



Expediente 25/2020

Materia: Prohibiciones de contratar.

ANTECEDENTES

La Subsecretaría del Ministerio de Ciencia e Innovación ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La cuestión que se plantea hace referencia al alcance del contenido de los motivos de exclusión previstos en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), en cuyo punto A hace referencia a los “Motivos referidos a condenas penales”. Concretamente, se suscita la cuestión general de a qué delitos se está refiriendo en el apartado relativo al “Fraude”:

“Fraude: ¿Ha sido el propio operador económico, o cualquier persona que sea miembro de su órgano de administración, de dirección o de supervisión o que tenga poderes de representación, decisión o control en él, objeto, por fraude, de una condena en sentencia firme que se haya dictado, como máximo, en los cinco años anteriores o en la que se haya establecido directamente un período de exclusión que siga siendo aplicable? En el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 316 de 27.11.1995, p. 48).

El referido Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en su artículo 1 indica expresamente: (Incluye la cita)



El Servicio Jurídico del Estado en este Ministerio de Ciencia e Innovación interpreta que los delitos que se incluyen en ese apartado pueden ser los previstos en el artículo 306 y 308 de nuestro Código Penal, referidos a delitos de fraude a los presupuestos de la Unión Europea o a la malversación de subvenciones públicas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea. La Intervención Delegada en este departamento, por el contrario, entiende incluido en este apartado de “Fraude” el delito de falsedad en documento mercantil aisladamente considerado, no en concurso medial con los anteriores delitos.

Es por ello, por lo que solicito consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre los delitos concretos a los que se refiere el DEUC en el referido apartado relativo al Fraude.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ministerio de Ciencia e Innovación nos plantea una consulta sobre el alcance de la expresión *fraude* que se contiene en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) a los efectos de valorar la posible existencia de alguna causa de exclusión de los licitadores. Parecen existir dudas sobre su alcance en general y también si dicha expresión engloba a los delitos de falsedad documental que tengan carácter autónomo de otros delitos sí recogidos en nuestra legislación como fundamento de una posterior prohibición de contratar.

Para analizar estas cuestiones es menester recordar que el DEUC constituye una declaración de los operadores económicos interesados en licitar en un procedimiento de selección del contratista que sirve de prueba preliminar del cumplimiento de los diferentes aspectos más básicos de la contratación pública. De conformidad con el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, constituye una declaración formal por la que el operador económico certifica que no se encuentra en alguna de las situaciones en



las que deba o pueda ser excluido; que cumple los criterios de selección pertinentes, así como, cuando proceda, las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con el fin de limitar el número de candidatos cualificados a los que se invite a participar. Su objetivo, según se declara en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, es reducir las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección.

2. Siendo ésta la condición y naturaleza del DEUC, no parece aventurado pensar que el contenido del modelo que se incluye en la disposición que acabamos de citar tiene su basamento en las disposiciones que las normas comunitarias establezcan a los efectos, por ejemplo, de determinar los motivos de exclusión de un determinado licitador. En este sentido, cabe recordar que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE contiene normas muy concretas sobre qué motivos de exclusión de los operadores económicos han de ser tenidos en cuenta por los poderes adjudicadores de los diferentes Estados. En efecto, el artículo 57.1 c) de la Directiva establece como causa obligatoria de exclusión de un licitador el fraude, concepto que, por expresa remisión del precepto, ha de ser entendido *“en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.”* Esta norma es congruente con la intención expresada por el legislador comunitario en el Considerando 100 de la propia Directiva, cuando señala que *“no deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión”*.

3. En la medida en que el DEUC es tributario del contenido de las normas sustantivas que regulan y armonizan ciertos motivos de exclusión obligatorios para los Estados



Miembros de la UE, no resulta extraño que cualquier interpretación de su contenido deba hacerse a la luz de las normas comunitarias.

De modo particular, el modelo de DEUC incluido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 incluye una Parte III referente a los criterios de exclusión y, dentro de ellos, un apartado A que alude concretamente a los motivos referidos a condenas penales impuestas en los Estados miembros. Su aplicación a los contratos públicos es obligatoria, en general, en virtud del artículo 57, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE. Su aplicación es también obligatoria para los poderes adjudicadores en virtud del artículo 80, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/25/UE en los contratos regulados por esta última. Las entidades adjudicadoras distintas de los poderes adjudicadores pueden optar voluntariamente por aplicar estos criterios de exclusión.

Pues bien, en el apartado A de la Parte III del modelo de DEUC se pregunta al operador económico si él mismo o alguno de los miembros de su órgano de administración, dirección o control han sido condenados en sentencia firme por fraude en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Por tanto, la congruencia del modelo con la Directiva debe considerarse plena.

