

Goya, 129, 4º dcha.
28009 Madrid
Tel.: +34 914449333
Fax: +34 914022400

OPINION JURÍDICA

Manuel Ollé Sesé, Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho, de la Universidad Complutense de Madrid, y abogado en ejercicio, emite esta opinión jurídica a instancia del Club Náutico de Ibiza (en adelante, CNI). Opinión que se efectúa de acuerdo con los antecedentes que me han sido facilitados por el referido CNI.

I.- ANTECEDENTES

Los antecedentes fácticos y jurídicos que me han facilitado son los que se narran seguidamente.

El 9 de julio de 2022, se publicó en el Boletín Oficial de las Islas Baleares una resolución de la Autoridad Portuaria de Baleares por la que se anunciaba el concurso público para la gestión de una instalación náutica en régimen de autorización administrativa para pequeñas y medianas esloras en el puerto de Ibiza, la elección de la solución más ventajosa y el otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa.

Se presentaron dos ofertas, una de ellas por parte de una compañía cuyo administrador de hecho y propietario real de la mercantil ofertante había sido condenado por la sentencia número 22/2023, de 13 de diciembre, dictada por Sala de lo Penal, de la Audiencia Nacional, Sección Primera¹. Dicha persona es identificada en la referida sentencia, obtenida de la base de datos del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ), con el nombre de José Francisco.

La sentencia se dictó con la conformidad de los acusados, es decir, estos, reconocieron los hechos, y asumieron la calificación delictiva y la pena de la acusación particular y del Ministerio Fiscal².

En esencia, de acuerdo con el relato histórico de la sentencia, se declaró probado que los acusados “puestos de común acuerdo y al objeto de obtener un beneficio ilícito en

¹ Dimanante del Rollo de Sala: Procedimiento Abreviado 4/2022, origen del procedimiento abreviado 76/2017, del Juzgado de Instrucción número 3. V. Roj: SAN 6582/2023- ECLI:ES:AN:2023:6582. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

² Antecedente de Hecho, segundo y tercero; hecho probado 6 y Fundamento Jurídico primero.

perjuicio de la entidad [...] y de los acreedores de esta última, idearon un plan consistente en elaborar documentos mendaces, al objeto de aparentar documentalmente la existencia de una relación contractual entre ambas entidades mercantiles, consistente en determinados trabajos de planificación y de urbanización”³. Documentos mercantiles *ad hoc* “por entero falaces” que fueron fabricados en “fecha muy posterior a la que figura en los mismos, y los fines ilícitos indicados [...] fueron presentados junto con la demanda con el propósito de crear una falsa apariencia de veracidad y provocar error en el juzgador”⁴. Todos los documentos se presentaron en el Tribunal competente de Gdansk, Sección IX económica.

La sentencia calificó los hechos probados respecto de José Francisco como de “[u]n delito continuado de **falsedad en documento público cometido por particulares**, del artículo 392. 1 en relación con el artículo 390. 1. 2º del Código Penal en concurso medial conforme al artículo 77.1 y 3 del Código Penal, con un **delito continuado de estafa procesal agravado** por la cuantía, en grado de tentativa, de los artículos 248 y 250. 1. 5 y 7, 16 y 74 del Código penal”⁵. Estimó su intervención en concepto de **autor**⁶. Aplicó, en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la “atenuante de dilaciones indebidas, prevista en el art. 21. 6ª CP, y la atenuante de analógica de reconocimiento tardío de los hechos, prevista del artículo 21. 7ª en relación con el número 4ª del mismo precepto”⁷. Y **condenó** a José Francisco, “por un **delito continuado de falsedad en documento público cometido por particulares en concurso medial con un delito continuado de estafa procesal agravado** por la cuantía, en grado de tentativa, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas y de la atenuante analógica de reconocimiento tardío de los hechos, a las penas de 11 MESES DE PRISION, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE 4 MESES Y 20 DIAS, con una cuota diaria de 5 euros, que llevará consigo una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas”⁸.

II.- CUESTION JURÍDICA PLANTEADA

Por el CNI se me solicita que emita opinión jurídica sobre:

- i) Si la vigente condena impuesta por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a José Francisco por el delito continuado de falsedad en documento público en concurso medial con un delito continuado de estafa agravado, se puede considerar como un delito de “fraudes”, a efectos del artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo

³ Hechos probados de la sentencia.

