

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 2 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2015 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Promoción:



Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL



PONTIFICIA
UNIVERSIDADE
CATOLICA DO PARANÁ



UNIVERSIDADE DA
CORUÑA



UNIVERSIDAD NACIONAL
DE ROSARIO



UNIVERSIDADE DE
SANTA CRUZ DO SUL



UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL SIGLO 21



INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU F. BACELLAR



UNIVERSIDAD DE
HUELVA



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL COMAHUE



FACULDADES
INTEGRADAS
DO BRASIL



UNIVERSITÀ
COMMERCIALE
LUIGI BOCCONI



ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD



UNIVERSITÀ LUM
JEAN MONNET



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción*

A pending issue: the ineffectiveness of contracts affected by corruption

CARLOS AYMERICH CANO**

Universidad de La Coruña (España)
aymcan@udc.es

Recibido el/Received: 25.04.2015 / April 25th, 2015
Aprobado el/Approved: 31.05.2015 / May 31th, 2015

RESUMEN

La obligación de anular o resolver los contratos públicos afectados por delitos de corrupción, reconocida sobre el papel, sigue siendo en la práctica una asignatura pendiente en el ordenamiento español. El trabajo analiza las cuestiones suscitadas por las escasas sentencias penales que anulan estos actos y contratos, apuntando las potencialidades de la figura del decomiso regulado en el art. 127 CP.

Palabras clave: contratación pública; corrupción; anulación; resolución; decomiso.

ABSTRACT

The obligation to nullify or terminate public contracts affected by corruption offenses, recognized on paper, in practice remains a pending subject in Spanish law. The paper analyzes the issues raised by the few sentences that nullify these acts and contracts, pointing out the potential of the confiscation figure regulated in the art. 127 CP.

Keywords: public procurement; corruption; annulation; termination; confiscation.

Como citar este artículo | How to cite this article: AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul/dic. 2015. DOI: www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5162.

* Este trabajo fue desarrollado en el marco del proyecto internacional de investigación financiado "Prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública: instrumentos administrativos y penales" (Programa CAPES/DGPU de Cooperação entre Brasil e Espanha - Edital nº 40/2014), coordinado por la Universidade da Coruña-Espanha y por la UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, y en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada "Buena Administración y nuevos retos de la contratación pública: una perspectiva internacional y comparada", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, 2014 (ref.: DER2013-42210P).

** Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña (La Coruña, España). Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña.



SUMARIO

1. La obligación de dejar sin efecto los contratos derivados de actos de corrupción; **2.** La anulación de actuaciones administrativas por la jurisdicción penal como cuestión prejudicial administrativa no devolutiva; **3.** La anulación de actuaciones administrativas como manifestación de la competencia civil adhesiva del juez penal; **4.** Un caso excepcional: la jurisdicción penal se declara incompetente para anular actuaciones administrativas; **5.** Conclusión: la anulación de actos y contratos administrativos como decomiso de los productos del delito (art. 127, CP); **6.** Referencias.

1. LA OBLIGACIÓN DE DEJAR SIN EFECTO LOS CONTRATOS DERIVADOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

Tanto la Convención de la OCDE contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)¹, como el Convenio Civil en materia de corrupción del Consejo de Europa (1999)² y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004)³ recogen la obligación de dejar sin efecto los contratos derivados de actos de corrupción, también prevista por el art. 73 de la nueva Directiva de contratación pública y el 44 de la de Concesiones. Ambas, en efecto, disponen que los Estados miembros deben dotar a los poderes adjudicadores de la potestad de resolver los contratos y concesiones cuando el contratista haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de, entre otros, delitos de corrupción o, en todo caso, cuando *“el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la presente Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE”*. La obligación había sido ya introducida en 2007 en la Directiva de recursos⁴ y, previamente, declarada por la Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2003⁵, confirmada por la de 18 de julio de 2007⁶.

Sobre el papel, el ordenamiento español ya cumple con este mandato. En efecto, el art. 32 TRLCSP enumera como causas de nulidad de los contratos públicos *“las indicadas*

¹ Cfr., art. 3.3 de esta Convención y párrafos 21 y 22 de los comentarios elaborados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

² Cfr., art. 8 del Convenio que, bajo el expresivo título de *“Validez de contratos”*, dispone que *“cada Parte dispondrá en su Derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción”*.

