actuó”.

pero si podría imponerse la pena de prohibición de contratar por la expresa previsión legal del art. 286.1 soslayando los presupuestos generales de los criterios de imputación propios del art. 31 bis (fundamentalmente beneficio o ventaja) para que aquella responsabilidad pudiera ser exigida. Y sobre todo rompiendo la autonomía e independencia entre ambos modelos de responsabilidad que establece el art. 31 ter.

En otras palabras, la referencia en el delito de alteración de precios de concurso y subastas públicas a la obligatoria imposición de la pena de inhabilitación de contratar con el sector público a una “sociedad” no deja de ser perturbadora: se asiste a una especie de solapamiento entre las diferentes respuestas sancionatorias que reserva el CP –o lo que se cree mayoritariamente que reserva– para los entes colectivos. La pena de referencia es un punto de cruce donde convergen ambos sistemas (el previsto para las empresas, sociedades o grupos ilícitos) y el previsto para personas jurídicas (empresas lícitas) instrumentos al servicio de la libertad de iniciativa empresarial y por supuesto amparadas por las mismas garantías sustantivas y procesales que asisten a las personas físicas⁴⁰. Dicho lo anterior, conviene llamar la atención sobre que, inexplicablemente, el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas no aparece recogido en el catálogo del art. 71 de la LSCP.

8.2 Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

Tras la nueva redacción dada por la LO 1/2015 al art. 286 ter la conducta de corrupción o de intento de corrupción solo es relevante para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales⁴¹. La tendencia lesiva debe ir diri-

40 Vid. STS 514/2015 de 2 de septiembre de 2015, STSS 154/2016, 29 de febrero y 221/2016 de 16 de marzo de 2016.

41 Desde la última reforma por LO 1/2015, el art. 286 ter sanciona únicamente a *los particulares que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de*

gida a conseguir una ventaja competitiva frente a potenciales competidores, bien en el mercado interno (el tipo ya no hace mención exclusivamente a funcionarios extranjeros como hacia su precedente art. 445) o bien en la realización de una actividad económica en un país diferente al del domicilio social de la empresa⁴².

El art. 286 ter ya no se refiere como antaño a la obtención de cualquier “beneficio irregular”, por lo que quedan excluidos del tipo aquellos pagos u ofrecimientos que no tengan como posible contraprestación un beneficio indebido que no consista en una ventaja competitiva o comercial. Los pagos de facilitación son expulsados de su radio de aplicación, como, por ejemplo, los que tienen por objeto agilizar tramites burocráticos que permitan a la empresa trabajar con cierta normalidad o sin contratiempos o conseguir una prestación más rápida de un servicio público (agua, electricidad, teléfono etc.), de ahí que la pena prevista en el tipo básico (y aun así criticable) coincida con las privativas de libertad y de multa que corresponden a la modalidad más grave de cohecho pasivo propio de los arts. 419 y 423 del CP. De no efectuar esta reducción axiológica del ámbito típico del art. 286 ter nos adentraríamos en una cuestionable quiebra del principio de proporcionalidad.

cualquier beneficio o ventaja indebida, pecuniaria o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atenderan sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales. El destinatario de la iniciativa del soborno o la aceptación de la entrega o respecto a quienes atienden sus solicitudes son las autoridades o funcionarios públicos que aparecen definidos en los arts. 24 y 427 CP.

- 42 FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del art. 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción”, Diario La Ley, núm. 8987, sección Doctrina 25 de mayo de 2017. Editorial Wolters Kluwer.

Otra cuestión importante, es que al cohabitar, dentro del mismo tipo penal dos grandes grupos de “funcionarios”: ”comunitarios o nacionales” y “funcionarios de un país extranjero” puede hablarse de una corrupción en ámbito UE y una corrupción extra UE, lo que necesariamente exige una lectura renovada del bien jurídico: que no debería ceñirse a la referencia tuitiva de la “competencia leal y honesta” –en expresión del Preámbulo de la LO 5/2010 cuando introduce la Sección relativa a los delitos de corrupción en los negocios– porque por más que su ubicación indique lo contrario, en relación al ámbito de la corrupción UE no puede decirse que sea extraño a la tutela penal la protección de la nueva arquitectura pública de la UE (en materias por ejemplo de contratación pública), mientras que en la corrupción extra UE (la que es verdaderamente trasnacional) sí que podemos hablar de un bien jurídico de naturaleza económica y que su previsión expresa responde a la tutela de las condiciones de libre competencia en el ámbito internacional⁴³. La distinción es importante por los mecanismos de cooperación judicial que están en juego en una y otra modalidad delictiva y la misma eficacia de las sanciones impuestas.

En orden a las consecuencias jurídicas, el art. 286 ter CP prevé para los particulares involucrados en el delito pena privativa de libertad de tres a seis años y multa –que puede ser por cuotas o proporcional–. En diferente apartado se establece de obligatoria imposición para los responsables la prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y además la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años⁴⁴. Las

43 Vid. MONGILLO, V.: *La corruzione tra esfera interna e dimensione internazionale. Effecti, potenzialità e limiti di un dirritto penale “multinivello” dallo stato-nazione alla globalizzazione* Nuove Ricerche italiana di scienze penalistiche 9. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli 2012, págs. 242 y 248.

44 Vid. SAN 3/2017 de 23 de febrero.

penas descritas serán impuestas en su mitad superior en el caso de que los beneficios o ventajas sean especialmente elevados, la acción del autor no sea meramente ocasional, si se trata de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o si el objeto del negocio versa sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

Más adelante, el art. 288 contempla la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 31 bis a). Y en este caso además de las preceptivas penas de multa abre la posibilidad de imponer “facultativamente” las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis.

También en este punto surgen una serie de interrogantes; desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la prohibición de contratar se revela como una pena facultativa, pues atendiendo a las prescripciones del art. 288 solo podrá imponerse si el órgano judicial aprecia, con arreglo a los criterios previstos en el art. 66 bis, que la prohibición se revela como una sanción idónea y adecuada para “prevenir la continuidad del delito o de sus efectos”. Pero de ser de imposición facultativa para el órgano judicial, en este punto, el CP se aparta de las recomendaciones internacionales.

No obstante, de inmediato surge la duda de si cuando el CP dice que se impondrá la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años a los “responsables” del delito, termino indeterminado, y en consecuencia más amplio que el de autor, por una posterior operación de cirugía judicial, pretende extender su aplicación además a las personas jurídicas. Solución más que cuestionable, que compromete la misma diferencia entre analogía e interpretación extensiva, y porque no existe tal pena: las previstas en el art. 33.7 f) solo se refieren a la prohibición de contratación con el sector público y en modo alguno a algo tan genérico como las “transacciones comerciales de trascendencia pública”.