⁴ *Ibid.*

⁵ Fundamento Jurídico, segundo. Negrita añadida.

⁶ Fundamento Jurídico, tercero.

⁷ Fundamento Jurídico, cuarto.

⁸ Fundamento Jurídico, quinto y fallo de la sentencia.

2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014⁹ (en adelante, LCSP).

- ii) Qué órgano es el competente para verificar y determinar si concurre o no prohibición para contratar y sus consecuencias.

III. OPINION

1. Artículo 71 LCSP. Prohibiciones de contratar. Requisitos

El referido artículo 71 de la LCSP enumera las *circunstancias* que prohíben contratar con el sector público a “las personas en quienes concurra alguna de” ellas. La primera de estas *circunstancias*, la describe en la letra *a*), del párrafo primero:

“a) 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 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.

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”.

El catálogo de delitos del artículo 71 de la LCSP es más amplio que los delitos previstos en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, que se transponen en la Ley 9/2017.

La norma transcrita exige tres requisitos para prohibir contratar a una persona en el sector público: i) que haya sido condenada por sentencia firme; ii) que la condena haya sido por algunos de los delitos enumerados en la letra *a*) o, alternativamente, sea cual sea el delito objeto de condena, que la pena impuesta sea la de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio; y iii) que el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica ofertante haya sido condenado por sentencia firme (último inciso de la letra *a*).

⁹ Boletín Oficial del Estado número 272, de 9 de noviembre de 2017. Entrada en vigor el 9 de marzo de 2018.

Es indudable que el primero de los requisitos concurre, al ser firme la sentencia número 22/2023, de 13 de diciembre¹⁰. Y es incuestionable, igualmente, que la tercera de las exigencias también converge: José Ramón ha sido condenado en sentencia firme y, a su vez, es el administrador de hecho de la compañía ofertante¹¹.

En relación con el segundo de los presupuestos que prohibirían la contratación, es indiscutible que el delito de falsedad en documento público esta extramuros de los delitos *nomen iuris* listados en la letra a) cuya condena se laza como circunstancia que prohibiría la contratación. Sin embargo, la condena por el delito de estafa (procesal) presenta problemas hermenéuticos que requieren de una labor interpretativa para determinar si el delito de estafa está comprendido en ese catálogo delictual y, en concreto, en el término *fraudes*.

2. El término fraudes en el Código Penal

El artículo 71 LCSP, como he anticipado, establece *numerus clausus* sobre el delito objeto de condena. Solo si es uno de los tipos de injusto que enumera la norma, o siendo otro distinto si la pena impuesta es la referida de la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, se prohibirá al ofertante contratar. El repetido artículo 71 LCSP enumera diecisiete categorías de delitos, como he transcrito en el ordinal anterior. De éstas, dieciséis categorías son perfectamente identificables en el Código Penal por su *nomen iuris*, al corresponderse el tenor literal del LCSP con la denominación de un título, capítulo o sección del libro II del Código Penal.

Sin embargo, existe una categoría delictual que puede aflorar dudas. Es la referida, en la letra a), del párrafo primero del artículo 71 LCSP, a los “delitos” de “fraudes”. A diferencia del resto de categorías no existe en el Código Penal ningún delito que se denomine “fraudes”, ni ningún título, capítulo o sección con ese único nombre.

El Código Penal sí tipifica determinadas conductas (estafas, administración desleal, apropiación indebida y defraudaciones de fluido eléctrico y análogas) que engloba sistemáticamente en el Capítulo VI denominado *de las defraudaciones*, inserto en el Título XIII, del Libro II “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. También, el Código Penal tipifica en el Capítulo VIII los delitos *de los fraudes y exacciones ilegales* (artículos 436 a 438 del Código Penal), insertos en el Título XIX o “delitos contra la Administración Pública”.

¹⁰ Así lo expresa el fallo: “[n]otifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, al haber sido declarada firme, tras manifestar las partes su intención de no recurrir”.

