

LA APLICACIÓN DEL COMISO EN CASO DE ADJUDICACION DE CONTRATOS PUBLICOS OBTENIDA MEDIANTE SOBORNO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

Isidoro Blanco Cordero

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Vigo

Secretario General Adjunto de la

Asociación Internacional de Derecho Penal

Resumen: La contribución analiza la aplicación de las disposiciones sobre el comiso en los casos en que se obtiene la adjudicación de un contrato público mediante el soborno de empleados públicos. En particular, el artículo examina las diferentes opiniones de la doctrina alemana, y tiene en cuenta la opinión del Tribunal Supremo alemán sobre la materia.

Palabras clave: comiso, corrupción, adjudicación de contratos públicos, Tribunal Supremo alemán.

Abstract: The contribution analyzes the application of the forfeiture provisions when a public contract award is obtained through corruption of public officials. In particular, the article examines the different

Recibido: junio 2007. Aceptado: septiembre 2007

opinions in the German literature, and takes into account the opinion of the German Supreme Court on the subject.

Keywords: Forfeiture, Confiscation, Corruption, Public Contract Award, German Supreme Court.

1. Introducción

La corrupción destapada durante los últimos meses en España (especialmente de naturaleza urbanística) está poniendo de manifiesto las enormes cantidades de dinero y bienes que genera este tipo de actividad. Se informa de extensas propiedades inmobiliarias, numerosas obras de arte, joyas, grandes sumas de dinero en metálico, empresas, etc. De hecho, en el año 2006 se bloquearon 3.000 millones de euros (€) procedentes de actividades criminales organizadas, corrupción y blanqueo, cincuenta veces más que en 2005¹. La corrupción constituye un fenómeno criminal orientado a la obtención de beneficios económicos mediante el uso desviado del poder por parte normalmente de quien ejerce funciones públicas (hoy día se extiende también al ámbito privado). Para luchar contra ella se ha diseñado una *política criminal* dirigida a privar a los corruptos de sus ganancias, que se asienta esencialmente sobre tres pilares²:

1. El *comiso* de los bienes de origen delictivo, para arrebatar las ganancias ilícitas a los corruptos.
2. La *sanción del blanqueo de dinero como delito*.
3. El último de los pilares descansa sobre el denominado *enfoque o estrategia "Al Capone"*, consistente en *gravar* impositivamente los bienes de origen ilícito. De esta manera se obliga a los corruptos a pagar impuestos por sus beneficios ilegales, y en caso de no hacerlo, se

1 *Cfr.* la información en el artículo "Las operaciones contra el narcotráfico y la corrupción bloquean 3.000 millones en 2006", de José Manuel Romero, *El País*, lunes 29 de enero de 2007, pg. 18.

2 Sobre esta cuestión *cfr.* BLANCO CORDERO, Isidoro, "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos", en *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP – e-RIAPL)*, 2007.

les sanciona penalmente por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública³.

Quizás el pilar que menos atención ha recibido ha sido el primero, esto es, el del *comiso*. Hasta no hace muchos años se atribuía escasa relevancia al comiso de los bienes de origen delictivo que se encuentran en poder del delincuente. Posiblemente la razón de ello era que el proceso penal se dirigía en esencia a la sanción del delito y no a la privación de los bienes procedentes del mismo⁴. Pero también lo era la escasez de medios a disposición de las autoridades judiciales para localizar e identificar tales activos ilícitos. Esto está cambiando, y durante estos últimos años la institución del comiso está adquiriendo una gran importancia, hasta el punto de ser considerada el “arma central” en el arsenal dirigido a hacer frente a los productos del delito⁵.

En efecto, hoy día se destaca que el comiso constituye un *instrumento de enorme eficacia* para hacer frente a la criminalidad económica, la corrupción y el crimen organizado. Por ello esta institución ha evolucionado de forma vertiginosa en Europa, y ha alcanzado una capacidad expansiva sin precedentes. Sin embargo, en España se le está sacando muy poco partido. Esta contribución pretende precisamente evidenciar hasta dónde puede llegar el comiso, tomando como referencia supuestos de corrupción en los que el objeto lo constituye la adjudicación de contratos públicos.

3 Con lo que a las ganancias de origen delictivo se las somete a un doble gravamen: por un lado el comiso, y por otro están sujetas a tributación. Sobre los problemas que plantea esta cuestión cfr. BACH, Florial, “Die steuerliche Seite des (strafrechtlichen) Verfalls – Gleichzeitig Anmerkung zum BGH Urteil vom 21.3.2002 – 5 StR 138/01”, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, 2/2006, pgs. 46-49.

4 Así lo apunta CRIBB, Nicholas, “Tracing and confiscating the proceeds of crime”, en *Journal of Financial Crime*, Volume: 11, Issue: 2, 2003, pgs. 168-185, pg. 180.

5 *Payback Time. Joint Review of asset recovery since the Proceeds of Crime Act 2002* (<http://www.hmica.gov.uk/files/Full.pdf>), pg. 42, nm. 2.20.