Como se puede observar las penas en el delito de corrupción en actividades económicas transnacionales pecan de imprevisión, son demasiado onerosas, el legislador recurre a todo el arsenal sancionatorio, privativas de libertad, multas, privativas de derechos y comiso, y su extraordinaria duración justifica un peligro de absoluta desaparición de la empresa del mercado⁴⁵.

En este punto, asistimos a un amplio arbitrio o discrecionalidad judicial hasta el borde de la inconstitucionalidad. Cuestión diferente, es la efectividad de la ejecución y cumplimiento de tales sanciones en el extranjero porque requieren la colaboración de los órganos competentes del Estado extranjero puesto que el juez nacional no tiene ninguna jurisdicción ni condiciones para realizar semejante control⁴⁶.

8.3 Tráfico de influencias

En este grupo, solo la modalidad prevista en el art. 429 CP, reservada al castigo de la influencia del particular sobre funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico, contempla, para la persona física involucrada en el delito, conjuntamente con la penas de prisión (6 meses a dos años) y multa proporcional en función del beneficio conseguido o pretendido, la prohibición de contratar con el sector público, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales de la Seguridad

45 Para el caso del delito de corrupción en el sector privado (art. 286 bis) entre otras se contempla la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años. Vid. PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, (Director J.L. González Cussac/ coords. Matallín Evangelio, A. y Gorriz Royo, E.) 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. Recurso electrónico Base de datos: Tirant Lo Blanch DOC TOL5009913.

46 QUINTERO OLIVARES, G: “Problemas de la dimensión internacional de la lucha contra la corrupción”, en *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, (coord. Por Francisco Javier Álvarez García; Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1083-1106.

Social por tiempo de seis a diez años (pena de naturaleza grave). Si obtuviere el beneficio perseguido estas penas se impondrán en su mitad superior.

Según el art. 430 cuando con arreglo a lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en el Capítulo VI (art. 429 y 430) el órgano judicial podrá imponer, además de la multa de seis meses a dos años, las penas recogidas en la letras b) y g) atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis.

La responsabilidad penal de la persona jurídica solo puede ser impuesta bien por la modalidad del art. 429 o bien por el ofrecimiento de influencias a cambio de dádivas del art. 430 del CP (modalidad prevista para el particular).

Reproducimos algunos de los comentarios realizados en materia de delito de corrupción en actividades transnacionales: la prohibición de contratar solo podrá imponerse a los entes societarios si el órgano judicial aprecia que con arreglo a los criterios previstos en el art. 66 bis la medida se revela como una sanción idónea y adecuada para “prevenir la continuidad del delito o de sus efectos”. Y añadimos, que también podrá imponerse como una consecuencia accesoria anexa a la pena impuesta al autor del delito si se cumplen las previsiones del art. 129 del CP⁴⁷.

8.4. Fraude a la Administración Pública

En concreto el art. 436 del CP sanciona la conducta del empleado público que se orienta hacia la producción de un menoscabo en la corrección de los procesos de gestión de recursos

47 Vid. VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: “Corrupción pública y globalización. Una mirada a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anticorrupción”, *Dereito. Revista Xurídica de la USC*, vol. 26, núm. 1/2017, Recurso Electrónico <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/3727/4484>; CUGAT MAURI, M.: “El tráfico de influencias un tipo prescindible”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16. 2014 (recurso electrónico <http://criminet.ugr.es/recpc/>)

públicos –infringiéndose el deber de funcionamiento conforme al principio de economía y eficiencia en los procesos de gasto público (art. 31.2 de la CE)– también la conducta dirigida a la causación de un perjuicio patrimonial al ente público, sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de la efectiva lesión al mismo

A tal efecto, el art. 436 castiga el funcionario o autoridad con capacidad para “intervenir directa o indirectamente” en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos. Expresión amplia por la cual tienen cabida actividades de consultoría, información y decisión por lo que tratándose de procesos de contratación o liquidación que por sí mismos presentan un carácter complejo la participación del sujeto activo puede tener lugar en cualquiera de sus fases y cualquiera que sea su decisión (informes técnicos, documentación, decisión), siempre que puedan influir en el resultado final del proceso de causación de perjuicio a un ente público.

El art. 436 contempla además dos modalidades de conducta que el funcionario “se concertara con los interesados” o “usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público”. En relación a la primera modalidad la acción de concertarse requiere un acuerdo de voluntades entre el funcionario y las personas interesadas en la contratación o liquidación de haberes o efectos públicos. La concertación no es otra cosa que pactar un negocio o convenio o ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, conjunción de voluntades que debe estar trascendido por la finalidad de defraudar al ente público (esto es, concertarse por ejemplo, para vender bienes públicos a bajo precio, permuta de terrenos, etc.)⁴⁸.

48 Vid. ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte Especial* (Vives Antón, T.S./ Martínez-Buján, Pérez, C., Orts Berenguer E., González Cussac, J.L. (coord.) 6ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 639-675; CASTRO MORENO, A.: *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

La Ley Orgánica 5/2010 ha adicionado un nuevo inciso al art. 436 en el que se prevé de forma expresa la responsabilidad penal del particular en este tipo de delito, si bien limitada a la modalidad de concertación. La circunstancia de que la pena privativa de libertad con que se sanciona al particular sea ahora la misma que la prevista para la autoridad o funcionario público es un indicio valorativo de que el bien jurídico se orienta a la protección de la asignación equitativa del gasto público y que su ejecución responda a criterios de eficacia y economía, más que a la protección de la probidad en el ejercicio de la función pública por las autoridades y funcionarios. Por otro lado, es indiferente quien tenga la iniciativa.

Con respecto al particular la coincidencia de penalidad se produce únicamente en lo referente a la pena de prisión -ya que las penas de inhabilitación son de diferente naturaleza y plazo-. En concreto, se contempla para el particular y solo en la modalidad típica de concertación la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.

Esta modalidad de fraudes a la Administración pública sorprendentemente, ya que su presupuesto típico es, por antonomasia, la contratación pública, no contempla una cláusula de responsabilidad penal de personas jurídicas. Y en consecuencia, tampoco cabe la posibilidad de imponer una consecuencia accesoria de prohibición de contratar por la vía prevista en el art. 129 CP. La prohibición de contratar quedará reservada a lo dispuesto en el ámbito administrativo por la vía del art. 71^a) LSCP y al alcance que se le de a la expresión “la prohibición subsistirá en las personas jurídicas declaradas penalmente responsables y aquellas cuyos administradores o representantes vigente su cargo y hasta su cese se encontrarán en la situación mencionada”.