4. El siguiente paso que nos permite interpretar el sentido del DEUC y de la Directiva es el análisis del precepto al que se remiten ambas normas a la hora de perfilar el fraude que obliga a excluir al licitador. Este precepto, el artículo 1 del Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Diario Oficial n° C 316 de 27/11/1995 p. 0049 – 0057), presenta el siguiente contenido:

“1. A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas:



a) en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

- a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

- al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

- al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio;

b) en materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

- a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

- al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

- al desvío de un derecho obtenido legalmente, que tenga el mismo efecto.

2. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 2, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias y adecuadas para trasladar al Derecho penal interno las disposiciones del apartado 1 de manera que los comportamientos que contemplan supongan una infracción penal.



3. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 2, cada Estado miembro adoptará asimismo las medidas necesarias para que la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan el efecto mencionado en el apartado 1, supongan una infracción penal si no son ya punibles bien como infracción principal, bien por complicidad, instigación o tentativa de fraude tal como se contempla en el apartado 1.

4. Para determinar si una acción u omisión de las mencionadas en los apartados 1 y 3 es intencionada se podrán tener en cuenta circunstancias de hecho objetivas.”

Del contenido de este precepto podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El específico ámbito de aplicación objetivo de este precepto alcanza a los ingresos y gastos que formen parte del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta. No se incluye, por tanto, ningún delito ajeno a este ámbito.
2. Las conductas típicas que motivan la existencia del fraude son tres, ya se trate de ingresos o gastos: 1) la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos; 2) el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información; 3) el desvío de fondos. La primera de ellas incluye la falsedad en las declaraciones o la falsedad de documentos autónomos.
3. Para que estas acciones típicas puedan generar fraude es menester que tal acción suponga una disminución ilegal de los recursos presupuestarios o una percepción o retención indebida de fondos del presupuesto comunitario.



4. Cada Estado miembro deberá adoptar las medidas necesarias y adecuadas para trasladar al Derecho penal interno los comportamientos que acabamos de citar.
 5. Específicamente, la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y de documentos falsos, inexactos o incompletos han de suponer también en la legislación interna de los Estados miembros una infracción penal, salvo que ya sean punibles como infracción principal, o por complicidad, inducción o tentativa de fraude.
5. Esta norma comunitaria ha sido objeto de transposición en nuestro derecho interno a través de la tipificación en el Código Penal de los delitos reseñados en los artículos 305.3, 306 y 308 en el que se castiga al que cometa las siguientes conductas típicas:
- Al que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda comunitaria eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma. siempre que la cuantía defraudada excediera de cien mil euros en el plazo de un año natural.
 - Al que, por acción u omisión, defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido.
 - Al que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil



euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido.

- Al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad superior a cien mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida.

6. 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 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) ha regulado una prohibición de contratar específica en el artículo 71.1 a) que prohíbe contratar por *“haber sido condenado 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.”*

Esta referencia a los fraudes, que como es patente no presenta una mayor concreción, debe entenderse como una trasposición directa de las normas de las Directivas que aluden al fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Por tanto, tal expresión debe entenderse en el sentido del Reglamento de 27 de noviembre de 1995 y de las normas penales que lo incluyen en el derecho interno. No cabe, a nuestro juicio, una solución diferente sin retorcer la finalidad de las normas comunitarias y de su trasposición al derecho interno.



7. Toda la precedente exposición pone de manifiesto, como primera conclusión que, tanto en la LCSP como en el DEUC, la referencia al fraude que cada uno de ellos contiene es consecuencia del contenido de los preceptos de las Directivas comunitarias que regulan los motivos de exclusión de los operadores económicos. Estos preceptos, artículo 57, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE y artículo 80, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/25/UE, se remiten al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de modo que la expresión fraude debe limitarse al ámbito mencionado en el artículo 1 de la citada norma. Su trasposición en el derecho interno en el ámbito penal se hizo en los artículos 305.3, 306 y 308 del Código Penal.

8. La interpretación del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas tiene, desde el punto de vista de la legislación contractual, un ámbito claro que ya hemos tratado en la consideración jurídica 4 de este informe. Ahora bien, tal norma presenta ciertos aspectos que tienen un marcado contenido penal, externo a la propia contratación pública, y cuya interpretación no corresponde a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que ha de limitarse, por razón de las competencias que le han sido atribuidas, a los aspectos puramente relacionados con la legislación sobre contratación pública.

Tales aspectos influyen parcialmente en la respuesta que hayamos de ofrecer a la discrepancia a la que alude la consulta sobre si en la expresión fraude cabe incluir únicamente los delitos que hemos mencionado o, por el contrario, se incluye el delito de falsedad en documento mercantil aisladamente considerado, no en concurso medial con los anteriores delitos.