³ El artículo 34 de la Convención, bajo el título *“Consecuencias de los actos de corrupción”*, establece que *“Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”*.

⁴ Art. 2 quinquies.

⁵ As. C-20/01 y 28/01, Comisión c. Alemania.

⁶ As. C-503/04, en relación con el incumplimiento por Alemania del fallo de la sentencia anterior.



en el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre” – entre las que se incluye, como es sabido, la de que los actos “sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta” [art. 62.1.d) LPAC] – y, entre otras, hallarse incurso el contratista “en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 60” – precepto éste que hace referencia tanto a los delitos de corrupción (art. 60.1.a) como a las situaciones de incompatibilidades y conflictos de intereses regulados en la legislación de empleo público, altos cargos e incompatibilidades (art. 60.1.f). Por lo demás, la anulación de un acto preparatorio o del acto de adjudicación “llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación” (art. 35.1 TRLCSP). El problema, sin embargo, estriba en la falta de efectividad de estas previsiones legales, especialmente en lo que se refiere a la exclusión de la contratación pública de las empresas incurso en prácticas corruptas declaradas en sentencia firme⁷ y a la anulación y consiguiente resolución de los contratos adjudicados como consecuencia de prácticas corruptas. Para sorpresa e indignación de la opinión pública, la condena penal de los responsables de delitos de cohecho, prevaricación, malversación de caudales públicos o tráfico de influencias no se ve seguida, con carácter general, por la anulación y consecuente liquidación de los contratos afectados ni tampoco del decomiso de las ganancias o beneficios derivados de los mismos.

Así las cosas, si la misma sentencia que declara la existencia del delito y condena a sus responsables decretase la nulidad del contrato o acto afectados se evitaría el riesgo de resoluciones contradictorias al tiempo que se aseguraría el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones y, además, también sin costes indebidos. Por otra parte, si se acepta que el planteamiento de una cuestión prejudicial desde la jurisdicción penal para la anulación por la contencioso-administrativa de un acto o contrato sólo sería procedente de no haber caducado el plazo para su impugnación⁸, la anulación directa por la jurisdicción penal sería, en la gran mayoría de los casos, la única vía practicable

⁷ Recuerda Medina Arnáiz (cfr., MEDINA ARNÁIZ, T. Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Coords.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2014. p. 334) que no fue declarada incurso en prohibición para contratar ninguna de las empresas que, según declara como hechos probados la STS de 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán), pagaron al director general de la Guardia Civil elevadas comisiones por obras o servicios, algunos de los cuales ni siquiera se llegaron a prestar. Lo mismo sucedió con las empresas que, de acuerdo con los hechos probados de la STS de 28 de marzo de 2001 (caso Urralburu), pagaron también importantes comisiones al presidente del gobierno navarro a cambio de la adjudicación de contratos.

⁸ De acuerdo con Gimeno Sendra, el tribunal penal no podría sugerir a las partes el planteamiento de una cuestión prejudicial devolutiva que implicase la interposición extemporánea de un recurso contencioso-administrativo que, en cualquier caso, la jurisdicción contencioso-administrativa debería inadmitir (cfr., GIMENO SENDRA, V. Estudio preliminar. Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal. In: BALLBÉ MALLOL, Manuel; PADRÓS REIG, Carlos (Dir.). *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 2004. p. 29). Morcillo Moreno (cfr., MORCILLO MORENO, J. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2007. p. 105) sostiene, por el contrario, que el planteamiento por el juez penal de una cuestión prejudicial devolutiva reabre el plazo para la impugnación de la actuación cuestionada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.



para alcanzar ese resultado, excepción hecha de la revisión de oficio que, como su nombre indica, depende de un impulso político y administrativo no siempre presente. Sin embargo, la posibilidad de que los actos y contratos puedan ser anulados directamente por la jurisdicción penal no está exenta de problemas y dudas.

