

La prevaricación administrativa en relación a la contratación de personal en las Administraciones Públicas

~Juan Carlos Velasco Perdigonos~

Abogado. Máster en Derecho de Seguros (UNED). Máster en Responsabilidad Civil (UGR), España. Socio FICP

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio vamos a abordar el delito de prevaricación administrativa relacionado con las contrataciones de personal realizados por la Administración Pública. Analizaremos el tipo de injusto y las respuestas dadas por la Doctrina y Jurisprudencia. Este tipo delictivo es de máxima actualidad como derivación de la corrupción administrativa, bien por un funcionario público o autoridad que se sitúa en una determinada posición de poder en una jerarquía de dependencia puramente administrativa.

II. LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA: EL DELITO DE PREVARICACIÓN GENÉRICO Y EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El delito de prevaricación en su modalidad genérica se encuentra tipificado en el Art. 404¹ del Código Penal. Este precepto se sitúa sistemáticamente dentro del Título XIX (Delitos contra la Administración Pública), Capítulo I (De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos).

La prevaricación del art. 404 CP es un delito especial propio, es decir, el sujeto activo debe ser necesariamente una autoridad o funcionario público y para tales conceptos debemos acudir a lo establecido en el art. 24 CP². Este precepto da la definición a efectos penales, lo que puede conllevar a determinarse si debe de

¹ Art. 404 CP: *A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*

² Art. 24 CP. **1.** *A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2.* *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*

completarse tal definición con lo establecido en la normativa administrativa de aplicación³. Del art. 404 CP debe de excluirse a los Jueces y Magistrados que entran en el ámbito de los arts. 446 y 447 CP.

Sin embargo, el art. 405 CP es una tipificación específica en el delito de prevaricación en consonancia con la contratación, o cualquier modalidad, de personal en las Administraciones Públicas. Generalmente el delito de prevaricación puede encontrarse relacionado con otro tipo de delitos como: el cohecho, el tráfico de influencias y la malversación. Además de la prevaricación administrativa contenida en el art. 404 CP, existen tipos agravados o prevaricaciones especiales, en sectores como: urbanismo, patrimonio histórico o medioambiente.

Como bien hemos indicado, el art. 404 CP es un tipo delictivo genérico, para cualquier modalidad que pueda abarcar la prevaricación administrativa. El sujeto activo de este delito se encuentra delimitado por la autoridad o funcionario público, por lo que es necesario que en el sujeto activo concorra la circunstancia de ser autoridad o funcionario público conforme a la legislación administrativa aplicable, no siendo por tanto sujeto activo quienes no concurren en tales circunstancias personales.

El segundo requisito de este tipo de injusto es que en el sujeto activo debe de concurrir el conocimiento de que se está dictando una resolución administrativa arbitraria y además a sabiendas de su injusticia, por lo que ha de entenderse que solo se comete mediante dolo directo, no siendo posible mediante dolo eventual ni en su comisión de forma imprudente. Por tanto, ha de concurrir los requisitos de resolución administrativa arbitraria y conocer el sujeto activo que es injusta dicha resolución.

La Jurisprudencia⁴ de la Sala 2ª del Tribunal Supremo⁵ ha venido a establecer los requisitos necesarios para la existencia de prevaricación:

³ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁴ STS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre

⁵ Jurisprudencia reiterada de esta Sala - STS 1021/2013, de 26 de noviembre (RJ 2014, 373) , 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013, 6936) , con citación de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva

- 1) Resolución **dictada por autoridad o funcionario** en asunto administrativo;
- 2) Que la resolución dictada sea objetivamente **contraria al Derecho**, es decir, ilegal;
- 3) Que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la **falta absoluta de competencia**, en la **omisión de trámites esenciales del procedimiento** o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- 4) Que ocasione un **resultado materialmente injusto**;
- 5) Que la resolución sea dictada con la **finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario** y con el **conocimiento de actuar en contra del derecho**.

Resulta importante para la jurisprudencia la omisión del procedimiento legalmente establecido, pues dicha omisión puede ser considerada como una de las razones que pueda dar lugar a la calificación de prevaricación, ya que la tramitación de un determinado procedimiento tiene la función de *“alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho”*⁶

La STS 815/2014, de 24 de noviembre, remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo, dispone que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso el Tribunal Supremo se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción **patente y grosera** (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo **evidente, flagrante y clamoroso** (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Así mismo, el Tribunal Supremo ha venido analizando el tipo subjetivo en el delito de

la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

⁶ STS 18/2014, de 23 de enero

prevaricación, añadiendo que dicho delito exige no sólo una resolución administrativa arbitraria, sino que viene legalmente expresado con la locución “a sabiendas”, pues, precisa la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En definitiva, el tipo subjetivo exige la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido, pues lo demás sería invadir el campo del control judicial de los actos administrativos. A nuestro juicio y coincidiendo con PEDREIRA GONZÁLEZ F.M⁷, *si de la expresión “a sabiendas” pudiera inferirse que exige no sólo saber sino saber con certeza, plantearía dificultades ir más allá del dolo directo y defender su compatibilidad con el dolo eventual, pero dicha alusión no requiere un conocimiento de dichas características.*

Como bien hemos indicado anteriormente, el art. 405 CP⁸ es una variante específica del regulado en el art. 404 CP, por la naturaleza y contenido de la resolución, cuyo bien jurídico es la función pública, concretada, en la exigencia de legitimidad y legalidad en el acceso a la misma.