¹¹ Sin perjuicio de la responsabilidad penal de la persona jurídica prevista en el artículo 31 *bis*, siguientes y concordantes del Código Penal, el artículo 31 del mismo código sustantivo prevé la responsabilidad penal del administrador de hecho de una persona jurídica aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

La cuestión controvertida, por tanto, se traslada a determinar si la categoría delictual ambigua de “fraudes” que utiliza la LCSP incluye al delito de estafa y/o a los delitos de fraudes y exacciones ilegales.

En cuanto a los delitos de fraudes y exacciones ilegales, el artículo 436 del Código Penal tipifica la conducta de fraude en la contratación o en la liquidación de efectos o haberes públicos. Sujeto activo de este delito puede ser tanto la autoridad como el funcionario público que interviene en el acto por razón de su cargo (inciso primero del artículo 436 del Código Penal), pero también el particular que se hubiera puesto de acuerdo con la autoridad o el funcionario (inciso segundo del mismo precepto). La propia rúbrica de este precepto “De los Fraudes y [...]” y la condición de sujeto activo del particular, permiten afirmar que el artículo 436 del Código Penal está incluido en la categoría delictual “fraudes” enumerada en el artículo 71 LCSP.

Por lo que se refiere al delito de estafa, éste, como he anticipado, se inserta en el Capítulo VI, del Título XIII del Código Penal. El título se denomina “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” y el capítulo “De las defraudaciones”. Dentro de este capítulo se incluye en la sección 1ª las conductas tipificadas como “De las estafas”. El tipo de la estafa es un delito por esencia de fraude, que se materializa a través del engaño. Su comisión lesiona bienes jurídicos afectos tanto al patrimonio, como al orden socioeconómico. El precipitado de la defraudación es el fraude. Precisamente, la razón de la prohibición de contratar reside en la constatación de una condena previa en el ámbito penal, que afecta al orden socioeconómico, y que provoca una pérdida de confianza en la persona condenada, para contratar en el sector público.

En consecuencia, y, en primer lugar, la ubicación sistemática del delito de estafa y la consideración por el legislador de la naturaleza jurídica de las estafas como un delito de defraudación, hacen que el delito de estafa sea un delito de fraude.

En segundo lugar, la condena del llamado José Francisco, no es por el tipo básico de estafa, sino por el tipo agravado de estafa *procesal*. El propio Código Penal ofrece una interpretación auténtica de esta conducta: “los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero” (artículo 250.1. 7º, cursiva añadida).

La dicción literal de la definición típica de la modalidad de estafa procesal refleja que ésta adquiere incluso un plus de antijuridicidad por ser considerada esencialmente un “fraude procesal”. Fraude procesal que se encuadra también dentro del término plural acuñado por el artículo 71 LCSP “fraudes”. Precisamente la conducta de José Francisco consistió en fabricar fraudulentamente documentos falsos para incorporarlos a un procedimiento judicial.

La estafa procesal es un delito genuino de fraude. Se engaña a un juez, como sujeto pasivo del tipo de injusto, a través de perversas o falsarias manipulaciones probatorias que provocan en el juzgador error en su valoración, con la finalidad de que se dicte una

resolución no ajustada a la realidad y, por tanto, no ajustada a Derecho. Se comete fraude por parte del sujeto activo para obtener una resolución que no le corresponde en Derecho. La consideración de la estafa procesal refuerza la adscripción de este comportamiento al término genérico de *fraudes*.

En tercer lugar, el artículo 438 del Código Penal, instalado, como ya he apuntado, en el Capítulo VIII o “De los fraudes y exacciones leales”, del Título XIX del Código sustantivo, sirve también para la labor hermenéutica. Equipara en su entidad cualitativa a la estafa con el fraude de prestaciones a la Seguridad Social. Así, declara la responsabilidad penal de la “autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún *delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social* del artículo 307 ter” (cursiva añadida). El legislador penal insiste, de nuevo, en la estafa como fraude.

En cuarto lugar, es plausible estimar que si el legislador de la Ley 9/2017 –salvo responsabilidad omisiva en su labor– hubiera querido circunscribir la prohibición de contratar en relación con los fraudes exclusivamente al artículo 436 habría añadido alguna especificidad típica propia, dada la amplitud del término normativo elegido. Por ejemplo, pudo acotarlo a fraudes en la contratación o en la liquidación de efectos o haberes públicos, pero no lo hizo. La LCSP renuncia a señalar un concreto tipo penal de fraude y opta por una denominación común y general en la que se integran los tipos penales constitutivos de *fraudes*. Sin duda, uno de ellos, de acuerdo con la interpretación auténtica que hace el Código Penal es la estafa. Este tipo de injusto se encuadra por el legislador en el capítulo llamado “De las defraudaciones”.