2. LA ANULACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS POR LA JURISDICCIÓN PENAL COMO CUESTIÓN PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA NO DEVOLUTIVA

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 97/1994, de 18 de enero (caso "Burgos"), que condena al Alcalde, corporativos y funcionarios del Ayuntamiento de Burgos así como a un constructor por los delitos de prevaricación, falsedad documental, revelación de secretos, denegación de auxilio al autoridad y desacato, anula diversos acuerdos municipales de aprobación de instrumentos urbanísticos, concesión de licencias e incluso las escrituras públicas a las que accedió la nueva situación urbanística de las fincas. Reconociendo la complejidad de la cuestión, el tribunal acaba por afirmar la competencia anulatoria de la jurisdicción penal, considerando que, en esencia, se trata de un juicio de naturaleza administrativa realizado por un juez penal al amparo del art. 3 LECrim (es decir, de una cuestión prejudicial no devolutiva) de lo cual deriva, de acuerdo con ese mismo precepto, que esa decisión, adoptada a "*los únicos efectos de la represión*" podría ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa al carecer de fuerza de cosa juzgada.

Ciertamente, el hecho de que la norma administrativa aplicada sea el art. 47.1.b) LPA – antecesor del actual 62.1.d) LPAC – complica la cuestión, dada la remisión que este precepto realiza al Derecho Penal, en concreto, a la existencia de una sentencia condenatoria dictada por esa jurisdicción en cuyos hechos probados se declare que el acto o contrato administrativo en cuestión fue medio o consecuencia de una infracción penal. Por esa razón, rechazando el motivo impugnatorio aducido por el Ayuntamiento de Burgos en el sentido de negar la competencia de la jurisdicción penal para anular actuaciones administrativas, la sentencia concluye que, incluso en el caso hipotético de que tal argumento se estimase, "*el resultado prácticamente no conduciría a nada, (porque) la jurisdicción contencioso- administrativa estaría vinculada por lo declarado por el Juez penal*".

3. LA ANULACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS COMO MANIFESTACIÓN DE LA COMPETENCIA CIVIL ADHESIVA DEL JUEZ PENAL

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 742.2 LECrim, siempre que el ejercicio de las acciones civiles no haya sido expresamente reservado para un proceso posterior, el juez penal es competente para resolver "*todas las cuestiones sobre responsabilidad civil que*



hayan sido objeto de juicio". Por su parte, el art. 110 CP especifica que la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Frente a lo que inicialmente pudiese deducirse de la letra de estos preceptos, una jurisprudencia consolidada sostiene que esta "competencia civil adhesiva" del juez penal no se halla circunscrita al ámbito estrictamente resarcitorio sino que puede amparar también pronunciamientos sobre la validez de los negocios jurídicos relacionados con el hecho delictivo, en tanto que medios para su comisión o consecuencia del mismo⁹. Además, a diferencia de otros pronunciamientos civiles realizados a título prejudicial al amparo de lo dispuesto en el art. 3 LECrim, los que la sentencia penal contenga en materia de responsabilidad se dictan en ejercicio de una competencia propia y gozan, por tanto, de fuerza de cosa juzgada produciendo, como tiene declarado la jurisprudencia, la consunción de las correspondientes acciones que ya no podrán ejercitarse ante la jurisdicción civil¹⁰. Aun reconociendo sus ventajas, no deben obviarse los inconvenientes derivados de esta conversión de la competencia civil adhesiva del juez penal, limitada en principio al ámbito resarcitorio, en una potestad genérica de restauración del orden jurídico alterado por el delito que, como competencia de atribución, comprendería cuantos pronunciamientos estuviesen funcionalmente orientados al logro de esa finalidad. El riesgo se hace aún más evidente cuando el avance se produce sobre el terreno del Derecho Administrativo porque en éste, a diferencia de lo que sucede con el Civil, no puede sostenerse la existencia previa de ninguna "competencia administrativa adhesiva" que el juez penal pueda ejercer a título principal y de la que pueda partir una operación de ampliación como la reseñada.

