

Nº 9
Primer trimestre 2017

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 9. Marzo 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Próximamente disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*"

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.



SUMARIO

CELEBRACIÓN DE LA I JORNADA REVISTA GABILEX.....10

EDITORIAL..... 12
El Consejo de Redacción

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“LA DEFENSA PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”.....18
D. Jordi Gimeno Bevia

“EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA.....46

Dª Matilde Castellanos Garijo

“REFLEXIONES CRÍTICAS A LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA NUEVA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO.....92
D. Carlos Mª Rodríguez Sánchez

“ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN A LA HACIENDA PÚBLICA”128
Dª Mónica de la Cuerda Martín

SECCIÓN INTERNACIONAL

“MERCADOS PÚBLICOS: EVALUAR O NO EVALUAR EL RENDIMIENTO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS, ESA ES LA CUESTIÓN”.....186
D. Luís Valadares Tavares

“EL PRINCIPIO O CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD: UN BREVE ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO ESPAÑA/BRASIL”.....202
D. Paulo S. Bugarin

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2017 (CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2544-2016): NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 36.2.A, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA, APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO 112004, DE 28 DE DICIEMBRE.....240
D. Roberto Mayor Gómez

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SALA QUINTA, DE 16 DE FEBRERO DE 2017 (ASUNTO C-555/14): PLAN DE PAGO A PROVEEDORES..... 250
D. Roberto Mayor Gómez

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SECCIÓN SEGUNDA) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, DE 31 DE ENERO DE 2017: IMPUGNACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DEL CUERPO DE LETRADOS DE



LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.....	262
D. Roberto Mayor Gómez	
BASES PARA LA PUBLICACIÓN.....	270

CELEBRACIÓN DE LA I JORNADA REVISTA GABILEX

La Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, GABILEX, ha celebrado su primera JORNADA en Toledo, los **pasados días 2 y 3 de marzo de 2017** en colaboración con WOLTERS KLUWER.

La Jornada ha contado excelentes ponentes, todos ellos juristas de reconocido prestigio que han abordado importantes temas de actualidad, como el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, principales novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015, Administración electrónica, así como el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y la inserción de cláusulas sociales y ambientales en la contratación.

Desde el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y desde la Dirección de la Revista, damos las gracias a todos los ponentes por la calidad de sus intervenciones y a los más de 150 asistentes que nos han acompañado, muchos de ellos, de otras Comunidades de Comunidades Autónomas.

En el enlace <http://jornadsgabilex.castillalamancha.es/> se puede consultar toda la información de la celebración



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 9
Marzo 2017
www.gabilex.jccm.es

“LA DEFENSA PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

D. Jordi Gimeno Bevia

Prof. Dr. Derecho Procesal Universidad de Castilla-La
Mancha

RESUMEN

Las Administraciones Públicas son parte en multitud de procesos judiciales pero dada la especialidad de sus letrados en Derecho Administrativo, en ocasiones contratan abogados externos para su asesoramiento y defensa en procesos, principalmente, de carácter civil o penal. Ello, de un lado, implica el pago de altos honorarios con cargo al erario público pero, de otro, puede suponer un importante ahorro si el pleito finalmente se resuelve favorablemente para la Administración. No obstante lo anterior, la contratación del abogado externo debe realizarse siguiendo el procedimiento legalmente establecido, lo cual no ha sido de fácil interpretación en la doctrina del Tribunal Supremo. Tampoco resulta sencilla la prueba en el delito de prevaricación administrativa.

ABSTRACT

Public administrations are part in a multitude of lawsuits but given the specialty of their lawyers in administrative



law, sometimes it is needed to hire outside lawyers for their advice and defense mainly in civil or criminal procedures. This, on one hand, implies the payment of high fees charged to the public economy, but another, may be a significant saving if litigation finally resolved favourably for the administration. However the above, the hiring of the external lawyer must be done according to legally established procedure which has not been easy interpreted by the doctrine of the Supreme Court. Also it is not easy find evidence in the administrative prevarication crime.

PALABRAS CLAVE

Administraciones Públicas, Defensa, Abogados, Externo, Prevaricación

KEYWORDS

Publica Administratios, Legal Defense, Lawyers, Outsourcing, Prevarication

SUMARIO:

I. Representación y defensa de las administraciones públicas
II. La necesidad de acudir a la asistencia letrada externa
III. Naturaleza jurídica del contrato: dos posibles interpretaciones.
1. Contrato administrativo 2. Contrato civil 3. Discrepancias acerca de la naturaleza contractual en la reciente jurisprudencia del TS (Imbroda vs Minutas)
IV. Problemas que plantea la prueba en la prevaricación administrativa
V. Conclusiones y propuestas

I. LA REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Tal y como es sabido, las Administraciones Públicas actúan con estatus de parte en procesos de los distintos órdenes jurisdiccionales. Así, pues, a excepción de su actuación como parte pasiva en el proceso penal –sin perjuicio de que los miembros de la administración pública puedan estar inmersos en causas penales por el ejercicio de sus funciones- las AAPP se enfrentan a contenciosos, no sólo de carácter meramente administrativo, sino también civil o laboral.

En lo referente a la postulación procesal de las AAPP, a tenor de lo dispuesto en el art.551 LOPJ, la representación y defensa difiere en función del tipo de Administración. Con carácter general, la Abogacía del Estado es la encargada de la representación y defensa de la AE, sus organismos autónomos y los órganos constitucionales. Las Comunidades Autónomas, asimismo, están representadas y defendidas por los Letrados de las distintas CCAA, mientras que los Entes Locales son representados por sus servicios jurídicos, sin perjuicio de que los Abogados del Estado también puedan representar a las CCAA y los Entes Locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.

No obstante lo anterior, el artículo citado también recoge la posibilidad de que cualquiera de las tres Administraciones pueda encomendar las tareas de representación y defensa a otro Abogado colegiado. Ello supone, en una primera lectura del art. 551, que la Ley



permite la externalización u *outsourcing* de la defensa de las AAPP. Dicha cláusula se encuentra matizada por el art. 24 de la LJCA pues, además de la LOPJ, para la representación y defensa de las CCAA, también deberán observarse *“las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas”*.