8.5 Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social

La pérdida de la posibilidad obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios e incentivos está contemplada para el sujeto activo –persona física– en todos los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y oscila por un periodo de tres o a seis años (art. 305, art. 307, art. 307.1 ter, art. 308) y de cuatro o a ocho años en las modalidades agravadas (por ejemplo, arts. 305 bis, 307 bis). No están previstas para el delito contable tributario del art. 310 CP.

En el art. 310 bis se contempla la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. A tal efecto el art. 310 bis establece dos grupos de delitos asignando penas diferentes a cada uno de ellos: de un lado, el delito del art. 310, de otro lado a todos los demás delitos. En primer, lugar contempla multas proporcionales en función de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida y dependiendo de la pena prevista para las personas físicas responsables de los mismos delitos, por otro lado, tras la reforma penal por LO 7/2012, además de las penas (de multa) señaladas se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios e incentivos fiscales de la Seguridad Social durante el periodo de tres a seis años y se añade que “podrá imponerse la prohibición de contratar con las Administraciones públicas”⁴⁹.

49 Vid. art. 3 de la LO 12/1995 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando: 3. Cuando proceda la exigencia de responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.6, y tras aplicar los criterios establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo, *se impondrá la pena siguiente: a) En todos los casos, multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años.* b) Adicionalmente, en los supuestos previstos en el artículo 2.2, suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las *actividades de*

Seguidamente, señala que atendidas las reglas del art. 66 bis los jueces podrán imponer las penas recogidas en las letras b) c) d) e) y g) (excluyendo por tanto la recogida en el art. 33.7 f)⁵⁰.

Puede apreciarse que hay una laguna o ausencia de claridad en orden a una cuestión central. Habida cuenta de la trascendencia de la decisión de imponer o no a una sociedad la prohibición de contratar con el sector público se echa en falta la existencia de criterios que guíen al órgano judicial para que de acuerdo con ellos valore o no la oportunidad de imponer la prohibición de contratar con el sector público, porque si la valoración sobre su oportunidad y duración debiera hacerse con arreglo a los criterios del art. 66 bis ¿porqué su previsión se contempla expresamente en un párrafo diferenciado y se excluye de la regla general?

Sobre la naturaleza de esta pena respecto a las personas físicas la doctrina se inclinó en su momento por su naturaleza de consecuencia accesoria⁵¹.

8.6 Delito de cohecho activo

Unas consideraciones previas.

En las dos últimas reformas que ha experimentado el delito de cohecho juegan un papel central los requerimientos supranacionales. Son ellos los responsables de la reescritura del principio de legalidad y de la misma ausencia de previsibilidad de las decisiones judiciales en cuanto concierne al delito de

importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando; en los supuestos previstos en el artículo 2.3, clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos.

50 Hay que atender al texto en vigor entre el 24 de diciembre de 2010 y el 16 de enero de 2013 y el efecto retroactivo por lo dispuesto en el art. 2.2 del CP.

51 Vid. MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*, op. cit. 658; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *El Delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 652 y ss.

cohecho⁵². Los cambios legislativos han desembocado en una tipicidad flexibilizada, abierta, por decirlo de alguna forma “liquida”⁵³ donde tienen cabida una amplia variedad de comportamientos de distinta escala y gravedad: bien sea por la multiplicidad de sujetos activos o destinatarios de las pretensiones del particular, que imponen el recurso a fuentes legislativas de diferente procedencia y rango para concretar la condición de: autoridad, funcionario, persona que participa en función pública, organismo público, empresa pública, etc.⁵⁴. Por la connotación

52 Vid. RAMOS RUBIO, C.: “Delito de cohecho: mano más dura todavía contra la corrupción nacional e internacional arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 439 y 445 del CP”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 337 y ss; VALEIJE ÁLVAREZ I.: “Cohecho (arts. 419, y ss.), Tráfico de influencias, malversación de caudales, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2010* (Director J.L. González Cussac/ coords. Matallín Evangelio, A. y Gorrioz Royo, E.) 2ª ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, Págs. 1159-1231; ACALE SANCHEZ, M.: “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español. Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l’Università degli Studi di Milano, il 29 a 30 maggio 2014”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2014. Recurso electrónico.

<https://www.penalcontemporaneo.it/d/3577-la-lucha-contra-la-corrupcion-en-el-ambito-supranacional-y-su-incidencia-en-el-codigo-penal-espaol>

53 Vid. una excelente reflexión sobre el diferente significado y función de “disposición” y “norma”, y como las actuales decisiones judiciales tienden a la creación jurisprudencial del derecho penal mediante una aplicación innovadora de las disposiciones penales que ampliando su tradicional campo semántico, en consecuencia cambian el campo de la aplicación de la norma, DONINI, M.: “Il diritto giurisprudenziale penale. Collisione vere y aparenti con la legalità e sanzione dell’illecito interpretativo”, *Diritto Penale Contemporaneo* 3/2016. Recurso electrónico <https://www.penalcontemporaneo.it/d/4793-il-diritto-giurisprudenziale-penale>

54 Circunstancia que abona el terreno para invocar un posible error de tipo sobre la condición pública o privada del destinatario del soborno y la delimitación de idénticos comportamientos respecto a la corrupción privada del art. 286 bis. Vid. REBECCA, M.: “Corruzione tra privati: ámbito aplicativo e profili problematici”, *Diritto penale degli appalti pubblici* (a cura di Silvio Riondati e Ricardo Borsari), Quaderno del Dipartimento di Diritto Pubblico internazionale e comunitario. Università degli Studi di Padova. Cedam

eminentemente subjetiva de los términos que describen el objeto del soborno (dativa, favor, retribución de cualquier clase). Cualquier prestación que constituya un provecho personal o de utilidad para la autoridad o funcionario, un “dar” o un “hacer”, una ventaja patrimonial o no patrimonial, podrá ser considerada relevante a efectos de tipicidad si así se percibe desde la costumbre o la contingente opinión común mayoritaria. Por la cancelación de pautas objetivas para calificar la contrariedad del acto o comportamiento respecto a las normas de derecho público que regulaban la concreta actividad.⁵⁵ La sustitución de la contrarie-

2012, pág. 349- 356. Sobre las dudas interpretativas que plantea considerar funcionarios a los altos cargos representativos de los entes instrumentales vid. GOMEZ RIVERO, C: “El castigo de la corrupción en el llamado sector público instrumental”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18-6 (21016) Recurso electrónico <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194; RAMON RIBAS, E.: “La derogación jurisprudencial del art. 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2014. Recurso electrónico