Los *Tribunales españoles* han enjuiciado casos en los que empresas (normalmente del ámbito de la construcción) obtienen la adjudicación de contratos para la ejecución de obras públicas mediante el pago de comisiones ilegales a personas al servicio de las Administraciones públicas (estatales, autonómicas o locales)⁶. Estas personas se conciertan con representantes de las empresas a fin de obtener beneficios económicos cobrando comisiones a aquellas que finalmente obtienen la adjudicación de la ejecución de las obras que promueve la correspondiente Administración pública. Habitualmente los empleados públicos se comprometen a ejercer su influencia en las decisiones del organismo público contratante, para que se adjudique el contrato público a cambio del pago de la comisión. La empresa adjudicataria de las obras se compromete por su parte a pagar una comisión por un valor resultante de aplicar un porcentaje al precio de la oferta base propuesta.

Objetivo de este trabajo no es discutir la calificación jurídica de los hechos, normalmente constitutivos de delitos de cohecho, prevaricación u otros delitos contra la Administración pública. Tampoco es objeto de este trabajo analizar cuestiones relacionadas con el actuar en nombre o representación de la empresa, generalmente una persona jurídica, que paga al corrupto por la adjudicación del contrato⁷. Lo que se examina aquí es si entran en juego los preceptos relativos al comiso y, en caso afirmativo, de qué manera se aplican y cuáles son los bienes a decomisar. Se trata de un tema de gran actualidad en Alemania, donde el Tribunal Supremo alemán (BGH – *Bundesgerichtshof*)

6 *Cfr.*, entre otras, la STS núm. 575/2004 (Sala de lo Penal), de 11 mayo; STS núm. 504/2003 (Sala de lo Penal), de 2 abril; STS núm. 1335/2001 (Sala de lo Penal), de 19 julio; STS núm. 20/2001 (Sala de lo Penal), de 28 marzo; STS núm. 1493/1999 (Sala de lo Penal), de 21 diciembre. Existen varias sentencias de las Audiencias Provinciales sobre el tema.

7 Específicamente sobre esta cuestión *cfr.* SEDEMUND, Jan, “Der Verfall von Unternehmensvermögen bei Schmiergeldzahlungen durch die Geschäftsleitung von Organgesellschaften”, en *Der Betrieb*, 07.02.2003, Heft 06, pgs. 323-329.

ha enjuiciado el conocido caso del escándalo de la basura de Colonia, relativo a la construcción de una planta de incineración de residuos para el tratamiento térmico de las basuras, y por la que se pagaron comisiones ilegales. En España, salvo error u omisión por mi parte, no existen trabajos sobre este específico tema que a mi juicio presenta un enorme interés.

2. La situación en Alemania tras la Sentencia del Tribunal Supremo alemán BGH Urt. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05

El tema ha sido objeto de examen por la *jurisprudencia alemana* en un asunto que no coincide completamente con el supuesto más común, esto es, la adjudicación de un contrato administrativo, pero que guarda con él gran similitud, porque se corrompe a personas del sector privado que administran bienes de naturaleza pública. Ya hemos dicho que a los efectos de este trabajo el problema no es tanto la calificación jurídico-penal de los hechos, cuanto la determinación del objeto a decomisar y su valor, y en este concreto aspecto la cuestión es exactamente idéntica. Por eso, exponemos a continuación los hechos y las diversas soluciones que se proponen en la doctrina alemana en relación con el objeto a decomisar, para finalizar con la exposición de la opinión del Tribunal Supremo alemán.

2.1 Hechos

En el año 1990 el ayuntamiento de la ciudad Colonia decidió constituir una empresa de reciclaje de basura utilizando la forma de una empresa mixta controlada por el ayuntamiento con una participación del sector privado. La inclusión de un empresario privado se hizo para utilizar sus conocimientos especializados y su experiencia, así como para contribuir al ahorro de costes. Como socio ganó el procesado T, que a través de distintas empresas poseía una posición dominante en el sector de la basura en Renania —calificada por algún testigo de “monopolística”—. La ciudad de Colonia (parte del capital social 50.1%), S K G (parte del 24.8%) y T E.G.V (parte del 25.1%) crearon en 1992 la empresa

AVG. Su objeto social era el establecimiento y explotación de las plantas para el tratamiento térmico y la conversión en compost (abono orgánico) de las basuras, así como la construcción de una planta de reciclaje industrial de las basuras teniendo en cuenta las pautas y directrices del negocio de las basuras del ayuntamiento de Colonia. Los estatutos de la sociedad disponían que para la adopción de decisiones importantes era necesaria una mayoría de tres cuartos. El ayuntamiento de Colonia concluyó con AVG un contrato a largo plazo de recogida de basuras, según el cual AVG se obligaba a llevar a cabo las tareas de retirada de la basura para su reciclaje, su conversión en compost y su tratamiento térmico o incineración. Director único de la empresa AVG era el procesado E. El ayuntamiento de Colonia reguló la recogida de basuras mediante la ordenanza de basuras, según la cual el negocio de las basuras se consideraba un servicio público en el sentido de unidad jurídica, económica y organizativa.