En quinto lugar, el propio artículo 436 del Código Penal equipara fraude a *defraudación*, al castigar a la autoridad o funcionario público que no solo se concertase con los interesados en una contratación pública o en una liquidación de efectos o haberes públicos, sino que “usase de cualquier otro artificio para *defraudar* a cualquier entre público” (cursiva añadida). Y, como hemos advertido, la estafa es una defraudación.

El silogismo del legislador de la Ley 9/2017 es claro. La LCSP prohíbe la contratación a los condenados por delitos de *fraudes*. Se remite incontestablemente al Código Penal para determinar qué son los *fraudes*, como ley orgánica exclusiva donde se definen las conductas constitutivas de fraude. El Código Penal encuadra dentro de la naturaleza jurídica de fraude tanto a los *fraudes* del artículo 436 del Código Penal, como a aquellos comportamientos susceptibles de ser tipificados como delitos de estafa y, con mayor motivo, por su especial particularidad, la estafa procesal. La estafa se ha erigido, desde siempre, como un delito de defraudación.

Por último, no es nada despreciable advertir que el contexto empresarial y profesional en el que se cometieron los hechos, de acuerdo con el *factum* de la sentencia, y que afectaba directamente a José Francisco como empresario, pudo provocar que, de acuerdo con los artículos 39 y 56.3 del Código Penal, se le impusiera a éste la pena accesoria de inhabilitación especial para la actividad empresarial, profesional, industria y comercio relacionada con su actividad empresarial y profesional tanto fuera por su propia cuenta como representante de una persona jurídica. Condena que no fue impuesta. En caso

contrario, José Francisco habría incurrido en la prohibición de contratar, de acuerdo con el último inciso del artículo 71.1 a) de la LCSP.

3. Órgano es el competente para verificar y determinar si concurre o no prohibición para contratar y sus consecuencias

En la segunda pregunta se me plantea qué órgano debe verificar y determinar la concurrencia de la prohibición para contratar si concurre alguna de las causas que lo impide.

La sentencia condenatoria de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no se pronuncia al respecto. Tampoco es su fusión. El órgano de contratación puede y debe apreciar directamente la prohibición de contratación, cuya consecuencia, si estima que concurre alguna de las causas, sería, lógicamente la prohibición de contratación para el ofertante en todo el sector público. Sin embargo, cualquier duda al respecto que asaltase el órgano de contratación, deberá despejarla siguiendo el procedimiento administrativo que corresponda y, en su caso, evacuando las consultas jurídicas regladas pertinentes.

En cualquier caso, la decisión y responsabilidad última de decidir si existe causa de prohibición corresponderá al órgano de contratación, en nuestro caso, a la Autoridad Portuaria de Baleares.

IV.- CONCLUSIONES:

Primera. - El artículo 71 de la LCSP prohíbe contratar a las personas condenadas por sentencia firme por, entre otros, delitos de *fraudes*.

Segunda. - El término *fraudes* es ambiguo. Incluye los delitos contemplados en el capítulo VIII del Código Penal, denominado *De los fraudes y exacciones ilegales* (artículos 436 a 438 del Código Penal), inserto en el Título XIX, del Libro II.

Tercera. - El término *fraudes* también puede incluir el delito de estafa (artículos 248 a 251 *bis* del Código Penal) y, en concreto, la estafa procesal, al configurarse ésta como un delito de defraudación, de acuerdo con el Capítulo VI, denominado *de las defraudaciones*, del Título XIII, del Libro II, del Código Penal.

Cuarta. - La decisión y responsabilidad de decidir si existe causa prohibitiva de la contratación derivada de una sentencia penal firme es del órgano de contratación, esto es, de la Autoridad Portuaria de Baleares.

Esta es mi leal opinión que someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

En Madrid a 11 de marzo de 2024.

Fdo. Dr. Manuel Ollé Sesé