

Los Contratistas de los Ayuntamientos no deben fiarse de cualquiera: La STS de 26 de mayo de 2009

Contribuido por Rodrigo J. Ortega Montoro
29.06.2009

Curiosa la STS de 26 de mayo de 2009, de la Sala de lo Penal. Y es que no resulta apreciable el delito de estafa aunque el Alcalde (en esta ocasión, Alcaldesa), y en nombre de la Corporación a la que representa, concierte contratos de obra a sabiendas de la falta de crédito y liquidez para atender el pago de dichas obligaciones. Es más, las empresas contratistas lo que deben es indagar la situación económica o solvencia del Ayuntamiento con el que contratan; Contrasta con el supuesto típico de estafa consistente en entrar en un restaurante sin dinero, sabiendo que no se podrá hacer frente a la factura, y lanzándose a efectuar consumiciones alegremente.

Recordemos que la estafa se tipifica, tipo básico, en el artículo 248 del Código Penal: "Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno";

Entremos en el caso. La Alcaldesa de un pequeño municipio contrata con dos empresas (matrimonio los administradores de sendas empresas) la ejecución de una serie de obras (arreglo de balsa de riego, horno de pan, escombrera, trabajos en la red de saneamiento, etc.), entre los años 2000 a 2001, por un importe total de 122.271,63 euros. Las empresas endosan las facturas a unas Cajas de Ahorros, con el consentimiento de la Alcaldesa, en nombre del Ayuntamiento, pero no fueron abonadas y la acusada entregó entonces dos cheques a cargo de una cuenta bancaria municipal ("firmados por la acusada y por dos más por el mismo importe"; suponemos que se trata de los claveros), que resultaron sin fondos. La Audiencia Provincial absolvió a la acusada de malversación de caudales públicos y desobediencia a la autoridad judicial, condenándola sin embargo por delito de estafa y a abonar en concepto de responsabilidad civil las cantidades impagadas a las contratistas. Recurrida la sentencia, el TS resuelve absolviendo a la acusada del delito de estafa y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial.

El TS analiza los elementos que configuran el delito de estafa. El engaño es el alma de este tipo delictivo, que consistiría en hacer creer al otro o convencerle de algo que no es verdad. Engaño que además debe ser bastante, esto es, suficiente y eficaz para mover la voluntad del sujeto pasivo, debiendo tener adecuada entidad; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes. Paralelamente, el sujeto pasivo debe actuar bajo el principio de desconfianza, y desplegar una actividad mínima o razonable de indagación.

Aplicando tales elementos al caso concreto, el TS resalta una serie de notas (literalmente extraídas de la sentencia; la negrita es nuestra):

"a) Los perjudicados son contratistas de obras y por tanto profesionales con experiencia que conocen de sobra las pertinaces y extendidas (casi endémicas) dilaciones y retrasos, algunas exageradas, en el cumplimiento de las obligaciones de los entes públicos (particularmente Ayuntamientos) en el pago de las prestaciones con las personas con quienes contratan.

b) Los perjudicados (") habían ya contratado con el Ayuntamiento (") en otra ocasión y tuvieron algunos problemas sobre la puntualidad del pago y liquidez.

c) La acusada antes de contratar comunicó el sistema de pago a los contratistas y les informó oportunamente de que el importe de los trabajos se satisfarían con los créditos ordinarios o extraordinarios recibidos como subvención de la Diputación, dada la insuficiencia del presupuesto municipal para hacer frente.

d) Los ofendidos saben que la localidad tiene en total 70 habitantes, luego, el presupuesto municipal debía ser necesariamente exiguo y de él deberían pagarse gastos absolutamente necesarios. Además, como entidad pública, tales presupuestos pueden ser conocidos por cualquiera, como las subvenciones que el Ayuntamiento recibe, dada la transparencia que debe existir en los entes públicos con respecto a sus cuentas y actuaciones oficiales de todo orden";

Es decir, los contratistas se pusieron voluntariamente en situación de riesgo al contratar con el Ayuntamiento, ya que sabían o podían conocer sin dificultad que el Ayuntamiento no era precisamente la entidad más solvente del entorno. Y ello aunque la Alcaldesa "sabía desde el principio que no podía hacer frente al pago puntual de las deudas o que con las inciertas subvenciones que recibiría el Ayuntamiento no era improbable o se representó como posible no cumplir fielmente los compromisos que adquiriría (")";

Otro elemento esencial en la estafa es el ánimo de lucro, que aquí tampoco resulta apreciable en la Alcaldesa, ya que la deuda es cierto que no ha sido pagada pero las obligaciones contractuales subsisten y resulta exigible lo convenido. Dice la STS que (") A falta de precisión sobre el término de pago (aunque el contrato debía concretarlo), la obligación del deudor debe surgir una vez cumplida la prestación de la otra parte, pero las circunstancias hacen que incurra no en un incumplimiento, sino en un cumplimiento deficiente o defectuoso, con devengo de intereses y satisfacción de perjuicios";. No obstante, recordemos aquí, en cuanto al término del pago, el artículo 99 de la

entonces vigente Ley de Contratos, Texto Refundido de 2000, que obliga a la Administración a abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obra…

Concluye la STS señalando que “(;…) no nos hallamos ante un contrato civil o mercantil criminalizado, pues nunca la alcaldesa pretendió incumplir, aunque sí era consciente y asumió una excesiva morosidad consecuencia de la falta de liquidez en las cuentas de la Corporación, circunstancia no ignorada por los terceros perjudicados.

La asunción de una obligación por una entidad pública, en principio, asegura su cumplimiento, siempre que sea jurídicamente posible. De ahí que no existiera desde un inicio voluntad de incumplimiento, para, sin la menor intención de pagar, aprovecharse de las prestaciones de la otra parte (…). A la vista de todo lo argumentado es patente que no existió delito de estafa (…)”.

Me gustaría haber conocido, por otro lado, y a ello no alude la STS, qué informó al respecto el Secretario-Interventor en cuanto a la tramitación seguida de los contratos (si es que existió tramitación, claro está), si se contrató sin existir crédito presupuestario adecuado y suficiente (suponemos que así fue, si se pensaba pagar con cargo a subvenciones futuras y no presupuestadas), etc., y en base a dicha información (si es que se emitió) cómo actuó o decidió seguir actuando la Alcaldesa…

Volvemos al tema de la imperiosa necesidad de fortalecer los sistemas de control de los gobiernos locales (y por extensión, de todos los gobiernos), de la voluntad de aplicar las normas que se dictan, algo elemental en todo Estado de Derecho, y de aclarar quién responde de los perjuicios patrimoniales que se originan por la “gestión” (palabra que encanta a los prestidigitadores de la política y otras artes) de la cosa pública, tanto a los sufridos ciudadanos como a los contratistas de la Administración (me refiero a los que actúan de buena fe, claro está). Por lo pronto, sabemos que, y desde una perspectiva penal, no constituye delito de estafa que el Ayuntamiento contrate con terceros sabiendo que su insolvencia es manifiesta y no pagará (en todo caso, la deuda ya la soportarán posteriores Corporaciones, de acuerdo con la tradicional máxima “el que venga atrás, que arree”), teniendo en cuenta que los contratistas deben indagar la situación económico-financiera del Ayuntamiento con el que contratan, y dado que la transparencia de sus cuentas es algo bien conocido por todos …