El problema principal radica en que, cada vez con mayor frecuencia, las Administraciones Públicas, principalmente las Entidades Locales, prescinden de sus servicios jurídicos propios y contratan a Abogados externos teóricamente más especializados. Ello implica no sólo una infrutilización de los Letrados de las Administraciones, sino también el pago de las minutas del Abogado externo con cargo al erario público que, en determinados casos, puede considerarse excesivo e innecesario. Cabe señalar, por el contrario, que en asuntos de especial complejidad o en los que la Administración puede perder una gran cantidad de dinero, la externalización de la representación y defensa en un Abogado especializado quizá suponga, de ganar el pleito, un importante ahorro para las arcas públicas.

A lo largo del presente trabajo, mediante un análisis tanto casuístico como jurídico, se pretenden exponer las razones por las que, en ocasiones, se acude a la asistencia letrada externa, el procedimiento que debe observarse en la contratación del Letrado, así como las discrepancias existentes en la jurisprudencia reciente del TS sobre la materia y la problemática que plantea la prueba en el supuesto de que la contratación irregular derive en un delito de prevaricación administrativa. Por último, se sugieren algunas posibles soluciones.

II. LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA ASISTENCIA LETRADA EXTERNA

Uno de los principales motivos que suelen aducir los representantes públicos a la hora de externalizar determinados servicios de asesoramiento jurídico radica en la ausencia de especialización de los Letrados internos frente a determinadas materias. A modo de ejemplo, en el caso conocido como "Madrid Arena", el vicealcalde de Madrid sostuvo, ante un proceso penal frente a algunos miembros del consistorio, que la especialidad de los servicios jurídicos internos es básicamente el contencioso administrativo¹.

La falta de conocimiento específico ante una determinada materia sí que podría considerarse como un motivo válido para externalizar servicios. Pero la realidad nos demuestra como la formación teórica de los servicios jurídicos de las Administraciones central, autonómica y local es, con carácter general –y con distinta intensidad, según la administración–, completa, tal y como se puede comprobar mediante el análisis de los respectivos temarios de acceso.

a) Abogacía del Estado: civil 94 temas, hipotecario 27 temas, procesal 69 temas, mercantil 40 temas, laboral 18 temas, constitucional 33 temas, administrativo 73 temas, financiero 48 temas, internacional 22 temas y penal 31 temas².

¹ Las declaraciones del Vicealcalde de Madrid en dicho momento se encuentran disponibles, entre otros muchos, en el siguiente enlace: <http://www.lavozlibre.com/noticias/ampliar/673961/botella-se-gasta-20000-euros-en-abogados-externos-para-defenderse-en-el-madrid-arena>

² El temario de acceso al cuerpo de abogados del Estado puede consultarse siguiendo este enlace <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292343261270?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->



b) Letrado de CCAA (ej. Castilla la-Mancha): civil 69 temas, hipotecario y mercantil 34 temas, procesal 58 temas, laboral 18 temas, constitucional y comunitario 31 temas, administrativo 53 temas, financiero 34 temas y penal 27 temas³.

c) Abogado ayuntamiento (ej. Madrid): civil 53 temas, hipotecario 13 temas, mercantil 13 temas, procesal 52 temas, constitucional y comunitario 20 temas, administrativo 20 temas, hacienda local 22 temas, urbanismo 17 temas y penal 22 temas⁴.

Aunque la formación teórica resulta bastante completa, sin embargo, sí puede inferirse un déficit en materias como el laboral⁵ y el penal⁶, además de que, en la

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDescargar_el_temario.PDF](#)

³ El proceso selectivo para acceder al cuerpo de Letrados de la Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha está disponible pulsando el siguiente link http://docm.jccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2013/08/13/pdf/2013_10004.pdf&tipo=rutaDocm

⁴ La última convocatoria disponible en el siguiente enlace: <http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Oposiciones/Letrado/ficheros/doc.4508857.pdf>

⁵ Por ejemplo la contratación por parte del Ayuntamiento de Gijón de los servicios de asesoramiento del bufete Uria Menendez para evitar el cierre de la fábrica multinacional Tenneco. STSJ Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia 5/2014 14 de febrero. O también la contratación por parte de la ciudad autónoma de Melilla del abogado externo Juan José Olivares para llevar asuntos ante la jurisdicción social, por ejemplo TS Sala de lo Social, Sección 1ª, Auto de 12 septiembre 2007.

⁶ Además del caso "Madrid Arena", aún en curso, puede servir como ejemplo la contratación de abogados externos por Compañía Española de Seguros de Crédito para la Exportación (CESCE), empresa pública dependiente del Ministerio de Hacienda, para interponer una querrela contra un periodista o

práctica forense, la mayoría de procedimientos que siguen los Letrados de las tres administraciones referidas son de índole contencioso administrativo o civil.

Asimismo, en procesos que se desarrollan en el extranjero, resulta lógico y procedente la contratación de abogados especialistas en las respectivas jurisdicciones⁷. Por tanto, la ausencia de especialización sí podría considerarse un motivo lógico para externalizar servicios jurídicos.

Al motivo de la especialización también se le suma un segundo, estrechamente relacionado, cual es la importancia del asunto concreto, generalmente medida en criterios económicos. Muy ilustrativamente, el portavoz del ayuntamiento de Almería declaró que la contratación de defensa externa *"sería para los casos gordos"*⁸. Es cierto que las Administraciones cuentan con una plantilla de abogados internos en nómina y que, *"a priori"*, puede resultar un gasto innecesario la

la contratación de abogados externos por el alcalde de Almonte acerca de la compra de un campo de golf.

⁷ Tales como el caso "Odyssey", disponible la sentencia en el siguiente enlace http://www.goni-abogados.com/pdfs/TRAD%20Y%20NOTAS%20JLG%20ODY_SSEY.pdf, el caso "Carrero", por el que las autoridades españolas contrataron a un abogado externo ante la justicia cubana o la personación del Estado español ante la justicia francesa por el doble asesinato en Capbreton a manos de ETA a través de la contratación del prestigioso abogado y exsenador del UMP Henri Richemont.