Lo cierto es que la mayoría de las sentencias que anulan actos o contratos administrativos lo hacen en ejercicio de la potestad anulatoria integrada en la competencia civil adhesiva del juez penal. Tal es el caso de la Sentencia 155/2013, de 13 de mayo, de la Audiencia Provincial de Cádiz (caso "Asesores") en la que se condena al ex alcalde de Jerez y a otros miembros de esa corporación municipal por la comisión de un delito continuado de prevaricación en concurso con malversación continuada de caudales

⁹ Cfr., ARNÁIZ SERRANO, Amaya. *La acción civil en el proceso penal: elementos objetivos*. Madrid, 2004. 503 f. Tesis (Doctorado) – Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. p. 315

¹⁰ Refiriéndose a la responsabilidad civil, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1988 declara que "cuantas acciones tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos siempre consuntivos de todas ellas". En todo caso, la doctrina civilista matiza el alcance de la consunción estimando que ésta sólo tiene lugar cuando el fallo de la sentencia contenga una declaración expresa sobre la invalidez o ineficacia del negocio. En todos los demás supuestos – cuando no se pronuncie sobre el particular o lo haga exclusivamente en la motivación – Yzquierdo Tolsada considera que las acciones subsisten y podrían ejercitarse ante la jurisdicción civil. Cf. YZQUIERDO TOLSADA, M. La responsabilidad civil en el proceso penal. In: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2014. p. 1194.



públicos a penas de cárcel e inhabilitación (penas elevadas por el TS en Sentencia 600/2014, de 3 de septiembre, al condenar a los acusados también por un delito de falsificación de documentos oficiales) por la contratación irregular de asesores políticos a través de dos empresas municipales. La única referencia que esta resolución contiene a la nulidad de estos contratos, en el fundamento dedicado a la responsabilidad civil y que luego se reitera en el fallo, es *“derivándose la nulidad de los contratos celebrados entre las partes a que se refieren los hechos declarados probados”*¹¹.

Esta aproximación privatista a la anulación de los contratos y demás actuaciones administrativas no está, sin embargo, exenta de problemas. Problemas derivados de la aplicación de las normas sustantivas civiles en detrimento de las específicamente administrativas – lo cual incrementa el riesgo de resoluciones contradictorias entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa¹² - y de las limitaciones que, a efectos de legitimación, resultan de concebir la nulidad de las actuaciones administrativas como una expresión más de la responsabilidad civil nacida del delito pues sólo los perjudicados por el delito o el Ministerio Fiscal podrían demandarla: en definitiva, un círculo de legitimados más estrecho de lo que resultaría, paradójicamente, de aplicar los, aparentemente más estrictos, criterios de legitimación propios del ordenamiento administrativo.

Muestra del primero de los problemas indicados es la Sentencia 73/2013, de 26 de julio, de la Audiencia Provincial de las Illes Balears, dictada en el conocido como caso “Scala”. La sentencia condena a un ex conseller, a un ex director general del gobierno balear, a la gerente del Consorcio de Desarrollo Económico de Baleares (CDEIB) y a otras 12 personas por los delitos de asociación ilícita, prevaricación, malversación, fraude a la Administración Pública, cohecho y falsificación de documentos públicos y mercantiles. El tribunal considera probado la existencia de una trama para desviar recursos públicos desde el CDEIB a través de contratos públicos adjudicados, sin procedimiento alguno, a empresas controladas por los cargos públicos condenados por medio de testaferros, el cobro de comisiones a los proveedores de bienes y servicios que, en muchas ocasiones, no llegaron a prestarse. Cuando la sentencia, en el ámbito de la responsabilidad civil,

¹¹ En el mismo sentido, la Sentencia 119/2004, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Lugo que condena al Alcalde de O Vicedo a por la comisión de un delito de prevaricación en concurso con malversación y falsificación de documentos públicos que, también en sede de responsabilidad civil, declara la nulidad de los contratos de compra de un solar propiedad del Alcalde y de venta de un inmueble municipal a un testaferro del Alcalde y posteriormente por éste a un tercero, reponiendo de este modo la titularidad municipal sobre el inmueble previo pago al tercer adquirente de la cantidad ingresada por el municipio con ocasión de la primera venta.