A este respecto el artículo 1.3 del Convenio, ya lo hemos señalado, exige que los Estados miembros tomen las medidas necesarias para que *“la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan el efecto mencionado en el apartado 1, supongan una infracción penal si no son ya punibles bien como infracción principal, bien por*



complicidad, instigación o tentativa de fraude.” Esta regla puede disgregarse para su análisis en dos partes:

1. En la primera los Estados miembros deben garantizar que la falsedad intencionada en la declaración o en los documentos justificativos de la relación jurídica que liga al administrado con la administración europea en cada uno de los supuestos de conductas ilícitas que se citan sea castigado en la legislación interna de cada Estado miembro.
2. En la segunda, se subordina la anterior necesidad de castigo concreto a la inexistencia de punibilidad de la conducta como delito autónomo, en caso de complicidad, en el supuesto de inducción o en el caso de tentativa.

El artículo 305 del Código Penal y también el 306 aluden a una expresión característica al describir la conducta típica que hace surgir el delito. Tal expresión es *defraudar* lo que, conforme establece el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 801/2008 de 26 noviembre (Sala de lo Penal, Sección 1ª), incluye aquellos actos de falseamiento u ocultación idóneos para la comisión del delito. El artículo 308 alude expresamente a la acción de falsear las condiciones requeridas para la concesión de subvenciones de la Unión Europea. Por tanto, todos estos tipos penales incluyen la falsedad como un elemento idóneo para que surja la acción típica delictiva.

Las falsedades documentales en general, y la falsedad en documento privado en particular, tienen una regulación separada en el Código Penal, de modo que perfectamente puede acontecer que exista una falsedad documental que no vaya acompañada de ninguna de las acciones típicas que menciona el Convenio o nuestro Código Penal. A ello hay que añadir que, por ejemplo, en el caso del delito contra la Hacienda Pública europea conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (ver, por ejemplo, la Sentencia núm. 494/2014, de 18 junio de la Sala de lo Penal, Sección 1ª Fundamento Jurídico 14) no existe posibilidad legal de absorber el delito continuado de falsedad en el desvalor más amplio del delito contra la Hacienda



Pública, lo que, en todo caso, justifica la existencia de dos delitos separados, aunque concurrentes.

Precisamente por esta razón, teniendo en cuenta el contenido de las acciones que menciona el Convenio y su incorporación al derecho español, es difícil entender que su intención sea castigar la falsedad documental de manera autónoma, separada y desgajada de la comisión de una acción típica característica que conduzca al fraude a los derechos económicos de la Unión Europea o a la obtención indebida de subvenciones o ayudas de aquella.

La lógica consecuencia del anterior razonamiento es que no era la misión del convenio que venimos interpretando garantizar que los Estados miembros tipificasen como punible cualquier falsedad documental que pueda producirse en el tráfico jurídico, sino sólo aquellas que sean idóneas para causar aquellas lesiones al presupuesto comunitario que expresamente menciona.

En todo caso, la consideración de si en todo supuesto debe existir un concurso medial del artículo 77 del Código Penal entre el delito de falsedad documental y el delito contra la Hacienda comunitaria o con el fraude de subvenciones comunitarias excede de nuestras competencias.

En efecto, se trata de una cuestión propia del derecho penal y constituye una cuestión casuística, que dependerá del tipo penal aplicable y de las circunstancias del caso, y que puede variar en la interpretación que los tribunales de justicia hagan sobre el requisito de conexión de necesidad de carácter objetivo que propugna el artículo 77 del Código Penal.

Por tanto, la única respuesta que nos resulta posible ofrecer sin exceder de nuestras competencias es que el fraude a que alude la LCSP y el DEUC incluye las falsedades documentales relacionadas directamente con la comisión de los delitos tipificados en los artículos 305.3, 306 y 308 del Código Penal.



En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

1. La expresión fraude a que aluden el artículo 71.1 a) de la LCSP como causa de prohibición de contratar y el DEUC tienen su origen y basamento en lo dispuesto en el artículo 57.1 c) de la Directiva 2014/24/UE.
2. Esta última norma se remite a lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.
3. Conforme a este precepto la prohibición de contratar incluye las falsedades documentales relacionadas directamente con la comisión de los delitos tipificados en los artículos 305.3, 306 y 308 del Código Penal.
4. No es competencia de esta Junta Consultiva determinar si el concurso de delitos entre los mencionados en los preceptos citados en la conclusión anterior y las posibles falsedades documentales que puedan concurrir en su comisión deben determinar siempre y en todo caso la aplicación de las normas sobre el concurso medial contenidas en el artículo 77 del Código Penal.