⁸ Las declaraciones del portavoz así como su apuesta por la defensa externalizada pueden encontrarse en el siguiente enlace <http://www.elalmeria.es/article/almeria/1749663/ayuntamiento/quiere/abogados/externos/para/los/juicios/millonarios.html>



externalización de dichos servicios profesionales. Pero aunque el pago de los abogados internos, así como los externos que pudiera contratar el Ayuntamiento provengan del erario público, no es menos cierto que las reclamaciones económicas a las que tenga que hacer frente la Administración, también⁹. Por consiguiente, la elección de un abogado externo en aras a una mejor defensa ante asuntos de especial trascendencia económica y/o complejidad no debe ser siempre entendida como un dispendio inútil; es más, puede suponer un importante ahorro para las arcas públicas.

Por último, un tercer motivo que se ha llegado a aducir para la externalización de servicios jurídicos estriba en la sobrecarga de trabajo de los abogados internos de la Administración¹⁰. La externalización quizá pueda resolver alguna situación puntual de exceso de trabajo pero, del mismo modo, la ampliación de la oferta de empleo público, que se ha visto afectada durante los últimos años –lo que a buen seguro habrá influido en la referida sobrecarga- puede solucionar el problema planteado. Por tanto, no debiera considerarse un motivo suficiente para la contratación de abogados externos.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO: DOS POSIBLES INTERPRETACIONES

⁹ Por ejemplo, siguiendo con el ayuntamiento de Almería, en un contencioso-administrativo representado por abogado interno el TSJA confirmó sentencia condenatoria de 7 millones de euros. Vid STSJA Granada núm 2691/2013 de 26 septiembre 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª)

¹⁰ Así, a modo de ejemplo, la contratación de un abogado externo en el municipio de Sant Josep <http://www.noudiari.es/2014/11/sant-josep-contratara-un-abogado-externo-para-recurrir-la-multa-de-95-000-euros-que-le-impuso-el-consell/>

El procedimiento de contratación se hará depender del tipo de contrato, bien sea administrativo, bien de naturaleza civil. Habida cuenta de que la parte contratante es la Administración, lo lógico es que la contratación del abogado derive de un contrato administrativo de servicios mediante un proceso previo de adjudicación; sin embargo, tradicionalmente se ha utilizado también la vía civil, puesto que la contratación directa –p.ej. mediante poder notarial- resulta más rápida que aquella basada en un procedimiento previo de adjudicación.

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como regla general, el contrato Administración-Abogado (o despacho de abogados) está basado en un contrato de adhesión a lo dispuesto por la Administración y se rige por las cláusulas del Pliego concreto, así como por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RD 3/2011, de 14 de noviembre) (de ahora en adelante TRLCSP). En lo referente a la contratación de abogados externos, dentro de los contratos de servicios, en el Anexo II, categoría 21, se encuentra contemplado expresamente el contrato de servicios jurídicos.

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de los elementos que conforman el contrato administrativo de servicios, es necesario detenerse en algunas cuestiones que pudieran resultar relevantes con respecto a la externalización de los servicios jurídicos.

En primer lugar, el órgano de contratación se hace depender del tipo de Administración que suscriba el contrato.



-
- a) Administración central: a tenor de lo dispuesto en el art. 316 TRLCSP actúan como órganos de contratación los Ministros, Secretarios de Estado, Presidentes o Directores de organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales, organismos y entidades de la Seguridad Social, la Junta de Contratación Centralizada y la Dirección General de Relaciones y Cooperación¹¹.
- b) CCAA: sin perjuicio de que la legislación autonómica precise en determinados supuestos la autorización del Consejo de Gobierno, la competencia, por regla general, se atribuye al Consejero.
- c) Entidades locales: la contratación de las entidades locales se encuentra regulada en la DA 2ª del TRLSCP que, en función de la cuantía –y en lo que respecta al contrato de servicios- otorga competencia a los Alcaldes o Presidentes de las Diputaciones cuando el importe del contrato no supere el 10% de los recursos ordinarios ni 6 millones de euros. No obstante lo anterior, en municipios de gran población¹², con independencia de la cuantía o duración del contrato, la competencia recaerá en la Junta de Gobierno local

¹¹ Será necesaria la autorización del Consejo de Ministros cuando el contrato supere los doce millones de euros, se modifiquen las anualidades del art. 47 o se trate de un arrendamiento financiero. Cabe señalar que las facultades de contratación pueden ser delegadas mediante Real Decreto (art.317 y 318 TRLCSP)

¹² Se entiende por municipios de gran población aquellos que superen los 250.000 habitantes, capitales de provincia que superen los 175.000 habitantes, capitales de provincia, autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas y municipios que superen los 75.000 habitantes pero ostenten circunstancias económicas, históricas, sociales o culturales especiales (art. 121 Ley 7/1985 reguladora de las Bases del Régimen Local).

Resulta habitual, sin embargo, tal y como disponen los arts. 203 y ss que dicha competencia recaiga en favor de las centrales o juntas de contratación. La Dirección General del Patrimonio del Estado asume dicha función en favor de la Administración central, pero las propias CCAA, así como las Diputaciones pueden –y en la práctica suelen- crear juntas o centrales de contratación previo acuerdo del Pleno.

Por su parte, el contratista tiene el deber de cumplir con lo establecido en el art.54, por lo que la contratación de un despacho de abogados o de un abogado particular, deberá estar supeditada a que ostente plena capacidad de obrar, no se encuentre incurso en alguna prohibición de contratar y se encuentre habilitado profesionalmente, es decir, esté colegiado en un Colegio de Abogados (excepto que únicamente se pretenda el asesoramiento jurídico). Asimismo, tal y como acontece con cualquier contrato de servicios, podrá exigirse tanto al despacho de abogados-persona jurídica como al propio letrado que aporten su titulación académica y su *Currículum Vitae* para la acreditación de la solvencia profesional. En la práctica es frecuente que se exija un mínimo de antigüedad en el ejercicio del asesoramiento jurídico, así como de experiencia en la materia específica objeto del contrato, lo cual puede acreditarse mediante la aportación de otros contratos de servicios anteriores, sentencias sobre procedimientos en los que ha sido parte el despacho solicitante, etc.¹³.