¹² Cabe plantearse la pregunta de si en estos casos los pronunciamientos de la jurisdicción penal gozan o no de fuerza vinculante, es decir, si se dictan a los *“meros efectos de la represión”* (art. 3 LECrim) dado que, no pronunciándose aparentemente a título prejudicial, no debería *“atemperarse”* – y de hecho no lo hace – a las normas sustantivas administrativas (art. 7 LECrim).



declara la nulidad de algunos de los contratos públicos celebrados por la red delictiva invoca, exclusivamente, el art. 1275 CC.

En lo que respecta a la legitimación, la ubicación de la nulidad dentro de la responsabilidad civil implica que ésta sólo pueda ser declarada si alguno de los perjudicados o el Ministerio Fiscal ejercita esta acción de acuerdo con lo dispuesto en las normas civiles. Por esta razón son tan escasas las declaraciones de nulidad de actos y contratos realizadas por la jurisdicción penal: salvo que haya cambios en la mayoría gobernante, la principal perjudicada por estos delitos – la Administración – se muestra muy remisa a demandar anulación alguna¹³. Por su parte, a falta de un criterio asentado, el Ministerio Fiscal actúa de forma errática, reclamando en unos casos nulidades que no demanda en supuestos análogos¹⁴. Las demás partes acusadoras, de existir, no estarían en principio legitimadas para ejercitar la acción de responsabilidad civil.

4. UN CASO EXCEPCIONAL: LA JURISDICCIÓN PENAL SE DECLARA INCOMPETENTE PARA ANULAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Sólo en un caso, el resuelto por la Sentencia 16/2012, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, un órgano de la jurisdicción penal se declaró expresamente incompetente para anular actuaciones administrativas, considerando que, de hacerlo, invadiría un ámbito que el art. 9.4 LOPJ reserva a la jurisdicción contencioso-administrativo.¹⁵ En efecto, tras situar las pretensiones anulatorias

¹³ Vid. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 537/2002, de 5 de abril. Se condena por prevaricación en concurso con tráfico de influencias a varios integrantes del gobierno municipal de Marbella por la celebración irregular de contratos de patrocinio de varios clubes y entidades deportivas a través del ayuntamiento marbellí o de la sociedad municipal "Eventos 2000". Sin embargo, al no haberse personado en la causa el Ayuntamiento de Marbella, el tribunal no estima la demanda de nulidad de los contratos celebrados: "la Sala no hace pronunciamientos sobre las responsabilidades civiles ni sobre las nulidades contractuales solicitadas, reservándose ello en su caso a la vía jurisdiccional correspondiente".

¹⁴ En el caso "Turismo", análogo al caso "Scala" ya analizado, ni la Fiscalía ni la Generalitat de Cataluña solicitaron la nulidad de los contratos. En efecto, la Sentencia de 13 de octubre de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona no contiene pronunciamiento alguno sobre la nulidad de los contratos, al no haber sido ésta solicitada ni por la Generalitat ni por el Ministerio Fiscal.

A la misma conclusión se llega tras comparar la Sentencia del caso "Asesores", ya referida, con la 273/2014, de 16 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense en el caso "Baltar", que condena al ex presidente de la Diputación Provincial de Ourense a nueve años de inhabilitación especial para cargo público como responsable de un delito continuado de prevaricación por la contratación de 104 personas con infracción de los principios básicos rectores de la contratación pública y del acceso al empleo público sin anular, sin embargo, ninguno de esos contratos y rechazando, además, la reclamación indemnizatoria formulada por la acusación particular.

¹⁵ La sentencia condenó al ex Alcalde popular de Torreveja por un delito continuado de prevaricación y falsedad en documento oficial a tres años de prisión, siete meses de multa y siete años de inhabilitación especial para cargo electivo local por manipular el procedimiento de contratación de prestación del servicio de recogida de basura y limpieza viaria, a fin de que fuese adjudicado a una UTE encabezada por la empresa NECSO encargando directamente, entre otras actuaciones, un informe a un despacho vinculado con la empresa a fin de salvar los informes internos que aconsejaban dejar el concurso desierto.



formuladas por el Ministerio Fiscal en el ámbito de la responsabilidad civil e interpretar restrictivamente el alcance de esta “competencia civil adhesiva”¹⁶, la Sala considera que anular los contratos litigiosos supondría una invasión de competencias privativas del orden contencioso-administrativo que conllevaría la nulidad de lo actuado.