En este caso, el sujeto activo sigue siendo la autoridad o funcionario público competente, como condición personal. Además de saber y conocer la ilegalidad, debe de ser dicha autoridad o funcionario competente para nombrar o dar posesión; normas de competencia conforme al sistema competencial regulado por la normativa administrativa. La acción es proponer, nombrar o dar posesión a cualquier persona sin concurrir los requisitos legalmente previstos, para el ejercicio de un determinado cargo público, siendo la conducta típica de tipo mixto alternativo. La proposición ha de ser un acto administrativo que sirva de base al posterior nombramiento. Para el ejercicio de un cargo público, ha de entenderse como empleo en la Administración Pública, ya sea funcionario o laboral.

El reciente Auto de 6 de abril de 2015 del Tribunal Supremo vino a explicar minuciosamente el tipo delictivo de prevaricación haciendo especial énfasis en el bien jurídico protegido, cual es: *el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con*

⁷ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M Prevaricación (delitos de). Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 1, septiembre 2011 febrero 2012, pp. 161-166 ISSN2253-6655

⁸ Art. 405 CP: *A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

los parámetros constitucionales que orientan su actuación⁹, no siendo la ilegalidad lo que se sanciona, sino la mera arbitrariedad.

Tiene como fundamento la pretensión de una actuación de los funcionarios públicos, sujeta al sistema de valores que instaura la Constitución Española y que podemos encontrarlos en los artículos 103 y 106, ya que éstos velan por el correcto ejercicio de la función pública como servicio público de interés de una colectividad. El objeto de tutela es el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la Ley y al Derecho¹⁰.

La STS 152/2015 de 24 de febrero ha venido a analizar un supuesto de “nombramientos ilegales” del art. 405 CP. Dicha Sentencia viene a recoger lo que en la STS 787/2013, de 23 de octubre se determinó como concepto de resolución administrativa en la que se determinó que el concepto no está sujeto a un esquema formal, admitiéndose incluso los actos verbales. Además añade: *Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva.* Así OCTAVIO DE TOLEDO he venido a señalar que resolución ha de entenderse como cualquier acto administrativo, independiente de su forma, que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados¹¹, implicando una trascendencia externa hacia los administrados. Resultan ser atípicos los *trámites, informes, consultas, circulares, dictámenes, etc.* Salvo recogida referencia legal expresa en ciertas prevaricaciones específicas, p.e. al informe en el art. 320 CP. Pueden ser atípicas para la autoría ya que no son actos ejecutivos, pero pueden ser formas de participación en la comisión delictiva.

⁹ STS 18/2014, de 23 de enero: 1) *el servicio prioritario a los intereses generales*; 2) *el sometimiento pleno a la ley y al derecho*; y 3) *la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas*

¹⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, 1997 Tirant lo blanch, Valencia, p. 26.

¹¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. La prevaricación del funcionario público, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1982 N° 2, pp. 545-547.

Respecto al requisito de la arbitrariedad ha venido a definirse en la STS 743/2013, de 11 de octubre en el que *tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.*

Ciertas Sentencias del Tribunal Supremo han venido a considerar "*... el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa*", (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS 766/1999, de 18 mayo y STS 2340/2001, de 10 de diciembre)". En otras sentencias la arbitrariedad aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo-no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Insistía en estos criterios doctrinales, la STS 755/2007 de 25 de septiembre, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues

ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.(STS 340/2012).

Sería interesante estudiar la prevaricación en vez de la acción, desde el punto de vista omisivo¹², ya que en el ámbito administrativo, si es posible, en cuanto que no resolver en ocasiones equivale a dictar una resolución, pues el ordenamiento prevé unas consecuencias jurídicas anudadas a dicha conducta-. Es decir, el silencio administrativo constituye una ficción jurídica, de tal modo que no resolver podría suponer, por ejemplo, confirmar una resolución arbitraria por el órgano superior en el supuesto recurso de alzada o no resolver si el silencio administrativo es positivo, lo que equivaldría a conceder lo solicitado. También se puede plantear la posibilidad de la prevaricación ante la inactividad de la administración cuando en virtud de una norma o contrato tiene que realizar una actividad y siendo requerida para ello hace dejadez de su obligación legal. No olvidemos que la administración está sometida a la ley y el derecho y debe garantizar su cumplimiento.

La STS de 17 de julio de 2002 ya indicó que la prevaricación por omisión dejó de ser una cuestión polémica a partir del pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de 30 de julio de 1997 que, en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/1992 RJPAC, viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa.

Al respecto, son numerosas las resoluciones, sigue recogiendo la misma sentencia de 17 de febrero de 2012, favorables a la admisión de la comisión por omisión en el delito de prevaricación, como las SSTS de 29 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 18 de marzo de 2000 y 16 de abril de 2002, en las que se subraya en que cabe incurrir en responsabilidad en comisión por omisión *“cuando es imperativo realizar una determinada actividad administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación”*.