¹³ Una exhaustiva solicitud de la acreditación de solvencia profesional para la contratación de servicios jurídicos puede encontrarse en el Contrato de Servicios de Representación y Defensa del Ayuntamiento de Segovia del año 2012, disponible en el siguiente enlace <http://www.segovia.es/index.php/mod.documentos/mem.des>



En cuanto a la elección del procedimiento de adjudicación en el ámbito local, aun cuando el objeto del contrato sea el mismo, esto es, la externalización del servicio jurídico, el procedimiento de adjudicación por el que optan las distintas Corporaciones Locales es diferente¹⁴.

A tenor de lo dispuesto en el art. 138.2, con carácter ordinario, la contratación administrativa debe realizarse mediante un procedimiento abierto o restringido, en los que los principios generales de la contratación –principio de igualdad de oportunidades, igualdad de trato, confidencialidad, proporcionalidad, etc.- concurren en toda su intensidad. Cabe la contratación directa, sin embargo, en los contratos menores que, con respecto al contrato de servicios, no pueden superar los 18.000€.

[cargar/fichero.documentos Pliego administrativo 42ead8a0%232E%23pdf](#)

¹⁴ Para la comparación de los procedimientos de contratación se han analizado diversos contratos de servicios jurídicos accesibles desde la red, concretamente los suscritos por el Ayuntamiento de Segovia http://www.segovia.es/index.php/mod.documentos/mem.des_cargar/fichero.documentos Pliego administrativo 42ead8a0%232E%23pdf, Peñíscola <http://www.peniscola.org/bd/archivos/archivo218.pdf>, Totana <http://datos.totana.es/descargas/Pliego%20servicios%20juridicos.pdf>, Caravaca de la Cruz http://www.caravaca.org/images/stories/files/perfilDelContratante/ContratoAsesoramientoJuridicoYDireccionLetrada/pliego_clausulasadmtvasasesjuridica.pdf, Basauri http://www.basauri.net/sites/www.basauri.net/files/pliegos_administrativos_31_14.pdf y Utrera http://www.utrera.org/opencms/export/sites/default/utrera/galeria/download/tcont.2.01260_2012_servicio_de_asistencia_juridica_y_laboral60_2012_pcap_servicio_asistencia_juridica_y_judicial1364285771332.pdf.

Aunque posea un carácter excepcional¹⁵, el procedimiento negociado –especialmente ágil y flexible cuando se realiza sin publicidad- se encuentra específicamente contemplado en el art. 174 para contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y que se encuentren comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, tal y como acontece con el contrato de servicios jurídicos. Se trata de un método de adjudicación que, como sostiene parte de la doctrina, no supone una licitación *stricto sensu*, en tanto que no es necesaria la inclusión de criterios de adjudicación en los pliegos¹⁶. En todo caso, no podrá adjudicarse la contratación por el procedimiento negociado cuando la cuantía exceda de 100.000€.

Resulta paradójico que el art.174 disponga que se podrán contratar servicios mediante este procedimiento –incluido obviamente los jurídicos- “...cuando no sea

¹⁵ Únicamente puede aplicarse el procedimiento negociado cuando concurren los presupuestos contemplados en los arts. 170-175 TRLSCP (art.138.2).

¹⁶ “Precisamente el procedimiento negociado se diferencia del procedimiento abierto y del restringido en que la adjudicación se efectúa previa consulta y negociación de los términos del contrato; en consecuencia no se trata de que la Administración determine un marco innegociable mediante los pliegos, limitándose el licitador a formular su oferta con mejora de precio o condiciones, posibilidad común en todos los procedimientos, sino de que se fijen en el pliego los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación y se negocien de modo efectivo con los candidatos, evaluando además posibles soluciones técnicas avanzadas o innovadoras y la situación real del mercado; lo contrario significaría una desviación respecto a la finalidad pretendida por la ley”
ESCRIHUELA MORALES, J. en *La contratación del sector público. Los contratos de suministros y de servicios.*, La Ley, 2ªEd. 2009, pág.920



posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido.” Pero, en la práctica, algunos ayuntamientos demuestran que es perfectamente posible la externalización de servicios jurídicos mediante procedimientos abiertos y con unos requisitos perfectamente concretados¹⁷.

No obstante lo anterior, en no pocas ocasiones, se opta sistemáticamente por el procedimiento negociado con la finalidad de adjudicar más fácilmente el contrato a un determinado abogado o despacho de abogados, habida cuenta de que los principios de contratación se encuentran más atenuados que en el resto de procedimientos –concretamente el de publicidad- y su justificación no resulta especialmente compleja¹⁸.

2. CONTRATO CIVIL

La práctica forense más reciente nos muestra, sin embargo, cómo los adjudicadores justifican la desviación del procedimiento administrativo, porque entienden que el contrato de asesoramiento jurídico es de naturaleza civil, concretamente de arrendamiento de servicios¹⁹.

Así, pues, en opinión de algunos adjudicadores, el contrato de arrendamiento de servicios no requiere

¹⁷ Tal y como acontece en el contrato de servicios jurídicos suscrito por el Ayuntamiento de Segovia, así como el de Basauri u Hoyo de Manzanares, a los que se puede acceder pinchando en los enlaces arriba citados.

¹⁸ Si a los supuestos de aplicación generales del procedimiento negociado del art.170 le sumamos los específicos del contrato de servicios del 174 encontramos un total de doce motivos que justifican la opción por dicho procedimiento.

¹⁹ Concretamente dos casos que tuvieron bastante repercusión mediática: la STS 841/2013 conocida como “Caso Minutas” y el ATS 20632/2014 el “caso Imbroda”.

procedimiento previo y basta con la mera ratificación del Consejo de Gobierno. Por ello, si se interpreta que la naturaleza del contrato es de carácter civil, en detrimento de la administrativa, sí cabe la adjudicación directa²⁰.