La particularidad del caso enjuiciado estriba en que al declararse el tribunal penal incompetente para anular el contrato éste devino inatacable al ganar firmeza el acto de adjudicación y no tener intención alguna el Ayuntamiento de Torrevieja, al menos en un primer momento, de revisar de oficio el contrato. Sólo quedaría la vía del recurso administrativo de revisión por la concurrencia del cuarto motivo de los enumerados en el art. 118.1 LPAC muy limitada, en todo caso, como consecuencia de la restrictiva interpretación que del mismo realizan la doctrina jurisprudencial y consultiva.

La sentencia rechaza, una por una, las razones en que la jurisprudencia funda la competencia de los jueces penales para anular actos y contratos administrativos. Niega, en primer lugar, que la “competencia civil adhesiva” pueda amparar la anulación de contratos administrativos porque el art. 62.1.d) LPAC es una norma administrativa, no civil, cuya aplicación corresponde, en exclusiva, a la jurisdicción contencioso-administrativa, aludiendo de paso a las peculiaridades propias de la declaración de nulidad en el Derecho Administrativo¹⁷.

¹⁶ “Según dispone el artículo 110 del Código Penal y el 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acciones civiles ejercitables en el proceso penal son tan sólo la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales causados por el hecho ilícito”.

¹⁷ Éste argumento, coincidente con las razones aducidas por autores como Bauzá Martorell – cfr., “BAUZÁ MARTORELL, F. El acto administrativo: entre nulidad y delito (la anulación de actos administrativos por el juez penal). *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, vol. 41, n. 163, p. 217-251, abr./jun. 2014. –, merece una consideración especial. Ciertamente, los efectos de la nulidad en el Derecho Administrativo presentan matices y peculiaridades que difícilmente pueden ser aprehendidas en los pronunciamientos contenidos en las sentencias penales. En efecto, tanto el art. 106 LPAC – bajo el título de “límites de la revisión” – como el 38.2 TRLCSP permiten mitigar los efectos de la nulidad de actos y contratos administrativos permitiendo incluso, respecto de éstos últimos, que la concurrencia de una causa de nulidad no impida el mantenimiento de los efectos del contrato si existiesen “razones imperiosas de interés general que lo exijan”. Sin embargo estas limitaciones sólo operan en el ámbito de la revisión administrativa de dichos actos y contratos, sin afectar a la eficacia de las sentencias dictadas por jueces y tribunales. Esta interpretación deriva tanto de la literalidad de las normas citadas y de su ubicación sistemática como de la constatación de que interpretarlas de otro modo supondría establecer un supuesto de inejecución de las sentencias contencioso-administrativas no previsto en la LJCA de 1998 – en realidad supondría una vuelta al sistema de la LJCA de 1956 tal y como éste era aplicado antes de la CE de 1978 – y, en cuanto a las dictadas por los jueces y tribunales penales, claramente incompatible con la declaración general contenida en el art. 18 LOPJ directamente derivada del art. 118 CE. Ni el juez penal ni el contencioso-administrativo están sujetos a los límites que, en nombre de la seguridad jurídica y del interés general, debe observar la Administración cuando revisa sus propios actos. Respecto de las limitaciones derivadas de la seguridad jurídica, la razón es clara: frente a los plazos fijados por las leyes procesales para el ejercicio de acciones penales y administrativas – especialmente breves en este último caso – la potestad administrativa de revisión de oficio de actos nulos puede ser ejercida “en cualquier momento” (art. 102.1 LPAC) lo cual impone, bien se comprende, límites al alcance de una declaración de nulidad que puede afectar a situaciones temporalmente consolidadas. Por lo que se refiere a los condicionantes derivados del interés general, éstos operan en vía jurisdiccional de una forma distinta a lo establecido para la vía administrativa: si en ésta lo hacen a través de la previa declaración de lesividad (art. 103 LPAC) y de la limitación o exclusión de los efectos de la declaración de nulidad (art. 106 LPAC y 38.2 TRLCSP), en aquélla deben hacerlo por medio de