Una de las tareas centrales asignadas a la sociedad AVG para los años siguientes era la construcción de una planta de incineración de residuos (en adelante RMVA) en Colonia para proceder al tratamiento térmico de las basuras. Tras el anuncio del concurso para la planificación y construcción de la planta se recibieron varias ofertas de diversas empresas; algunas de ellas prometían además el pago de comisiones ilegales de entre el 2% y el 3% de la cuantía de la adjudicación. Uno de los ofertantes era L & C (en adelante LCS), cuyo director era el procesado M. A través de la influencia del procesado Wi, que había actuado durante varios años como asesor en administración de empresas para LCS y que por razón de su carrera política tenía numerosos contactos con los responsables del ayuntamiento de Colonia encargados de adoptar la decisión, en el otoño 1993 —algún tiempo antes de la fecha de toma de decisión— se acordó entre E, T y M, que en caso de que se adjudicara el contrato a LCS se pagarían comisiones ilegales por un valor total del 3% del valor de la adjudicación en partes iguales a E, T y Wi, en forma de un tercio tras la conclusión del contrato, un tercio después del comienzo de la construcción y un tercio después de la conclusión del trabajo de

construcción. E y M manipularon el concurso, de modo que LCS finalmente obtuvo la adjudicación por ser la oferta más favorable después del conocimiento de las otras ofertas. En el precio de 792 millones de Marcos alemanes (en adelante DM) finalmente fijado a pagar por AVG se incluía el coste de las comisiones ilegales por un valor de alrededor de 24 millones DM⁸.

La empresa LCS liquidó en el año 2001 el proyecto RMVA, del que esperaba obtener ganancias, con unas pérdidas por valor de 688.000 €. Estaba en una situación de *insolvencia* y se inició por ello un procedimiento concursal.

Se trata de un caso cuya *calificación jurídica* es objeto de amplio debate en Alemania, donde se cuestiona la cualidad de empleados públicos de los implicados y si son de aplicación los tipos penales relativos a la infidelidad o abuso de confianza (*Untreue*) del § 266 StGB (*Strafgesetzbuch* – Código penal alemán). Pero la cuestión central, que ha dado lugar a análisis exhaustivos de la doctrina especializada, es la determinación de los bienes que pueden ser objeto de comiso cuando se trata de la adjudicación de contratos de obras públicas. Al hilo de este caso se han propuesto en Alemania básicamente tres interpretaciones que examinamos a continuación.

2.2 Contexto de la discusión

El problema del objeto y la cuantía a decomisar se plantea en Alemania como consecuencia de la introducción en su ordenamiento jurídico del principio de ganancias brutas. En el año 1992 se modificó la regulación del comiso en ese país contenida en el § 73 StGB⁹, de manera que el término “ganancias” (*Vermögens-*

8 AVG pagó a LCS casi en su totalidad lo convenido incluyendo la parte de las comisiones ilegales incluida en tales pagos hasta agosto de 2000. Los pagos de las comisiones ilegales se realizaron a través de diversas empresas suizas, que el procesado T facilitó según lo convenido para ocultarlos.

9 El 7 de marzo de 1992 entró en vigor la “*Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze*” de 28 de febrero de 1992(BGBl. I S. 372).

vorteil, ventaja o beneficio patrimonial) fue sustituido por el de la obtención de “algo” (“*etwas*” o “*Wert des aus der Tat erlangten*”), siendo dicho “algo” el objeto del comiso. La jurisprudencia alemana, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, interpreta este cambio legislativo en el sentido de rechazo del principio de ganancias netas e incorporación en la legislación penal del de ganancias brutas¹⁰. Esto significa que son decomisables todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo se que ha invertido en su ejecución (método este del descuento que se ha de utilizar de seguir el principio de ganancias netas). La opción por el principio de ganancias brutas es objeto de críticas¹¹, considerando algunos que no es obligada según el tenor literal de la ley y otros que es necesario introducir límites a la hora de proceder a su aplicación¹².

2.3 Interpretación amplia: comiso de la cuantía total de la adjudicación del contrato administrativo

Una aplicación extrema del *principio de ganancias brutas* en el caso que analizamos lleva a considerar objeto del comiso el valor total de lo obtenido por el corrupto, esto es, el valor de la adjudicación (*Werklohnthese*). De acuerdo con esta interpretación, la cuantía total del valor de la adjudicación del contrato, que incluye evidentemente el dinero ingresado por la ejecución del mismo, se ha de considerar como la ganancia obtenida del delito, en el escándalo de la planta de incineración de residuos de Colonia el volumen de la adjudicación por valor de 792 millones DM. En este sentido se pronuncia el *Oberlandesgericht (OLG) Köln*, que examinó el caso objeto de estudio, y que entiende que

10 *Cfr.* un análisis de la jurisprudencia del *BGH* en HOHN, Kristian “Die Bestimmung des erlangten Etwas i.S.d. § 73 StGB durch den *BGH*”, en *Wistra*, Heft 9, 2003, pgs. 321-327.