Como regla general, el contrato de arrendamiento o prestación de servicios se suscribe entre la parte contratante (el cliente) -en este caso, la Administración, ya sea ayuntamiento, diputación, etc.- y la parte contratada (el abogado) a quién se le encomienda un determinado servicio jurídico. El contrato suele contener, al menos, las cláusulas que a continuación se relacionan²¹.

a) Determinación de la prestación o encargo: la primera cláusula suele consistir en la delimitación del objeto contractual. En ella se establece pormenorizadamente el listado de tareas que el cliente encomienda al letrado, desde el asesoramiento inicial hasta la defensa y asistencia a juicio si fuere necesario.

b) Pacto de los honorarios: además de la correspondiente provisión de fondos, las partes acuerdan el porcentaje a percibir en caso de la obtención de una sentencia estimatoria para el cliente. Asimismo, también

²⁰ En el ATS 20632/2014 el adjudicador alega que “la contratación de letrados externos no requiere procedimientos al tratarse de una prestación de servicios, lo que requiere es la ratificación del Consejo de Gobierno y así se ha hecho siempre...”

²¹ Un ejemplo de contrato de arrendamiento de servicios jurídicos puede encontrarse en el siguiente enlace: http://www.policlinicalacibis.es/archivos/asistencia/contrato_accidentes.pdf. Asimismo, puede encontrarse jurisprudencia interesante sobre este contrato en ERVITI ORQUIN, E. y LÓPEZ GOÑI, M. *Arrendamientos de obra y de servicios*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición, Cizur Menor, 2009, págs. 609 y ss.



suele establecerse en favor del abogado las costas procesales cuando la contraparte haya sido condenada a su abono.

c) Autorización para transigir con la parte contraria: en muchos casos el cliente suele conferir al letrado una autorización para que pueda alcanzar acuerdos extrajudiciales –o intraprocesales, ante una conciliación, por ejemplo- en su favor.

d) Régimen jurídico del contrato: las partes establecen el régimen jurídico al que se encuentra sometido el contrato, principalmente al Código Civil y a los Códigos deontológicos correspondientes –generalmente el Estatuto General de la Abogacía, el Código Deontológico de la Abogacía y el Código del Colegio de Abogados en el que se encuentre colegiado el letrado-, así como determinan qué tribunales ostentarán competencia en caso de producirse algún tipo de conflicto entre las partes.

El contrato civil de arrendamiento de servicios finaliza por la expiración del término –en caso de que se pacte por un periodo de tiempo determinado-, por realización del encargo –este supuesto será más frecuente-, por mutuo disenso o por cualquier otra causa recogida en el art. 1732 CC²². Ello no obstante, tal y como suele acontecer en la práctica, puede ser renovado y/o prorrogado a fin de que el letrado continúe prestando sus servicios profesionales.

3. DISCREPANCIAS ACERCA DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL EN LA

²² No obstante lo anterior, la doctrina considera que el listado contemplado en el art. citado es ejemplificativo y no constituye en ningún caso un *numerus clausus*. CERVILLA GARZÓN, M.D. *La prestación de servicios profesionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, págs. 187 y ss.

RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TS (IMBRODA VS MINUTAS)

Resulta interesante observar cómo, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, existen discrepancias a la hora de determinar la naturaleza administrativa o civil del contrato entre la administración pública y el abogado. Para ello, seguidamente se expondrá la respuesta que el TS ha otorgado a la problemática referida en dos asuntos que, además, han tenido amplia repercusión mediática: el caso “Imbroda” y el caso “Minutas”.

a) Caso “Imbroda”

En una breve remisión a los hechos, el asunto conocido como “Caso Imbroda”, versa sobre la imputación del presidente de Melilla, Francisco José Imbroda por la comisión de un presunto delito de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos y de fraude a la administración. Concretamente se le imputaba la contratación de un abogado externo por la Ciudad Autónoma de Melilla para la dirección letrada de procedimientos judiciales sin mediar procedimiento de contratación alguno, sino únicamente mediante la otorgación de un poder notarial. La defensa del acusado sostenía, sin embargo, que la designación de abogado externo se venía haciendo desde 1970 mediante un contrato de arrendamiento de servicios de naturaleza civil y, en consecuencia, no a través de un contrato administrativo.

El *iter* procesal del asunto fue el siguiente: dado el aforamiento del Sr. Imbroda, el TS en un primer auto asumió la competencia y acordó la apertura del procedimiento penal²³. Dos meses después, el

²³ ATS 597/2015 de 2 de febrero



Magistrado instructor, entrando en el fondo del asunto, acordó el sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de infracción penal y archivó las actuaciones²⁴. El M.F. y la acusación popular interpusieron recurso de reforma ante el Magistrado instructor, que se ratificó en su anterior auto²⁵. Por último, tanto el M.F. como la acusación popular recurrieron en apelación ante la Sala que, sorprendentemente –porque ninguna de las partes reparó en ello en el transcurso del proceso- archivó definitivamente el asunto sin necesidad de entrar en el fondo ya que se el delito de prevaricación había prescrito²⁶.

Cabe prestar especial atención al ATS 2132/2015 porque es el que entra en el fondo material del asunto.

Del citado auto se desprende que, para el Tribunal, el mero hecho de que la defensa interpretase que la naturaleza contractual era civil supuso que existieran dudas acerca del procedimiento de contratación y no cabía hablar de ilegalidad “...por cuanto era discutido qué normas jurídicas se debían aplicar al citado contrato”²⁷, por lo que se descartó cualquier atisbo de prevaricación administrativa –ello se analizará más profundamente en el epígrafe posterior-. Pero, además, la Sala no asumió que la contratación de abogado externo por las AAPP deba realizarse siempre siguiendo los trámites establecidos en el TRLCSP sino que, acogiéndose a la posición de la defensa, determinó que, en la actualidad, no queda clara la naturaleza del contrato abogado-AAPP. Así, pues, finalmente incidió en que “No corresponde a esta sala determinar cuál es la naturaleza del contrato y el procedimiento que debió seguirse, ya que no es la jurisdicción competente...”. Por tanto, el TS en este

²⁴ ATS 2132/2015 de 6 de abril

²⁵ ATS 3362/2015 de 28 de abril

²⁶ ATS 5576/2015 de 10 de julio

²⁷ Vid. FJ 2º del citado Auto.

supuesto asume que aun existiendo una regulación administrativa concreta para que las AAPP externalicen su asesoramiento jurídico, no se puede confirmar la prevalencia de la naturaleza contractual administrativa frente a la civil.

b) Caso “Minutas”

En la STS 841/2013, conocida como caso “Minutas”, el TS, sin embargo, falló de forma totalmente diferente.