Niega también que esta norma pueda ser aplicada, a título principal por los jueces y tribunales penales, Opinión fundada en sólidos argumentos ya que cuando ejercen su competencia civil adhesiva, los jueces penales no actúan *incidentaliter* sino a título principal, en ejercicio de una competencia propia. Sin embargo, nada impediría que el alto tribunal valenciano pudiese, si tal fuese su voluntad, aplicar a título prejudicial el art. 62.1d) LPAC. Da la impresión de que lo que el tribunal quería evitar a toda costa era la anulación de uno de los contratos litigiosos, en concreto, el de mayor valor económico y más larga duración¹⁸. Y en esto la sentencia no se aparta de la práctica de los tribunales españoles que, hasta el momento, han reservado su potestad anulatoria para contratos de escasa cuantía económica.

Mas, como si de una fábula se tratase, la historia termina con moraleja. El 16 de enero de 2014¹⁹, el *Consell Juridic Consultiu* valenciano informó favorablemente, a instancia del Ayuntamiento de Torrevieja, la resolución del contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y mantenimiento de la costa del término municipal de Torrevieja por las “*reiteradas deficiencias en la prestación por la concesionaria de los servicios contratados*” que afectan a todas las prestaciones objeto del contrato. Es decir, diez años después de haber sido adjudicado el contrato y tras numerosos incumplimientos, el Ayuntamiento procede a su resolución. Parece lógico preguntarse si no hubiese sido mejor – en términos de justicia y de eficiencia, en definitiva, de buena administración – que el contrato hubiese sido anulado por la sentencia que comentamos.

5. CONCLUSIÓN: LA ANULACIÓN DE ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO DECOMISO DE LOS PRODUCTOS DEL DELITO (ART. 127, CP)

Todos los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción se fundan en el principio de que la corrupción no puede ser rentable y que, por consiguiente, los Estados signatarios deben confiscar el producto de la corrupción o aplicar sanciones

institutos, excepcionales como la imposibilidad de ejecución de la sentencia o de la expropiación “*por causa de utilidad pública e interés social, declarada por el Gobierno*” (art. 118 LOPJ y 105.3 LJCA) siempre sujetos, claro está, a revisión jurisdiccional. Nótese, por lo demás, que cuando la LJCA quiere mitigar los efectos de la declaración judicial de nulidad de una actuación administrativa lo hace de forma expresa (tal es el caso del art. 73 en relación con la anulación de disposiciones generales).

¹⁸ De hecho el fallo contiene un pronunciamiento en relación con el informe encargado directamente a un conocido despacho de abogados cual es condenar a los acusados a satisfacer al Ayuntamiento el importe de 12.000€ - el precio del contrato – en concepto de indemnización. Sin embargo, sobre el contrato de gestión del servicio de limpieza viaria y gestión de residuos urbanos cuyo valor ascendía a casi 10 millones de euros anuales con una duración estipulada de 10 años, el fallo no contiene pronunciamiento alguno.

¹⁹ Informe 2014/0020. Puede consultarse en www.gva.es/cjccv/.



pecuniarias de efecto equivalente²⁰. La confiscación o decomiso del producto de los delitos de corrupción engloba también la “caducidad de los derechos”²¹ noción dentro de la cual, sin esfuerzo, cabe entender incluida la nulidad de actos y contratos públicos.

Esta misma preocupación de que el “*el delito no resulte provechoso*”²² inspira las iniciativas que, con el art. 83.1 TFUE de fondo²³, promueven las instituciones comunitarias privilegiando el decomiso en su doble vertiente preventiva – al impedir que los fondos confiscados puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas – y disuasoria, como instrumento de combate a la delincuencia. De hecho, en el ámbito comunitario, existe un concepto armonizado de decomiso²⁴. De acuerdo con esta noción armonizada, por “*productos del delito*” debe entenderse “*todo beneficio económico derivado de una infracción penal*”, incluyendo “*los bienes de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes*”²⁵.