11 Sobre las críticas y la doctrina al respecto, *cfr.* RÖNNAU, Thomas, *Vermögensabschöpfung in der Praxis*, München, 2003, nm. 189.

12 Así lo indica KUDLICH, Hans, “Die Anordnung des Verfalls (§§ 73ff. StGB) bei verbotenem Insiderhandel nach § 38i. V.m. § 14 WpHG”, en *Wistra*, Hef 4, 2007, pgs. 121-127, pg. 121, con ulteriores referencias bibliográficas.

la ganancia obtenida es la adjudicación del contrato para la construcción de la planta de incineración de residuos y en consecuencia los pagos por la ejecución de los trabajos en cuantía total de 792 millones DM¹³. Esta misma opinión es también defendida por el Ministerio fiscal¹⁴.

Contra esta tesis se formulan diversas *críticas*:

1. Se rechaza esta interpretación por su carácter *desproporcionado*, ya que puede colocar a la empresa en una situación de insolvencia e incluso llevar a su cierre¹⁵. Este escenario puede afectar también al patrimonio de terceras empresas que han sido subcontratadas por la empresa principal, y que pueden resultar perjudicadas si ésta se descapitaliza por aplicación del comiso, generando un efecto en cadena del que sólo resulta beneficiada la Administración pública. Es más, dado que las cantidades pagadas por la adjudicación del contrato se consideran ganancias, y por lo tanto están contaminadas, podría extenderse el comiso a los pagos recibidos por las empresas subcontratadas, a no ser que demuestren su buena fe (que en algunos casos puede ser difícil si son filiales de la empresa principal)¹⁶.

13 *Oberlandesgericht Köln*, 08.08.2003, 2 Ws 433/03 08. 2. Strafsenat, § 29 ss. Esta parece ser también la opinión del *OLG Thürigen*, Beschl. Vom 27. Juli 2004 – 1 Ws 234 – 236/04, en *Wistra* 3/2005, pgs. 114 ss.

14 Así lo apunta HOHN, Kristian, “Abschöpfung der Steigerung des Firmenwerts als Bruttowertersatzverfall? Anmerkungen zu BGH Urt. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05”, en *Wistra* 2006, pgs. 321-325, pg. 321.

15 En este sentido HUSBERG, Walter, *Verfall bei Bestechungsdelikten - Eine Untersuchung über die Voraussetzungen und Auswirkungen der Verfallsanordnung gemäß §§ 73 ff. StGB unter besonderer Berücksichtigung des *lucrum ex crimine bei den Bestechungsdelikten**, Aachen, 1999, pg. 174; SALIGER, Frank, “Kick-Back, ‘PPP’, Verfall - Korruptionsbekämpfung im ‘Kölner Müllfall’”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 47, 2006, pgs. 3377-3381, pg. 3381; WEHNERT, Anne/MOSIEK, Marcus, “Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers”, en *Der Strafverteidiger (StV)*, 2005, pgs. 568-576, pg. 574.

16 En sentido similar WEHNERT/MOSIEK, “Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers”, *cit.*, pg. 575. Consideran estos autores que esta tesis es contraria al derecho vigente en Alemania, y también al principio de ganancias brutas.

2. El comiso del valor total de la adjudicación del contrato puede vulnerar el *derecho fundamental a la propiedad*. Ello supone concebir el comiso como una pena, que menoscaba el patrimonio del autor y que va más allá del objetivo y finalidad del comiso de ganancias, llegando a tener efectos confiscatorios evidentes¹⁷.

3. En el caso de las obras públicas el comiso del precio total implica que los costes de la adjudicación fluyen de nuevo a las arcas públicas, lo que va a producir un *enriquecimiento de la Administración*. De esta manera la Administración resulta remunerada por la corrupción de sus funcionarios, y le van a salir gratis las obras públicas¹⁸ (quizás se va a producir un cambio de adscripción patrimonial, en función de la concreta Administración [estatal, autonómica o local] a la que se asignen los bienes decomisados).