El presente caso, relacionado estrechamente con el caso Malaya, tiene su origen en la contratación del abogado D. José María del Nido por parte del Ayuntamiento de Marbella, durante el mandato de D. Julián Muñoz. La Sala de lo Penal del TS confirmó casi en su totalidad la sentencia de la AP de Málaga y condenó tanto al citado abogado como al ex alcalde marbellí por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos de dicho ayuntamiento. Así, pues, quedó probado que *“la mecánica del desvío de dinero público consistió en que el Ayuntamiento de Marbella pagaba minutas al abogado del Nido –de ahí el nombre del caso- por trabajos jurídicos innecesarios. Del Nido cobró entre 1999 y 2003 un total de 2,86 millones por este procedimiento, a través de 79 minutas de las cuales sólo dos resultaron reales”*²⁸.

En una minuciosa y, a su vez, larga sentencia -244 páginas-, queda reflejado cómo desde el Ayuntamiento de Marbella se encomendaron directamente y sin seguir ningún tipo de procedimiento previo de adjudicación al abogado José María Del Nido distintas tareas de

²⁸ Información extraída del resumen de la sentencia recogida en la propia página del CGPJ. Disponible en el siguiente enlace http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Tribunal_Supremo_condena_a_Del_Nido_y_a_Munoz_a_siete_anos_de_prision_por_malversacion_y_prevaricacion_en_el_caso_Minutas



asesoramiento jurídico que, bien no se realizaron, bien suponían unos honorarios desorbitados –vid. los supuestos del FJ 7º desde la letra A) a la M)-. En palabras del propio Tribunal *“En esta vasta reseña de actuaciones documentadas del recurrente se evidencia la ausencia de expedientes de contratación, en los que imperativamente se deberían hacer constar la necesidad de una contratación externa que deberá estar justificada si la administración no quiere incurrir en arbitrariedad (art. 9.3º C.E.)”*²⁹.

El TS confirma que concurren no pocas irregularidades administrativas en la contratación del abogado externo, tales como el incumplimiento del requisito de determinación del precio o el tratamiento a los distintos contratos suscritos de “contratos menores” cuando no lo eran.

En lo referente a la naturaleza de la contratación, del mismo modo que en el caso Imbroda, la defensa de Julián Muñoz afirmó que *“es un hecho notorio y conocido que nunca ha existido expediente de contratación para utilizar los servicios de otros abogados y tampoco es la regla general en el país, además que la ausencia de expediente nunca podía constituir un ilícito penal, reseñando contrataciones de letrados y otros profesionales por ese informal procedimiento, esto es, prescindiendo de expediente administrativo”*. Del citado razonamiento se infiere que la defensa considera que no es necesario que la contratación del abogado deba realizarse vía administrativa, sino que la en la práctica generalmente se opta por contratos de naturaleza civil.

Pero, a diferencia del asunto “Imbroda”, en el que el Tribunal no quiso entrometerse acerca de la naturaleza que debe ostentar el contrato abogado-AAPP, en este caso sí determina la necesidad de establecer un

²⁹ Vid. FJ 7º 3. de la referida sentencia.

procedimiento administrativo de contratación cuando las cuantías son importantes. Por tanto, el propio TS determina literalmente que *“Es factible incluso que, con determinados límites, un Ayuntamiento puede contratar un servicio externo de asistencia jurídica, pero no es menos cierto que excediendo de dos millones de pesetas debía hacerse con expediente administrativo o por escrito, lo que permitiría calibrar su necesidad, en tanto el nombramiento, debía estar al margen de toda arbitrariedad (art. 9.3 C.E.).”*

Asimismo, ante los argumentos expuestos por la defensa de José María Del Nido para justificar su designación como abogado del Ayuntamiento de Marbella³⁰, el TS concluyó que los acusados habían vulnerado flagrantemente las antiguas Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas y el RDL 2/2000 de TRLCAP por la innecesidad de los encargos, la indeterminación del precio y por la comisión de ilegalidades administrativas³¹. Consecuentemente, la Sala de lo Penal, en el presente caso, sí analiza la legislación administrativa aplicable para valorar la existencia de la prevaricación, a diferencia del supuesto anteriormente analizado y, por tanto, cabe la interpretación por la que el TS presupone la prevalencia de la naturaleza administrativa frente a la civil del contrato abogado externo-AAPP.

En conclusión, ante dos supuestos -con notables diferencias- en los que se ha procedido a la designación de abogado externo por parte de las AAPP sin seguir

³⁰ Vid. F.J. 15º, concretamente en la pág.157 de la STS 841/2013

³¹ Las vulneraciones se encuentran minuciosamente expuestas en el F.J 15º, punto 3º págs. 159, 160 y 169 de la citada sentencia.



ningún procedimiento, en el asunto "Imbroda" no se accedió a valorar la naturaleza del contrato, mientras que en el caso "Minutas" el TS dejó claro que, ante determinadas cuantías –que no diferían tanto de las devengadas en el caso Imbroda- debía seguirse un procedimiento administrativo.

Sería oportuno que el TS mantuviera una única línea jurisprudencial en la materia, a ser posible la establecida en el caso Minutas, para así proteger la necesidad de establecer un procedimiento administrativo de adjudicación, al menos cuando el asesoramiento se prevea que pueda resultar elevado. De este modo, se produciría un control en la designación que, mediante una designación directa –vía poder notarial, por ejemplo- no existiría.

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA PRUEBA EN LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

La contratación irregular del abogado externo puede, asimismo, merecer un reproche penal. Y ello porque el legislador introdujo en el CP de 1995 el delito de prevaricación administrativa que, sin embargo, todavía en la actualidad plantea distintos problemas en sede probatoria³².