En la actualidad, el art. 127 CP, transpone lo dispuesto en la citada Decisión Marco de 2005 y, tras la reforma de abril de 2015, también en la Directiva 2014/42/UE de 2005 al extender el decomiso a los bienes de las personas jurídicas y a los de las organizaciones o grupos criminales o terroristas, previsión ésta de creciente importancia en el ámbito de la corrupción dada la progresiva cualificación judicial de las tramas de corrupción como “asociaciones ilícitas” del art. 515 CP²⁶. En el ámbito específico de los delitos de corrupción, el art. 431 CP prevé, respecto de los delitos de cohecho y tráfico de influencias, que las “*dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso*”.

²⁰ Cfr., art. 3.3 de la Convención OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; art. 19.3 del Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa; art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

²¹ Cfr., “Comentarios al Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”, en *Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Información para las empresas españolas con actividades en el extranjero*, pág. 35 (folleto publicado por el gobierno español accesible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427004774?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DFolleto_sobre_el_Convenio.PDF).

²² Cfr., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”*, COM(2008) 766 final.

²³ Precepto que incluye la corrupción entre los “*ámbitos delictivos*” de “*especial gravedad*” y “*repercusión transfronteriza*” en los que las instituciones comunitarias podrán establecer, a través de Directivas, criterios comunes para su persecución en el conjunto de la UE. De acuerdo con el art. 10 del Protocolo 36 TFUE, esta previsión entró en vigor el 1 de diciembre de 2014.

²⁴ Establecido en la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005 “*relativa al dedecomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*” y que, básicamente, se mantiene en la Propuesta de Directiva sobre dedecomiso de los productos de la delincuencia en la UE [COM(2012) 85 final, de 12 de marzo de 2012].

²⁵ Cfr., art. 1 de la Decisión Marco 2005/212/JAI.

²⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Illes Balears de 26 de julio de 2013 (caso “Scala”), ya examinada, que condena a los acusados por la comisión, entre otros, de un delito de asociación ilícita.



El decomiso es una consecuencia del delito ajena a la responsabilidad civil, de modo que su adopción puede ser solicitada por cualquier parte, incluida la acusación popular, e incluso ser adoptada de oficio por el juez o tribunal. Se solucionarían, por tanto, los problemas de legitimación que presenta el ejercicio de pretensiones anulatorias fundadas en la responsabilidad civil *ex delicto*.

En definitiva, para que dentro del decomiso tenga cabida la declaración de nulidad de los actos y contratos resultantes de prácticas corruptas sólo falta que los jueces y tribunales españoles acojan una interpretación amplia de la institución, en línea con la propugnada por las organizaciones internacionales promotoras de iniciativas de prevención y lucha contra la corrupción. Una interpretación, por lo demás, plenamente congruente con la justificación institucional de la figura: impedir que las actividades delictivas, incluidas las que se producen en el ámbito de la contratación pública, compensen a quienes las realizan.

6. REFERENCIAS

ARNÁIZ SERRANO, Amaya. *La acción civil en el proceso penal: elementos objetivos*. Madrid, 2004. 503 f. Tesis (Doctorado) – Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

BAUZÁ MARTORELL, F. El acto administrativo: entre nulidad y delito (la anulación de actos administrativos por el juez penal). *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, vol. 41, n. 163, p. 217-251, abr./jun. 2014.

GIMENO FELIU, J.M. La Ley de Contratos del Sector Público ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, vol. 37, n. 147, p. 517-535, jul./sept. 2010.

GIMENO SENDRA, V. Estudio preliminar. Cuestiones prejudiciales devolutivas y non bis in idem en el proceso penal. In: BALLBÉ MALLOL, Manuel; PADRÓS REIG, Carlos (Dir.). *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 2004.

MEDINA ARNÁIZ, T. Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Coords.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2014.

MORCILLO MORENO, J. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2007.

WILLIAMS-ELEGBE, S. *Fighting corruption in public procurement*. Oxford-Portland: Hart, 2012.

YZQUIERDO TOLSADA, M. La responsabilidad civil en el proceso penal. In: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2014.