2.4 La interpretación restrictiva de Hohn: comiso de las comisiones ilegales

La segunda opinión, más restringida, considera que el objeto del comiso son las “*posibilidades de obtener la adjudicación al margen de los criterios de contratación*” o, dicho de otro modo, el *valor de la “manipulación del proceso de contratación”*, que en el caso del escándalo de Colonia es el dinero pagado por la adjudicación del contrato, esto es, 24 millones DM. Ya en el año 2003 Hohn sugirió que lo que obtiene el responsable no es el contrato, sino exclusivamente el incremento de sus posibilidades de obtener la adjudicación por la manipulación del proceso de contratación¹⁹. A título explicativo, señalaba que si se parte de la base de que en la Unión Europea sólo cinco empresas están en condiciones de construir una planta de incineración de basuras de

17 Así WEHNERT/MOSIEK, “Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers”, *cit.*, pg. 575.

18 Cfr. HUSBERG, *Verfall bei Bestechungsdelikten*, *cit.*, pg. 174.

19 Cfr. HOHN, “Die Bestimmung des erlangten Etwas i.S.d. § 73 StGB durch den BGH”, *cit.*, pg. 323.

esta naturaleza, desde el principio la empresa corruptora dispone de un 20% de posibilidades de obtener la adjudicación. Mediante el pago de comisiones ilegales incrementa sus posibilidades. Si el valor del contrato a obtener es de mil millones, el incremento de posibilidades tiene un valor de 800 millones. Ahora bien, a efectos del comiso lo que obtiene el responsable del delito no son los 800 millones en los que está valorado el incremento de posibilidades de obtener la adjudicación. El valor de mercado de tal incremento de posibilidades es exclusivamente de 24 millones DM, esto es, el valor de las comisiones ilícitas pagadas²⁰.

Recientemente *Hohn*²¹ ha concretado y matizado más su postura al hilo del análisis de la decisión del Tribunal Supremo alemán en el caso de la construcción de la planta de incineración de basuras de Colonia. A su juicio, la empresa corruptora no ha obtenido la adjudicación *directamente* a cambio del pago de comisiones ilegales, sino de la “*manipulación del método de contratación*”. La cuestión entonces es cuál es el valor de este servicio consistente en distorsionar el proceso de adjudicación de un contrato. La respuesta no requiere conocimientos en economía, dice, porque se conoce el valor del pacto ilícito: la manipulación del proceso de adjudicación tiene un valor de 24 millones DM (cuantía de las comisiones ilegales), puesto que este es el valor concreto para el ofertante y el demandante del servicio.

Reconoce *Hohn* que se puede criticar que este método deja la determinación del valor de lo obtenido a la *arbitrariedad* (*Willkür*) de los intervinientes en el hecho. Pero esta circunstancia no quita objetividad a este método: el mecanismo de valoración de un bien de acuerdo con la decisión de los intervinientes en el mercado es algo generalmente aceptado y posiblemente el único procedimiento real de valoración no discutido. La determinación del valor de un bien con base en la ley de la oferta y la demanda

20 *Ibidem*, pg. 324.

21 *Cfr.* HOHN, “Abschöpfung der Steigerung des Firmenwerts als Bruttowertersatzverfall? Anmerkungen zu BGH Urt. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05”, *cit.*, pgs. 324/5.

no puede desvirtuarse alegando su falta de objetividad, pues ello pone en cuestión el sistema de economía de mercado²².

La tesis estricta de la manipulación *limita el valor económico* de la ganancia obtenida por el acto corrupto a los 24 millones DM pagados en forma de comisiones ilegales. Contra ella se han vertido algunas críticas. a) El problema del caso de la planta de incineración de basuras de Colonia es que la comisión ilegal pagada no pertenece al corruptor, sino que es dinero público, pertenece al perjudicado por el hecho, la Administración pública. Por eso, a juicio de algunos autores el comiso de los 24 millones DM sin más es contrario al § 73.1 inciso segundo StGB, que impide decomisar aquellos bienes en poder de los responsables penales que el perjudicado tenga derecho a reclamar²³. b) Además, esta tesis supone afirmar que el único que obtiene ganancias susceptibles de ser decomisadas es el empleado público corrupto, y no la empresa corruptora. Esta conclusión no es convincente, si se tiene en cuenta que lo que persigue la empresa corruptora es obtener beneficios económicos, y lo habitual es que la ejecución del contrato público genere tales beneficios.

2.5 Interpretación intermedia: la ventaja económica obtenida de la ejecución del contrato. Especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo alemán BGH Ur. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05

Una tercera opinión, intermedia entre las otras dos, considera decomisible la *ventaja económica derivada de la obtención de la adjudicación del contrato*. El problema es determinar cómo se valora dicha ventaja económica, y si han de tenerse en cuenta otros beneficios indirectos generados por la obtención de la adju-

22 Dice este autor que tampoco se puede alegar contra la suma de 24 millones DM que no es el corruptor quien paga esta cuantía porque en el pacto corrupto se ha acordado que se va a repercutir en el precio destinado a la construcción de la planta incineradora de residuos.

23 Cfr. SALIGER, "Kick-Back, 'PPP', Verfall - Korruptionsbekämpfung im 'Kölner Müllfall'", *cit.*, pg. 3381.

dicación. Como vamos a ver, fue *Husberg* quien en primer lugar se refirió a esta interpretación en 1999. Posteriormente *Sedemund* analizó esta cuestión y realizó diversos estudios exhaustivos sobre ella. Precisamente el Tribunal Supremo ha acogido la opinión de este último autor para resolver el caso de la planta incineradora de residuos de Colonia.