<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2029>

- 55 Sobre la borrosa frontera entre el delito de cohecho pasivo propio subsiguiente y delito de cohecho de facilitación del art. 421 y el art. 422, Vid el FJ Trigésimo Sexto de STSJV (sala de Civil I y Penal), núm. 2/2017 de 8 de febrero, Caso Gürtel. Pieza FITUR. Trama empresarial creada ex profeso para obtener y manipular concursos públicos de la Generalitat en diversas ferias de turismo y otros eventos ligados a éstas. Obtención de información privilegiada a cambio de prebendas y ejercicio de influencia para alterar a su favor los criterios y condiciones de adjudicación de los concursos. Subcontratación con terceros de los ya adjudicados para obtener un enriquecimiento irregular al lucrarse aplicando unos márgenes desproporcionados, duplicando partidas o facturando gastos inexistentes. Defraudación de fondos públicos por la ruptura del principio de igualdad de condiciones entre los licitadores y el establecimiento de una ventaja u oferta presentada a través de la sociedad Orange Market. FJ TRIGESIMO SEXTO.- Del regalo de D^a Valle Juana. Por las acusaciones se imputa a la acusada D^a Valle Juana, la comisión de un delito de cohecho pasivo por razón de un regalo, consistente en un reloj marca Hublot valorado en 2.400€, que recibió durante las Navidades del año 2005 en consideración, de un lado a la actuación irregular desarrollada durante la edición de FITUR 2005, que supuso la concesión de dicha Feria a la Empresa «Orange Market S.L.» a la cual se le toleró la percepción de cantidades irregulares conforme ha quedado expresado, y de otro lado, especialmente con el fin de crear el clima adecuado para que

dad del acto por su referencia a normas (injusto, delito) por la contrariedad a los deberes del cargo prescinde del principal instrumento hermenéutico que permitía calibrar el diferente disvaldor del concreto comportamiento y reconducirlo a las diferentes modalidades de cohecho pasivo propio o impropio⁵⁶. A ello se añade el entendimiento alargado de la misma competencia del funcionario para cumplir con las pretensiones del particular, lo que aboca a oscurecer los contornos típicos entre el delito de tráfico de influencias y cohecho⁵⁷. A priori no resulten tan claros y queda en manos de la jurisprudencia establecer los confines entre uno y otro delito. Con la nueva redacción del cohecho se arriesga a que una irregularidad o suma de irregularidades en procedimientos de contratación pública o un incumplimiento reiterado de las reglas contractuales a cambio de determinados favores o atenciones poco significativas al funcionario sean reconducidos, en detrimento del cohecho de facilitación, a la modalidad más grave de cohecho aunque no existan bases suficientes para hablar de injusticia o arbitrariedad.

En definitiva el delito de cohecho ha perdido su centralidad –salvo por las penas que lleva aparejadas– como la ofensa más grave contra la Administración Pública: si todo abuso del cargo motivado por una ventaja o favor entregado o prometido a un funcionario puede ser cohecho, entonces nada es cohecho y viceversa. Todo contribuirá a expandir el área de lo criminalmente relevante en este delito si así lo aconsejan consideraciones de carácter ético o pragmático. El alargamiento de las penas

mantuviera dicha actitud durante las siguientes ediciones, como de hecho se observa durante las ediciones de FITUR 2006 y 2007 que persiste en tal actuación irregular”.

56 Cuestión diferente es si llegados a este punto debiera optarse por regular dos únicas modalidades de cohecho pasivo: el propiamente dicho y el cohecho de facilitación, pero no es el objeto de este trabajo valorar su oportunidad político criminal.

57 Vid. CUGAT MAURI, M.: “La responsabilidad penal de los partidos en España: alternativas típicas y zonas oscuras”, en *Responsabilidad jurídica y política de los partidos políticos* (Direc. García Aran, M. /Baucells, J.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2018, págs. 245-276.

no solo expresa el desvalor de estos comportamientos sino que están instrumentalmente orientadas a otros fines: una finalidad poco destacada por la doctrina es permitir durante la instrucción la adopción de medidas cautelares, como la prisión provisional, y otras técnicas de investigación limitativas de derechos fundamentales.

A mi modo de ver, la nueva configuración del cohecho poco a poco ha abandonado su centralidad en la tutela de los modelos institucionales de funcionamiento de la Administración Pública (procedimientos técnicos, contractuales, de producción de normas con arreglo a los que desarrolla sus funciones y dilucida sus relaciones jurídicas externas con los particulares- individuales o colectivo) y nos lleva por derroteros que nos acercan a una connotación ética de la función pública, a un entendimiento del delito como una infracción del deber⁵⁸ que el Derecho Penal está llamado a defender y, en consecuencia, a solaparse, con la protección del *ethos* funcionarial cuya defensa debiera quedar reservado al ámbito disciplinario. En definitiva, a una connotación ética de la función pública que no es tarea que incumba al Derecho penal que debe limitarse a regular comportamientos desde la razón misma de su existencia que es la subsidiariedad y la fragmentariedad respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico.

Dejando de lado estas consideraciones (y solo a los efectos que aquí nos interesan), la prohibiciones relacionadas con el sector público se condensan en el art. 424.3 en estos términos: “Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación,

58 Sobre el concepto de bien jurídico procedimental en los delitos contra la Administración Pública y que la defensa de que la garantía del *ethos* funcionarial incumbe únicamente al derecho disciplinario, vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*, Universidad de Santiago de Compostela 2003. págs. 390 y ss. Del mismo autor, “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado cohecho de facilitación”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2011, págs. 151-179.

de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización (a) que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social. Tras la reforma por LO 1/2015 estas inhabilitaciones pasan a tener una duración de cinco a diez años (antes de 3 a 7 años).

La fórmula empleada por el legislador en el art. 424.3CP es similar a la utilizada en el art. 262.1 del CP (alteración de precios en contratos y subastas públicas): prevista para la persona física “y en su caso” para los sujetos colectivos que represente. También los ámbitos coinciden: allí contratación pública (concursos) y subastas, y en el cohecho se añaden las subvenciones. Solo difieren en un postulado importante⁵⁹: mientras que el art. 262 pertenece al grupo de delitos en los que se contempla la posibilidad de imponer alguna de las consecuencias accesorias del art. 129 y a los entes que considera destinatarios prioritarios de las mismas. Los denominados “entes sin personalidad jurídica”, eufemismo para referirse a las estructuras colectivas creadas, empleadas o en el seno de las cuales se cometen delitos y, en consecuencia, entes a los que se le niegan los derechos y garantías procesales reconocidos a los entes societarios lícitos en la misma medida que se reconocen a las personas físicas que se desenvuelven en su interior y le sirven de sustento. Sin embargo el art. 424 es un delito para el que se contempla expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 427 bis).