¹² PLEITE GUADAMILLAS, F. Diferencias entre irregularidad administrativa y delito de prevaricación en la contratación pública, BOLETÍN DIGITAL AJFV CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO JULIO 2016, pp. 4-5

En el delito de prevaricación administrativa, podemos entender que el dictado de una resolución alude a un comportamiento activo, sin embargo por parte de la doctrina se ha admitido su versión omisiva¹³. El Tribunal Supremo, desde el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 30-06-1997, viene admitiendo la omisión impropia en el delito de prevaricación administrativa, si bien la invocación en el acuerdo del Pleno a la LRJ-PAC y las referencias en algunas SSTTSS (de 25-09-2012 y de 27-12-1995) a resoluciones administrativas presuntas stricto sensu, nos ha hecho explorar la posibilidad de vincular necesariamente la prevaricación omisiva a la existencia de una resolución nacida conforme a las normas reguladoras del silencio administrativo.

La prevaricación en comisión por omisión requiere la causación de un resultado por una conducta omisiva, es decir por una inhibición. Por ello, debemos de indicar como así lo hace ARRIBAS LÓPEZ, que existe una omisión impropia como forma de acción en el comportamiento prevaricador, considerando fundamental la posición de garante del sujeto activo, la cual tiene su origen en la ley en el sentido amplio, ya que los deberes de los funcionarios públicos y sus competencias están normativamente previstas.

El Código Penal termina dicho Capítulo I tipificando la conducta de la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión respecto al art. 405 CP sabiendo que carece de los requisitos legales (Art. 406 CP)¹⁴.

En el marco penológico cabe señalar que las penas a imponer por la comisión delictiva del art. 405 y ss del Código Penal, han sido reformadas por la Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal. Por la comisión de la prevaricación genérica del art. 404 CP la pena a imponer es la inhabilitación especial para empleo o cargo público y se añade tras la reforma la inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo. El marco penal es de 9 a 15 años.

La comisión del delito de prevaricación establecido en el art. 405 CP conlleva el castigo con pena de multa de 3 a 8 meses y además la suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 1 a 3 años. Esta pena también se impondrá a la persona que

¹³ ARRIBAS LÓPEZ, E. La omisión impropia en los delitos de prevaricación administrativa, Revista de Derecho UNED. N° 16. 2015, pp.3-30

¹⁴ Art. 406 CP: *La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.*

acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión del art. 405 CP, sabiendo que carece de los requisitos legales exigibles (Art. 406 CP).

III. CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el Código Penal coexisten diversas tipologías de prevaricación, no sólo la genérica del art. 404 CP, sino que existen prevaricaciones encuadradas en otros artículos del Código Penal, como pueden ser casos especiales como el urbanismo, el patrimonio histórico o el medio ambiente, entre otros.

SEGUNDA.- La prevaricación administrativa es un delito que sólo puede ser cometido por la autoridad o funcionario público, entrando en conflicto qué debe de considerarse la condición de funcionario público o autoridad, ya que a efectos penales viene definido en el art. 24 CP o bien la definición de dichos conceptos ha de completarse conforme a las normas administrativas, para ello deberíamos de analizar tal cuestión desde el ámbito puramente administrativo.

TERCERA.- La prevaricación como delito ha venido a tipificarse como garante y protección de la interdicción de arbitrariedad de la Administración Pública la cual sirve a los intereses generales de la colectividad. Hay que diferenciar las meras ilegalidades administrativas o incumplimiento de normas administrativas a las conductas más graves donde han de considerarse infracciones de forma patente y grosera que desborden la legalidad de forma evidente con importantes tintes de arbitrariedad. Dichos conceptos los ha venido utilizando el TS en sus resoluciones.

CUARTA.- En relación a la contratación administrativa existe un artículo específico (art. 405 CP), lo que nos llega a indicar que estamos ante una tipificación diferenciada que el legislador ha querido destacar y separarla de la tipificación genérica (art. 404 CP), protegiendo el derecho constitucional de acceso a la función pública en cualquier vertiente al tipificarse la posesión de cualquier persona sin concurrir los requisitos legales.

QUINTA.- Es importante el tipo subjetivo de este delito, pues solo es posible su comisión de forma dolosa al introducirse en los citados preceptos “a sabiendas”, es decir el sujeto activo tiene que saber y conocer que el dictado de una resolución, el dar posesión, proponer o nombrar a alguien se hace de forma injusta o ilegal, sin que se cumplan los requisitos establecidos.

SEXTA.- También existe la prevaricación en su vertiente omisiva por la no resolución administrativa de un asunto por la Administración, lo que puede dar lugar al silencio administrativo y que a efectos penales han de considerarse como una resolución en si, pues la mera inactividad de la Administración puede dar lugar a adquirir ciertos derechos por los administrados. Especialmente se da en los casos de la pura inactividad de la Administración donde existe la obligación legal de realizar una determinada actividad y conducta y que a pesar de esa obligación legal o contractual no se realiza lo que ha de realizarse, pudiendo dar lugar al delito de prevaricación por omisión.