2.5.1 La opinión de *Husberg*

En el año 1999 *Husberg*²⁴ propuso como posible solución (entre otras que este autor criticaba) proceder a la *privación de todas las ganancias* con el fin de que el autor se quede sin ningún beneficio, pero que ello no le genere pérdidas económicas. Se persigue así el objetivo de que tras el comiso de las ganancias permanezca en el patrimonio de la empresa corruptora sólo el precio de coste de la ejecución del contrato. El comiso que prive de todo lo obtenido supone la imposición de un mal que va más allá de la finalidad del comiso de ganancias, asignándole funciones propias de la pena criminal. La ganancia que ha de decomisarse se calcula restando a los pagos obtenidos por el autor los gastos realizados para la ejecución del contrato.

2.5.2 La opinión de *Sedemund*

*Sedemund*²⁵ comienza explicando la forma de determinar lo obtenido del delito de acuerdo con el *principio de ganancias brutas*. Este principio, como se ha dicho ya, impide descontar de las ganancias lo invertido por el autor en la ejecución del delito. En el caso analizado, dice, el director de la empresa corrompe y obtiene un contrato sinalagmático. Pues bien, según dicho principio no se puede descontar la cuantía de la comisión ilícita del valor del contrato sinalagmático.

24 Cfr. HUSBURG, *Verfall bei Bestechungsdelikten*, cit. pg. 175.

25 Cfr. SEDEMUND, Jan, "Der Verfall von Unternehmensvermögen bei Schmiergeldzahlungen durch die Geschäftsleitung von Organgesellschaften", en *Der Betrieb*, 07.02.2003, Heft 06, pgs. 323-329, pg. 326.

A su juicio, la *ganancia obtenida* no es el valor que se va a pagar por la ejecución de la obra, sino el *derecho a la ejecución de un contrato* y las ganancias que espera obtener la empresa. Se trata de un contrato sinalagmático, esto es, un contrato bilateral con prestaciones recíprocas. Cada una de las partes está obligada a una prestación, el contrato engendra dos obligaciones contrapuestas. Entre las dos obligaciones y las dos prestaciones existe un nexo lógico denominado reciprocidad (que implica interdependencia entre ellas), de manera que cada parte no está obligada a su propia prestación, sin que sea debida la prestación de la otra. Pues bien, las prestaciones y obligaciones a que obliga el contrato adjudicado, y que surgen en el mismo momento, son, por un lado, la obligación del corruptor de ejecutar los trabajos que exige el contrato y, por otro, la obligación de la Administración de pagar por ellos. Dice *Sedemund* que a efectos del comiso no es correcto atender sólo al valor del coste de la ejecución de dicho contrato, esto es, a los pagos o precio de los trabajos a que obliga. Pues con ello se abarca sólo una parte de lo obtenido de ese contrato sinalagmático que implica prestaciones recíprocas. Esta parte no se puede separar civilmente de la contraprestación acordada. Pues sólo se puede exigir la ejecución del contrato en su totalidad.

Los *gastos no deducibles* (principio de ganancias brutas) son los pagos de las *comisiones ilícitas*, se hayan pagado directamente o indirectamente a través de una empresa pantalla. Estos se realizan en el marco de una acción antijurídica para la obtención de un derecho a la ejecución de un contrato (y las contraprestaciones correspondientes)²⁶.

La *justificación dogmática* de esta solución, continúa, reside en que jurídicamente es obligatorio adoptar una perspectiva económica, tal y como exige el § 73a StGB, relativo al comiso por valor equivalente. Una interpretación del texto legal acorde con la voluntad del legislador permite concluir que es decomisible

26 *Ibidem*, pg. 327.

“la totalidad de lo obtenido del hecho”²⁷. Cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar una determinada ventaja proveniente de un delito, procede en su lugar decomisar el valor equivalente si tiene un valor económico cuantificable. Por eso, lo que ha obtenido el autor del delito se ha de valorar desde un punto de vista económico. Esto es fácil cuando se trata de una cantidad de dinero o de un bien corporal, pero difícil cuando la ventaja tiene una naturaleza distinta. En definitiva, las ganancias obtenidas en el sentido del § 73 StGB son los bienes de todo tipo en la medida en que tengan un valor económico.

Cuando se trata de la adjudicación de un contrato esto significa que desde una perspectiva económica son decomisables no los pagos o el precio de ejecución de la obra, sino el *derecho a la ejecución* del mismo y por lo tanto las ganancias que se espera obtener. Este resultado tiene sentido, dice aquel autor, pues aunque la ejecución del contrato genere pérdidas, existe un interés económico en su ejecución (como veremos a continuación, por el prestigio que da a la empresa) y se ha de decretar el comiso.