El referido tipo penal se encuentra contemplado en el art. 404 CP, el cual dispone que *"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*

³² Para un análisis más detallado de la prevaricación administrativa puede consultarse GARCIA PAZ, D. y JIMÉNEZ VACAS J.J "Sobre el delito de prevaricación administrativa en el Código Penal español" *Diario La Ley* nº 8279, 26 de marzo de 2014.

empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

Se trata de un delito cuya finalidad consiste en asegurar el correcto funcionamiento de la Administración pública a través del respeto a los principios de actuación constitucionalmente reconocidos, concretamente en su art. 103. El carácter penal y no meramente administrativo de la conducta reside en su gravedad y en el desvalor de una actuación contraria al interés general y que afecta al conjunto de la sociedad. Los elementos del citado tipo penal se relacionan a continuación.

a) Tipo objetivo: desviación (grave) del procedimiento legal

En la mayoría de ocasiones las AAPP se encuentran sometidas en su actuación a una determinada regulación (ley, reglamento, ordenanza, etc.). Resulta normal –e incluso habitual- que, ante la disparidad de regulaciones –local, provincial, autonómica,...- se haya adoptado un acto administrativo conforme a un procedimiento legal incorrecto pero ello no merezca un reproche penal. Es más, es frecuente que, en un proceso penal, las defensas aleguen que la actuación imputada no reviste carácter delictivo sino que, únicamente, podría constituir una irregularidad administrativa.

Por consiguiente, para la enervación de la presunción de inocencia con respecto al referido tipo penal no basta con que concurra una desviación del procedimiento legal, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario “que la resolución implique un “torcimiento del Derecho” o una contradicción con el Ordenamiento Jurídico, ya se trate de normas sustantivas o procesales, que por ser de tal manera patente o grosera pueda ser perfectamente apreciable por cualquiera, no bastando pues la mera ilegalidad que



*puede ser producto de una interpretación erróneo o equivocada o discutible, como en tantas ocasiones ocurre en Derecho*³³. Por tanto, el concepto de "arbitrariedad" o "injusticia" queda *"limitado a aquellas resoluciones que, de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente"*³⁴.

Para que la flagrancia, clamor, contradicción patente o grosera de la resolución con la legalidad vigente sea considerada delictiva es necesario, además, que haya sido dictada por autoridad o funcionario público de forma consciente y deliberada lo que, tal y como se examina infra, no siempre resulta fácil probar.

b) Tipo subjetivo: de forma consciente y deliberada ("A sabiendas de su injusticia")

La autoridad que dicta el acto o resolución administrativa –en este caso, el Alcalde o Presidente de Diputación, CCAA, etc.- debe ser consciente de que la resolución por él dictada vulnera el procedimiento legalmente establecido. Ello no obstante, la prueba de la intencionalidad resulta harto compleja, habida cuenta de que, tal y como se relaciona a continuación, la autoridad (1) bien alega desconocimiento del procedimiento existente, (2) bien traslada la culpa a otros funcionarios o técnicos o (3) bien la comparte cuando la resolución ha sido aprobada por el Pleno, Mesa de Contratación, etc.³⁵.

(1) Así, pues, tanto en el caso "Imbroda", como en el caso "Minutas" las defensas alegaban que sus clientes no

³³ STS 1095/1993 de 10 de mayo

³⁴ STS 772/1992 de 17 de mayo. En un mismo sentido cabe citar las STS 171/1996 de 1 de abril, la 2282/1985 de 20 de abril.

³⁵ Muy interesante e ilustrativo resulta el análisis que realiza J. R. Chaves sobre la STS 729/2014 de 24 de noviembre en su blog. Vid. la entrada "El delito de prevaricación reverdece jurisprudencialmente", disponible siguiendo este enlace <http://contencioso.es/2015/02/10/el-delito-de-prevaricacion-reverdece-jurisprudencialmente/>

siguieron el procedimiento administrativo, porque, tal y como se ha apuntado en el epígrafe anterior, tradicionalmente la designación del abogado externo se ha realizado vía contrato de arrendamiento de servicios. En primer lugar, es necesario señalar que la justificación basada en el “*se venía haciendo así*” o “*así se ha hecho siempre*” no puede devenir válida. Y ello, porque, si se entendiera que la designación vía contrato civil proviene de la costumbre, aunque es cierto que se trata de una fuente del Derecho reconocida en el art. 1 del Código Civil, no lo es menos que existe una ley administrativa que regula el procedimiento de contratación de abogados externos por las AAPP y, de acuerdo con el art. 1.3 del Código Civil, “*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable...*” Por consiguiente, resulta sencillo para la defensa alegar el desconocimiento de la ley aplicable e incluso para la autoridad pública simular dicho desconocimiento optando desde el principio por otras vías de contratación, por ello no debiera el TS aceptar la tesis del desconocimiento del procedimiento legalmente establecido –esto es, lisa y llanamente, el desconocimiento del Derecho- como elemento que pueda eximir de responsabilidad penal³⁶.

³⁶ Tal y como acontece en el caso Imbroda “*En el presente supuesto no cabe apreciar una contradicción patente y grosera con el Derecho, basada en una contradicción palmaria de los trámites procedimentales referidos a un contrato específico; en la medida en que se discute y existen discrepancias interpretativas sobre cuál era la naturaleza del contrato que se suscribió. Esto es, si existen discrepancias sobre cuál era la naturaleza del contrato, también existirán sobre cuáles eran los trámites procedimentales que se debían seguir, lo que impide hablar de una ilegalidad evidente y flagrante y clamorosa o de una desviación o torcimiento del Derecho, por cuanto era discutido qué normas jurídicas se debían aplicar al citado contrato(...)* Allí donde hay duda sobre el Derecho aplicable no puede entenderse presente una desviación del



(2) Otro argumento que esgrimen las defensas de los imputados radica en la transferencia de responsabilidad al Secretario-Interventor. El hecho de que el Interventor no haya informado acerca de la contratación –el clásico “nadie me informó”– no debe ser óbice para eximir de responsabilidad a quien finalmente tiene la última palabra y, para más inri, utiliza sistemas de contratación directa mediante los cuales, precisamente, pretende evitar los controles que el procedimiento administrativo contiene³⁷. Pero además, si se demostrase que el técnico actuó negligentemente o, incluso, falseó el informe, deberá ser declarado penalmente responsable por la comisión de un delito de falsedad documental³⁸.