Llegados a este punto nos interesa despejar qué significa en el art. 424.3CP la ambigua expresión “y en su caso” que parece ser el pilar sobre el que reposan condensados los criterios que habilitan al órgano judicial para imponer, en presencia de la

59 En este art. 424.3 CP tampoco se menciona la representación de la persona individual (art. 286.1CP).

relación representativa, entre el agente y el ente colectivo y en atención exclusivamente a los ámbitos públicos allí señalados –la contratación (¿pública?), subastas y subvenciones–, entre otras, la pena de prohibición de contratar. Relacionando aquella expresión con los preceptos establecidos en la Parte General del CP, única fuente en lo que se refiere a procedimiento de imposición e individualización de todas las consecuencias jurídicas que llevan aparejadas los delitos de la Parte Especial, las posibilidades a las que se abre la fórmula “y en su caso” en materia de entes colectivos son:

1. Que la pena prevista en el art. 424.3 CP deberá imponerse a las personas físicas y, en su caso, a la sociedad, organización o asociación que la persona física representara siempre que éstas carecieran de personalidad jurídica, por lo que el art. 423.4 es una llamada a las consecuencias accesorias del art.129 del CP. Y para los supuestos que aquellos entes colectivos ostentaran aquella condición (esto es personalidad jurídica) la valoración o no de su imposición queda reservada a lo dispuesto en el art. 427 bis: imputación a la sociedad tras la comprobación de todos presupuestos exigidos en el art. 31 bis y valoración de la oportunidad de imponer o no prohibiciones de acuerdo a criterios del art. 66 bis, cabiendo la posibilidad de que el órgano judicial no imponga ninguna o que elija la que considere más conveniente, lo cual significa necesariamente que puedan ser todas o solo alguna de aquellas prohibiciones y, en todo caso, sometidas a los límites de cumplimiento allí previstos (dos años o duración máxima de la pena privativa prevista para el caso de que el delito *fuera cometido* por la persona física).
2. Que la pena prevista en el art. 424.3 CP deberá imponerse a las personas físicas y, en su caso, a la sociedad, organización o asociación que la persona física representara tengan estos entes colectivos o no

personalidad jurídica, por lo que el art. 423.4 es una llamada a los criterios previstos para las consecuencias accesorias del art. 129 (todos), siendo en consecuencia la prohibiciones de contratar y las restantes meramente potestativas para el órgano judicial que además está obligado a motivar expresamente porque recurre a una sanción de esta índole. De ahí que sea la motivación la que revele, tanto desde una vertiente fáctica (demostración de que la estructura de la entidad ha favorecido el hecho delictivo), como jurídica (justificación de la necesidad de imponer las prohibiciones, así como la idoneidad de la medida que en concreto se impone y la de su duración).

3. Que la pena prevista en el art. 424.3 de prohibición de contratar con entes, organismos y entidades públicas se impone al particular (parece que cualquiera que sea su grado de autoría o participación) e inexorablemente a la sociedad, organización o asociación, representadas por el autor del delito, tengan estas o no personalidad jurídica, (al igual que sucede en el delito de alteración de precios y subastas públicas). Quedando el art. 427 bis reservado para autorizar la imposición de las penas de multa resultantes y si el juez o Tribunal lo considera oportuno acumular a las anteriores otro tipo de sanciones previstas en el art. 33.7 y distintas de las prohibiciones comentadas, de acuerdo a los postulados del art. 66 bis.

De las tres opciones, soy del parecer que la tercera es la elegida por el legislador.

En mi opinión, las prohibiciones dispuestas en el art. 424.3 tienen naturaleza de pena accesoria para persona física (aun cuando no se recoja expresamente en el art. 39 con aquella denominación no hay obstáculo a entenderlas como una concreción en la Parte Especial de la modalidad de inhabilitación

especial para otro derecho)⁶⁰ y de consecuencia accesoria para personas jurídicas al amparo del art. 33.7.f)⁶¹.

Se trata de una consecuencia accesoria impuesta ex lege por el legislador que veta al órgano judicial valorar o no la oportunidad de imponer las prohibiciones e incluso la posibilidad de corroborar, más allá de la prueba de si concurre o no la relación representativa –muy importante–, la presencia de si la actuación pretendida por el particular redundo o no en la obtención de un beneficio directo o indirecto a favor del ente representado, aunque este beneficio de existir estando más allá de la consumación de delito resulta incompatible con la estructura anticipada del propio cohecho (pero hay una cuestionable presunción iuris et de iure de la existencia de beneficio como inherente a la propia naturaleza del delito)⁶².

Tratándose de consecuencias accesorias por declaración legal (ex lege), el legislador le también veta al órgano judicial a su vez atemperar su aplicación en función de las circunstancias del reo u otros posibles efectos disfuncionales de carácter social

60 Vid. Sobre esta modalidad de penas, aunque si bien hay opiniones encontradas sobre su naturaleza como inhabilitaciones especiales para otra actividad. Vid. en general, GUTIERREZ CASTAÑEDA, A.: *El concepto de penas privativas. Las penas privativas de derechos políticos y profesionales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015 Doc. Electrónico: Bases de datos Tirant Online Doc. TOL2679894; NEIRA PENA, A, M.: *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad* (Dirección Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, M. L.), Tirant Lo Blanch. Valencia 2013. Págs. 415 y 416. GUINARTE CABADA, G.: “La pena de inhabilitación especial para los derechos de patria potestad, guarda o tutela”, en *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a las penas privativas de libertad*, (Faraldo Cabana, P. / Puente Aba, M.L.) Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pág. 129. estonto de alcanzar un acuerdo. En este sentido ond elia emresa (como todas las sanciones d einhbailitacion) porque son UDISO.

61 Vid. CERQUA, L.D./ PRICOLO, C.M.: “Corruzione internazionale, responsabilità degli enti e sanzione interdittiva: note margine di una recente sentenza della Corte di Cassazione”, *Respon. Amm Soc. Enti* 21 3, 31. Pág. 510.