Por lo tanto, concluye este autor, sólo puede ser objeto de comiso el valor de la ventaja económica que constituye la adjudicación del contrato obtenido. Incluso si el negocio contablemente genera pérdidas se puede aplicar el comiso en la medida en que la ejecución del contrato administrativo tenga para el corruptor un valor mensurable. Por ejemplo, puede ocurrir que dicho contrato deficitario genere *beneficios en la competencia* susceptibles de valoración, el fortalecimiento de la posición de la empresa en el mercado, la expulsión y correspondiente supresión de competidores o simplemente la posibilidad de mantener operaciones comerciales para evitar costes por la inactividad (o baja actividad) de la empresa. Incluso la obtención de contratos prestigiosos puede servir de publicidad para la empresa y mejorar su situación

27 El comiso debe referirse a la totalidad de lo obtenido (“*die Gesamtheit des Erlangten*”) se dice en los trabajos preparatorios de la reforma penal del comiso en Alemania. Cfr. BT-Drucks. 12/989, pg. 23.

económica²⁸. Con todo, dice *Sedemund* que la *dificultad* reside en la *determinación del valor* de estos aspectos. No se puede proceder al comiso, dice este autor, si la adjudicación del contrato carece de valor porque es un negocio con pérdidas y este efecto deficitario no se ve compensado por la obtención de una posición ventajosa en la competencia. Y ello porque la adjudicación no tiene ningún valor económico (positivo) mensurable. A la inversa, se ha de ordenar el comiso cuando la empresa ha obtenido mediante la adjudicación del contrato ganancias y/o una situación ventajosa en la competencia económicamente cuantificable.

Otros autores alemanes (al igual que el TS alemán) se han adherido a esta opinión. Así, *Whener* y *Mosiek*²⁹ entienden que la ganancia obtenida en este caso es la adjudicación del contrato como tal, junto con los derechos que se derivan (el derecho al pago de los trabajos) y las obligaciones (obligación de realización del trabajo). El derecho al pago de los trabajos y la obligación de ejecutarlos integran el contrato sinalagmático y están unidos mutuamente de forma inseparable. De acuerdo con el principio de ganancias brutas se ha de decomisar el valor económico del contrato sinalagmático, la *unidad* de derecho al pago y obligación de ejecución de los trabajos. Junto a ello, la empresa va a obtener también beneficios consistentes en una posición ventajosa en la competencia, que serán objeto de comiso si son valorables económicamente.

2.5.3 La Sentencia del Tribunal Supremo alemán BGH:
Urt. v. 2.12.2005 - 5 StR 119/05

2.5.3.1 El comiso de las ganancias calculadas y de los eventuales beneficios adicionales

Tomando como referencia la opinión de *Sedemund*, el Tribunal Supremo alemán (*BGH*), en su sentencia de 2 de di-

28 *Cfr.* SEDEMUND, “Der Verfall von Unternehmensvermögen bei Schmiergeldzahlungen durch die Geschäftsleitung von Organgesellschaften”, *cit.*, pg. 328.

29 *Cfr.* WEHNERT/MOSIEK, “Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers”, *cit.*, pg. 574.

ciembre de 2005, fija lo que se ha de decomisar en el caso de la construcción de la planta incineradora de basuras de Colonia. A su juicio, la ganancia obtenida mediante el pago de comisiones ilegales no es el precio acordado por la adjudicación, sino el valor total del negocio del contrato en el momento de la adjudicación; este abarca a) la ganancia que se calcula obtener, y b) los eventuales beneficios económicos adicionales que genere.

El *comiso* se regula en el § 73 StGB alemán, que contiene sus presupuestos de aplicación. En cuanto a los objetos a decomisar, el *BGH* interpreta la expresión “lo obtenido del hecho” contenida en el § 73.1 StGB como comprensiva de todos los bienes que fluyen al autor directamente de la realización del tipo en cualquier momento; la expresión “lo obtenido por el hecho” a la que también alude dicho § 73.1 StGB engloba todos los bienes que se entregan al autor como contraprestación por su acto antijurídico, pero que no proceden de la propia realización del hecho. El principio de las ganancias brutas significa que si se acredita que el autor ha obtenido beneficios del delito, para el cálculo de la cuantía de lo obtenido no han de descontarse los gastos realizados en su ejecución.

Explica el *BGH* que el comiso debe tener en cuenta como imagen especular las ganancias que ha obtenido el autor del hecho; se precisa según esto una *relación directa o relación de inmediatez* entre el hecho y la ganancia (*Unmittelbarkeitsbeziehung*). Este es un dato muy importante que ha sido destacado por algún autor al comentar esta sentencia³⁰. De acuerdo con este criterio de la inmediatez, sólo son objeto del comiso aquellos bienes que se obtienen del delito, aquellos que fluyen al autor directamente de la realización del tipo en cualquier fase de la ejecución del hecho³¹. Es evidente que el principio de inmediatez excluye de