(3) Asimismo, tampoco debe acogerse el motivo basado en que la resolución ha sido refrendada por el Pleno. La aprobación por parte del Pleno o por algún otro “filtro”³⁹ –p.ej. mesas de contratación– únicamente pretende otorgar apariencia de legalidad a un acto que vulnera el procedimiento legalmente establecido, cual es el

Derecho que deba considerarse delictiva, porque precisamente falte en la que sustentarla”

³⁷ También se da el caso, en no pocas ocasiones, que la autoridad directamente ignora los informes de los técnicos. Vid., p.ej., STS 729/2014 de 24 de noviembre

³⁸ Así ocurrió en el caso Minutas (pág.109 y ss.) en la que, eludiendo el procedimiento administrativo pertinente, finalmente el Secretario-Interventor redacta un escrito titulado “constancia de hechos” y es condenado por un delito de falsedad en documento oficial.

³⁹ En el referido caso Minutas, la defensa alegó que “no se ha tenido en cuenta que el control por parte del Alcalde, la Comisión de Gobierno, el Secretario Municipal y el Interventor Municipal era suficiente filtro para garantizar la necesidad del servicio...” No se trata, sin embargo, de que se establezcan filtros, sino que se utilicen los existentes, que están establecidos legalmente.

recogido en el TRLCSP. No se puede pretender que un delito deje de serlo por la mera aprobación del pleno⁴⁰.

Por lo anteriormente expuesto, el juez o tribunal debe ser especialmente cauteloso ante la facilidad que supone para la defensa del imputado alegar, aparentar e incluso crear estrategias defensivas que demuestren el desconocimiento acerca de la actuación delictiva llevada a cabo en la designación del abogado externo.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1) Si bien es cierto que el art. 551.3 LOPJ plantea la posibilidad de que las CCAA y los entes locales puedan designar abogados distintos a aquellos pertenecientes a sus servicios jurídicos (tal y como dispone la cláusula "*salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda*"), no lo es menos que dicha designación debe estar sometida a un procedimiento de adjudicación. Y ello, porque la parte contratante es la Administración, sometida al TRLCSP que, a mayor abundamiento, contiene un contrato específico de prestación de servicios jurídicos. Por tanto, sí es posible contratar asesoramiento jurídico externo, pero la contratación, como acontece en otro tipo de contratos de la Administración, debe realizarse bajo un procedimiento de adjudicación.

2) Ante la citada problemática, el juez debe entrar a valorar la naturaleza contractual abogado-AAPP, especialmente cuando la cuantía sea elevada, partiendo de la base de que se trata de un contrato de naturaleza administrativa y no civil, favoreciendo la necesidad de establecer procedimientos administrativos de

⁴⁰ En este sentido se pronuncia la STS 729/2014 de 24 de noviembre.



adjudicación en detrimento de la contratación civil directa. Lo contrario seguirá dando lugar a la ausencia de controles, lo cual se traduce en irregularidades y en el pago de honorarios desorbitados que, desgraciadamente, tiene que soportar el contribuyente.

3) En caso de que el juez o magistrado penal decline entrar a valorar la naturaleza contractual –tal y como ha acontecido en el caso Imbroda- podría interponer una cuestión prejudicial ante un tribunal administrativo (art. 4 LECrim) o incluso hacer uso de la nueva disposición adicional vigésimo primera de la LOPJ que, a petición del titular, permite la adscripción de otros jueces o magistrados sin funciones jurisdiccionales en el asunto para la realización exclusivamente de labores de colaboración, asistencia y asesoramiento. De este modo, ante la complejidad de la causa por la existencia de cuestiones técnicas que trascienden el ámbito meramente penal, podría solicitar la opinión de especialistas en Derecho administrativo o civil para determinar la vulneración del procedimiento de contratación legalmente establecido.

4) Cuando no existan indicios suficientes que permitan la obtención de una condena por prevaricación administrativa, nada obsta para la impugnación de la resolución en vía administrativa. Máximas como el *in dubio pro reo*, que imperan en el proceso penal, dificultan la enervación de la presunción de inocencia, pues se exige una elevada suficiencia probatoria que impide la condena penal del funcionario. Por ello, la vía administrativa, en la que no es necesario probar el dolo sino que basta con demostrar la vulneración del procedimiento, puede resultar más eficaz en la lucha contra este tipo de corrupción que la vía penal.

5) Por último, más allá de los mecanismos punitivos, sería necesario aumentar los controles y mejorar los instrumentos preventivos a fin de dificultar al funcionario

la elusión del procedimiento de adjudicación establecido. En primer lugar, reforzando la independencia de los Secretarios e Interventores frente a los Alcaldes o Corporaciones. Aunque el sueldo base suele estar fijado por el Estado, no pocos complementos dependen del poder municipal por lo que, si el político electo tiene la capacidad de influir económicamente en el funcionario técnico, es razonable pensar que actuará en su favor para obtener dichos complementos y retribuciones. Por consiguiente, sería necesario que el total de las retribuciones –esto es, el salario base más todos los complementos- sean fijados por el Estado central, estableciendo topes máximos que impidan un enriquecimiento desorbitado y difícilmente justificable – un ejemplo paradigmático de ello es el caso Malaya y el patrimonio del Sr. Roca-.

En segundo lugar, mediante la adopción de programas de cumplimiento legal en las administraciones públicas, el denominado "*public compliance*". De la misma forma que, desde el año 2010 y tras la introducción en nuestro país de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las empresas están adoptando los programas de cumplimiento o "*compliance*", las AAPP debieran, tras analizar sus riesgos específicos, establecer controles preventivos para combatir prácticas corruptas y fomentar la cultura del cumplimiento legal. Se trata de trasladar aquello que se está realizando en el ámbito privado al público, tal y como ha hecho, por ejemplo, el legislador italiano en la Legge Anticorruzione 190/12.