62 Hasta el punto, que se eliminó la agravación de la pena en el delito de cohecho pasivo propio en función de que el acto delictivo objeto de soborno se hubiera o no realizado .

que pueden darse con estas “penas fijas” o “pseudo- principales” en determinados casos. Esto quiere decir, que deberán ser impuestas inexorablemente, cualquiera que sean sus consecuencias económicas o sociales o sus efectos sobre los trabajadores, no pudiendo ser sustituidas por otra medida más favorable (y proporcionada) al supuesto enjuiciado: por ejemplo, por la posibilidad de acordar una intervención judicial temporal para salvaguardar aquellos derechos de los trabajadores o acreedores por el tiempo y en las circunstancias que se estime necesario: piénsese, en los efectos negativos que se irrogan para terceros en el supuesto (frecuente) de una pequeña empresa constructora con domicilio social en una localidad donde es fuente de empleo para todos los trabajadores de la comarca y cuya principal actividad es precisamente la obra pública. De lo dicho hasta el momento, no solo se derivan consecuencias materiales sino muy notablemente consecuencias prácticas de índole procesal: no pueden ser desplazadas por posibles acuerdos de conformidad⁶³ entre las partes y tampoco evitadas por comportamientos de colaboración post delictivos por parte del ente procesado y tampoco por la adopción de posibles planes de organización y prevención futura de delitos (ex post) en la línea marcada por la circunstancia atenuante del art. 31 quater d) CP. Podrán tener si cabe cierta eficacia atenuadora en aquella banda de 5 a 10 años, en los que se mueve la prohibición pero en modo alguno eliminan su aplicación debido a la accesoriadad que las caracteriza⁶⁴. Estas penas son un obstáculo a la reinserción social, y conllevan en ocasiones a la desaparición de la empresa porque son desproporcionalmente largas en relación con la pena principal.

63 Vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, N.: “La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español”, en *La Ley Penal*, núm. 113, marzo-abril 2015. Delitos de corrupción, núm. 113, 2015, Wolter Kluwer.

64 Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 66 bis que recoge las reglas para la aplicación de las penas a las personas jurídicas, además de remitirse a las reglas generales del art. 66 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del art. 66.1 del CP. En mi opinión es aplicable a todas las penas previstas en el art. 33.7 f), obviamente salvo la pena de disolución.

Todo ello lleva a concluir que la prohibición de contratar con el Sector Público prevista en el art. 423.3 del CP como una consecuencia accesoria para personas jurídicas, se revela como una “tercera” vía sancionatoria entre los modelos establecidos respectivamente en los arts. 31 bis y 129. Dos modelos, que en la opinión de los tratadistas responden a presupuestos de imputación nítidamente diferenciados y excluyentes, por la razón de sus diferentes destinatarios⁶⁵.

9. Las otras consideraciones accesorias

En este punto algunos autores ya han advertido que la pretendida autonomía de ambas vías sancionatorias aparece contaminada en distintas partes del articulado del CP. Así sucede, por ejemplo, en el art. 294 en sede de delitos societarios sancionando a los administradores de hecho o de derecho de sociedades que actúen en mercados sometidos a supervisión que negaren o impidieren las actividades inspectoras cuyo ámbito viene dado precisamente por las “sociedades” a las que se refiere el art. 296, o en el art. 318 en sede de delitos contra los derechos de los trabajadores que expresamente hace referencia a delitos que se atribuyeran a personas jurídicas.⁶⁶ También, lo dispuesto en el art. 570 *quater*

65 Vid, por todos FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “El artículo 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas adaptado a la Ley 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código penal*/coord. por Miguel Bajo Fernández, Bernardo J. Feijoo Sánchez, Carlos Gómez Jara Diez, 2016, págs. 301-312.

66 Sobre los problemas de armonización del art. 129 y art. 31 bis, señalando esta contradicción en relación al art. 570 ter, vid. MARTÍNEZ GARAY, L./MIRA BENAVENT, J.: “Las referencias al art. 129 CP en el Libro II del Código penal tras la LO 5/2010, una antinomia normativa que no resuelve el Anteproyecto de 2012”, *Revista General del Derecho Penal*, núm. 118, Ed. Iustel 2011 y en el marco de los delitos de fraudes alimentarios, el art. 366 en relación a los arts. 359-365, vid. Benítez Ortúzar, I.: “Los fraudes alimentarios nocivos realizados por productores, distribuidores y comerciantes”, en *Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos* (Morillas Cuevas (Dir.)/Suarez López (coord.). Ed. Dykinson. Madrid 2013, págs. 387-438.

(organizaciones y grupos criminales) resulta perturbador pues allí se establece que los jueces y tribunales acordarán la disolución de la organización o del grupo (esto es, acordarán la pérdida definitiva de la personalidad jurídica y su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico o de llevar a cabo cualquier clase de actividad aunque sea lícita) porque está haciendo una llamada simultánea tanto a las penas previstas en los arts. 33.7 y como a las consecuencias del art. 129 CP⁶⁷.

En estos delitos la llamada a las consecuencias accesorias del art. 129 del CP soslaya los criterios generales de atribución de responsabilidad penal propios de las personas jurídicas (y contradice la proclamada autonomía de su responsabilidad penal respecto a la persona física reconocida en el art. 31 bis ter).

Pero los casos más llamativos son los delitos de alteración de precios en contratos y subastas y el propio cohecho activo. En este punto el CP, tratándose de las prohibiciones comentadas equipara las “empresas lícitas” a las estructuras societarias que funcionan como meros instrumentos del delito y nos sugiere que, como también en su momento apuntaron otros autores (MARTINEZ GARAY/ MIRA BENAVENT), o bien se trata de una paradójica o llamativa antinomia entre la Parte General y Parte Especial del Código o bien que hay más de un modelo de interacción entre los hasta ahora defendidos en el sistema punitivo de los entes colectivos⁶⁸.

67 Vid. STS 613/2016, 29 de febrero. Vid. ROMA VALDÉS, A.: “Comentario a los Arts. 570 bis, 570 ter, 570”, en AAVV. *Código Penal comentado. Especial consideración a las modificaciones introducidas por Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo* (Dir. Antonio Roma Valdés). Ed. Bosch. 2015. Págs. 803 y 804.

68 También la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 criticaba la descoordinación legislativa entre uno y otro régimen: “no sea adivina, en ocasiones, las razones que puedan justificar la diferencia de trato, no solo entre los delitos que solo llevan aparejadas las consecuencias del art. 129 y los que se reserva la expresa cláusula de extensión de responsabilidad de personas jurídicas, sino incluso los delitos que contemplan expresamente la doble vía sancionadora, por ejemplo delitos de falsificación de moneda. Y en términos semejantes que su predecesora se pronunció la Circular de la Fiscalía 1/2016”.

Con arreglo al modelo tradicional, por un lado está, la “persona jurídica” o *societas legal* en tanto que instrumento jurídico y necesario al servicio del pleno reconocimiento de los derechos fundamentales, es decir, para garantizar a los ciudadanos y ciudadanas la libertad de asociación, el derecho al trabajo –como fuente de sustento y desarrollo de la personalidad- y el derecho a la iniciativa económica que puede ejercerse (obviamente) a través de la actividad de una empresa. Derechos que están expresamente reconocidos en los arts. 22, 35 y 38 de la Constitución Española y que debido a esta primacía, las sociedades mercantiles son reconocidas por el derecho y dotadas de garantías procesales y sustantivas (derecho de defensa, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, etc.) de una forma cuasi idéntica a las reconocidas para la persona física (en estos términos, STS 514/2015 de 2 de septiembre de 2015, STS 154/2016 29 de febrero y 221/2016 de 16 de marzo de 2016)⁶⁹.

Por el otro lado se sitúa la “*societas ilegal*” (empresa, sociedad, grupo, asociación, pluralidad de términos empleados por el legislador), que por el contrario es una fuente de responsabilidad penal para quienes la constituyen, dirigen, organizan o simplemente participan en ella. En términos prácticos, la diferencia hace referencia a la distinción que media entre la criminalidad de empresa y la empresa criminal. El problema más delicado surge en relación con la compatibilidad de las hipótesis de la empresa criminal con la estructura típica del delito empresarial, pues este último parece necesariamente tener que referirse a una actividad lícita. De hecho, la doctrina afirma que “el delito empresarial” difiere de lo que solemos llamar, crimen organizado, porque su característica más sobresaliente es que la infracción del Derecho penal se convierte en el objeto o fin del hecho asociativo, esto es, pesa más la actividad ilegal que la legal porque su objeto social suele ser mera apariencia (empresas tapadera) para poder encubrir la realización de actividades delictivas.

69 NIETO MARTÍN, A.: “De la ética pública al *public compliance*. Sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 8, 2014, págs. 185-200.

En este sentido el art. 66 bis b) reserva la pena de disolución u otras medidas con carácter permanente o por un tiempo superior a cinco años “*cuando la persona jurídica se utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, se entenderá que se está ante este supuesto cuando la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal*” Esto es, cuando la actividad ilegal es más relevante, cuando su único fin de constitución es cometer delitos, cuando la forma societaria es un abuso de personalidad y un mero instrumento⁷⁰ procede a levantar el velo societario e imputar a la persona física que actúa en su interior: en estos casos la adopción expost de un programa de *compliance* no permite evitar las sanciones interdictivas (vid. art. 66 bis 1 y 2 CP)⁷¹.

En esta perspectiva puede entenderse la referencia a la existencia de una doble vía cuando se establece que, en el caso de personas jurídicas o cuyas actividades sean predominantemente lícitas, es aplicable todo el sistema y por lo tanto la evaluación de la existencia de interés y ventaja, mientras que en el caso de entidades predominantemente o exclusivamente ilegales se aplicara automáticamente las consecuencias accesorias.

La diferencia entre ambos entes colectivos *ontológicamente lícitos/ontológicamente ilícitos* aparentemente justifican diferentes vías sancionatorias. Pero tal vez, es esta una clasifi-

70 Vid el FJ Trigésimo Sexto de la STSJV (Sala Civil y Penal), núm. 2/2017 de 8 de febrero. Caso Gürtel, Pieza Fitur, Asociación ilícita en concurso con prevaricación administrativa, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, falsedad documental y cohecho. Trama empresarial creada ex profeso para obtener y manipular concursos públicos de la Generalitat en diversas ferias de turismo y otros eventos ligados a éstas.

71 En la STS 29 de febrero de 2016 señalaba que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no está realmente diseñado para las entidades del art. 129 (supervisión de subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen colmará todo el reproche de la conducta, que podrá complementarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales y, en su caso, la mera declaración de su inexistencia con la ulterior comunicación al registro.

cación bipartita que responde a una época en que las diferencias tal vez estuvieran claras, actualmente sin embargo como, señala Tommaso Guerini⁷² debido a la crisis conceptual que caracteriza la postmodernidad tal modelo heurístico ya no parece ser capaz de explicar las múltiples interferencias entre estos dos ideales. Un ejemplo de esta confusión conceptual que caracteriza la compleja relación entre el Derecho Penal y los entes colectivos es la posibilidad de ampliación de responsabilidad penal e imposición de las penas del art. 33.7 y consecuencias accesorias del 129 por los delitos asociación ilícita (art. 520) y de organización y grupos criminales (art. 570 ter) y es también en materia de corrupción donde las dos visiones de delincuencia organizada y criminalidad de empresa corren el riesgo de confundirse⁷³.

Tras la reforma del LO 1/2015 se ha estrechado esta relación entre delincuencia organizada y corrupción, de ahí la inclusión de la Disposición Común del art. 445 que sanciona los actos preparatorios para cometer los delitos comprendidos en el Título XIX, que pasan a castigarse con la pena inferior en uno o dos grados. Simultáneamente también se reforma el acto preparatorio de proposición que pasa a considerarse como la conducta de quién ha resuelto cometer un delito invita a otras u otras personas a participar en él (art. 17.2 CP). Estos actos preparatorios comparten características con los delitos asociativos pero care-

72 A quien agradezco sus comentarios y sugerencias realizados personalmente y con motivo del seminario organizado conjuntamente con Prof. Gaetano Insolera sobre “La Proba del método Mafioso. Il paradigma de Mafia Capitale (Sentenza Tribunale di Roma Sent. 20 luglio 2017)” organizado por el Dipartimento di Scienze Giuriche A. Chicu y Scuola di Giurisprudenza, 21 de febrero 2018. Vid GUERINI, T.: *Diritto Penale ed enti collettivi. L' estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione ed governo dell'economia*. Giapichelli Editore. Torino 2018

73 Vid. el acertado planteamiento de NEIRA PENA, A: “Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas. Comentario del Auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN”, *Diario La Ley*, N° 7768, Sección Tribuna, 3 Ene. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY. Dicho Auto dio lugar a la STS STS 129/2016, núm. 154/2016: sobre responsabilidad penal de personas jurídicas.

cen de la exigencia de una organización más o menos estable y sobre todo estructurada.

En principio, el legislador no está pensando en castigar solo los actos preparatorios respecto al delito de cohecho, sino en todo el Título en general (conspirar para cohechar, para prevaricar, etc.). Para Alonso Rimo la razón genérica de castigar esta clase de actos preparatorios de hecho ajeno puede responder a la mayor peligrosidad objetiva que se deriva de un acuerdo o sinergia de voluntades y a la posible pérdida de control del curso causal de un hecho. No obstante, la expresa previsión de la Disposición Común del art. 445 en el Título XIX sorprende porque muchos de los delitos allí contemplados son meros delitos de peligro: y es más, un número importante sancionan en sí mismo modalidades típicas de concertación o acuerdos o el mismo intento de alcanzar un acuerdo o la misma proposición (art. 430 CP). En este sentido, es como si el CP admitiera la posibilidad de castigar la preparación de la preparación (el castigo de coautorías anticipadas o de simples resoluciones manifestadas —obviamente no dirigidas directamente al funcionario— que ponen de algún modo de relieve la voluntad de delinquir más allá de las simples conjeturas). De hecho, lo hace en múltiples ocasiones expresamente. No obstante, todo apunta a que el legislador sancionando los actos preparatorios en el Título XIX busca castigar autores peligrosos más que hechos peligrosos⁷⁴.

En relación al delito de cohecho la expresa previsión da por finalizada las discusiones doctrinales sobre si en este delito podría apreciarse a no la tentativa en tanto que delito de mera actividad o la misma tentativa imposible, fundamentalmente en aquellos casos en que se recurre a la figura del agente provocador para obtener algún tipo de prueba⁷⁵. Todos estos actos pasan a la categoría de actos preparatorios.

74 ALONSO RIMO, A.: “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4 2017. Recurso electrónico <http://www.indret.com/pdf/1337.pdf>

75 Vid. STS 702/1997, de 20 de mayo.

Por otra parte, qué duda cabe que la tipificación de conductas preparatorias promueve que se pueda iniciar mucho antes, a partir de indicios con referente valorativo mucho más adelantados, la investigación policial (tecnológica o no) y también la aplicación de medidas cautelares, etc. De hecho, según se suele afirmar, es uno de los principales objetivos del legislador en punto al castigo de conductas preparatorias (autorizar medidas de investigación y de prevención fáctica).

El adelantamiento de la barrera de punibilidad/tipicidad permite que los tipos penales sean funcionales o instrumentales a determinadas técnicas de investigación e instrucción procesal. Como dice Gatta la conspiración es el instrumento más eficaz “la flor más apreciada del jardín del fiscal” para perseguir en un solo proceso a todos los participantes y simplificar en gran medida la carga de la prueba explotando la vaguedad del tipo penal, influyendo en gran medida en la inclinación del acusado a negociar la pena, tal vez después de haberse prestado el mismo para la narración de los hechos, contra los coacusados en procura de un descuento importante en términos de penalización⁷⁶.

10. Conclusiones

La transparencia aparece como un objetivo prioritario de las actuales reformas comunitarias sobre contratos públicos y comprende mecanismos de responsabilidad, de prevención de conductas ilícitas y un control eficaz del procedimiento de adjudicación. El bloque normativo, persigue eliminar las restricciones a las libertades fundamentales y favorecer una competencia no falseada y lo más amplia posible en todos los Estados miembros⁷⁷.

76 Vid. GATTA G.L.: “La repressione della corruzione negli Stati Uniti. Strategie politico-giudiziarie e crisi del principio de legalità”, *Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, núm 3, luglio-septiembre 2016, págs.1281-1318.

77 Vid. MEDINA ARNAIZ T.: “La aplicación de las prohibiciones de contratar del TSJE”, en *Las nuevas Directivas de contratación pública* (X Congreso

De ahí que el Artículo 71.1) LCSP contemple la imposición de una prohibición de contratar a quienes hayan sido condenados mediante sentencia firme, entre otros delitos, por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, financiación ilegal de partidos, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables y a aquellas cuyos administradores o representantes lo sean de hecho o de derecho vigente su cargo o representación y que hasta su cese se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

En consecuencia, en el ámbito administrativo la prohibición para contratar puede ser la ejecución de una sentencia penal o un efecto penal derivado de la condena por determinados delitos y cuya naturaleza jurídica es discutible.

En orden a su finalidad, más allá de su perfil de prevención especial, presenta fuertes connotaciones de prevención general, incluso hay comentaristas que señalan que dada su especial afflictividad persigue preservar la imagen y reputación de la Administración Pública que pudiera resultar comprometida estableciendo relaciones negociales con sujetos que hubieran sido condenados por delitos de especial gravedad.

En el ámbito penal, y en relación a las personas físicas puede ser impuesta con carácter de accesoria como una modalidad de pena de inhabilitación especial para otro derecho en relación al delito de Alteración de precios en concursos y subas-

Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo), José María Gimeno Feliu, Isabel Gallego Corcolles y otros. Observatorio de los Contratos Públicos. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2015. Págs. 383 y ss.

tas públicas, cohecho activo, tráfico de influencias, fraudes a la Administración Pública y delito de corrupción en las actividades económicas internacionales.

Igualmente, se contempla como consecuencia accesoria prevista para personas jurídicas en relación al delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas, cohecho activo, delito de corrupción en las actividades económicas internacionales, siendo opcional en delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

En el resto de los delitos susceptibles de dar lugar a la responsabilidad penal directa y, a salvo de que por las circunstancias allí expresadas entre en juego lo dispuesto en el art. 129 del CP, la prohibición de contratar con el sector público queda condicionada a que se cumplan las exigencias del art. 66bis.

Para finalizar, solo me resta decir, algo que es por todos sabido, que las causas de la corrupción y otras formas de delincuencia que exigen la exclusión de los operadores económicos no se encuentran solo en el sector privado. Es evidente, que la corrupción no tendría lugar si los representantes políticos, funcionarios y los agentes de contratación pública fueran todos honestos, ya que en esas condiciones se reduciría el soborno y no habría necesidad de inhabilitar a los proveedores como medio de asegurar la integridad en el proceso de contratación pública. Para las organizaciones internacionales, que ven desoídas su recomendaciones de buen gobierno, la inhabilitación tiene sentido como una estrategia para disciplinar a las empresas que operan en el comercio internacional, pero no va a resolver los problemas en materia de contratación pública.

La inhabilitación de los contratistas y licitadores proveedores nunca es una completa solución contra la corrupción, puede ser hasta cierto punto una herramienta importante. Con independencia de lo que especifican los procedimientos de contratación pública y qué barreras de integridad técnicas se ponen en marcha, en la práctica siempre hay factores informales que influyen en la asignación de contratos, sobre todo cuando están

en juego grandes empresas o holdings a los que difícilmente alcanzará la prohibición.

La inhabilitación o exclusión de los operadores económicos como una estrategia de promoción de la integridad de los procedimientos funciona (es decir, cuando hay una probabilidad de facto de ser excluido), por el efecto que tiene sobre el número de empresas que compiten en el mercado. Cuando hay muchos competidores, el costo de excluir a un competidor es bajo, ya que cada proveedor puede ser reemplazado. A medida que el número de empresas competidoras disminuye, la inhabilitación se convierte en una herramienta eficaz para disuadir la corrupción. Pero con pocos proveedores en el mercado, sin embargo, la aparición de cárteles se convierte en una nueva amenaza. Si la colusión se produce y es la estrategia preferida, las actividades de monopolio volverán a imponer su precio a la sociedad.