30 Cfr. SALIGER, “Kick-Back, ‘PPP’, Verfall - Korruptionsbekämpfung im ‘Kölner Müllfall’”, *cit.*, pgs. 3380/1.

31 La exigencia de una relación de inmediatez entre el hecho y la ventaja como elemento no descrito del § 73.1 inciso 1º StGB se deriva, por un lado, de que el comiso ha de tener como imagen especular las ventajas patrimoniales obtenidas y, por otro, de la necesidad de distinguir y delimitar totalmente entre las ganancias obtenidas de forma directa y las ventajas indirectas (utilidades, subrogados) a las que alude el § 73.2 StGB. *Ibidem*.

las ganancias directas del hecho el precio pagado por la ejecución de los trabajos. Pues el pago de la ejecución del contrato se hace con posterioridad a que ingrese el contrato adjudicado en el patrimonio de la empresa, las comisiones ilegales constituyen por tanto ventajas indirectas y no directas.

a) Pues bien, a juicio del BGH lo directamente obtenido del delito por la empresa es la *adjudicación del contrato*, y no los pagos convenidos para la ejecución del mismo, que ya no se habrían obtenido directamente del “hecho”. Penalmente manchada está sólo la clase y la forma en la que se ha obtenido la adjudicación del contrato, no la ejecución del mismo.

El *valor económico* de lo obtenido en el momento de la adjudicación del contrato se determina en función de las *ganancias esperadas*. Un indicio especialmente fuerte de ellas es el margen de beneficio que ha influido en el corruptor a la hora de proceder al cálculo del precio de la adjudicación (normalmente un porcentaje de dicho precio). Si faltan indicios también puede servir como fundamento para el cálculo el de las ganancias generadas normalmente en la rama o sector de que se trate (el § 73b StGB permite que se pueda proceder a la valoración o estimación de la cuantía de lo obtenido). Con el beneficio que se espera obtener se abarca suficientemente el valor económico de la adjudicación del contrato lograda mediante el pago de comisiones ilegales.

b) En algunos casos pueden existir indicios de la obtención de *ventajas económicas adicionales* de la adjudicación del contrato. Se trata de otras ventajas indirectas, como por ejemplo la posibilidad concreta de concluir posteriores contratos de mantenimiento de la planta construida o de otro negocio de construcción, la posibilidad de obtener otras adjudicaciones para plantas similares, el aumento del valor económico del nombre comercial de la empresa por la obtención de una adjudicación prestigiosa, la evitación de pérdidas por la utilización de las capacidades disponibles o la mejora de la posición en el mercado mediante la eliminación de competidores. Si existen suficientes indicios de la obtención de tales ventajas adicionales, se puede valorar su cuantía en la medida en que las circunstancias ofrezcan para

ello fundamentos sólidos. En su caso, se puede proceder a la consulta de peritos.

Un *indicio* importante para la determinación de tal valor sobre las ganancias calculadas de una adjudicación puede ser, entre otros, *el precio que está dispuesto a pagar* el corruptor al corrupto. En efecto, la suma pagada en concepto de comisiones ilegales será un indicio importante del “precio de mercado” del contrato adjudicado y también de las ganancias calculadas, sobre todo si el corruptor aporta por sí mismo la cuantía del soborno y no –como en este caso– encareciendo el precio del contrato de forma pactada con los corruptos.

Si el valor de la adjudicación obtenida mediante el pago de sobornos se conoce en el momento de la adjudicación, el *principio de ganancias brutas* impide que se descuenten los gastos de trámite para la obtención de la adjudicación del contrato (especialmente las comisiones ilegales pagadas).

Como hemos dicho, al final la empresa adjudicataria se encontraba en una *situación de insolvencia* porque tuvo que proceder a realizar trabajos adicionales de saneamiento. Evidentemente los acreedores de la empresa afectados por la insolvencia tienen derecho a que se proceda a la apertura del correspondiente procedimiento concursal, dice el TS alemán, algo que no se ve impedido por la posible imposición del comiso. El Tribunal alude a las consideraciones del *Landgericht* (Tribunal regional), que prescinde, a su juicio con razón, de decretar el comiso (del valor equivalente) con base en lo dispuesto en el § 73c.1 StGB, que impide el comiso cuando este suponga para el afectado un rigor o severidad injusta (principio de proporcionalidad similar al previsto en el art. 128 CP español). Las acciones de resarcimiento de daños que pesan sobre la empresa adjudicataria impiden una decisión sobre el comiso (de acuerdo con el § 73.1 StGB), al menos por las cantidades debidas no satisfechas por los acusados. Sin embargo, el *BGH* advierte que el *Landgericht* no fundamenta suficientemente porqué concurren los requisitos del § 73c.1 inciso 1 StGB que hacen desproporcionado el comiso. A su juicio, el recurso a este inciso primero debe completarse con una referencia al inciso 2 de dicho precepto, que impide el comiso cuando ya no exista en el patrimonio del sujeto el valor

de lo obtenido. Pues bien, de acuerdo con este precepto entiende el TS alemán que sería desproporcionado decretar el comiso porque la empresa LCS no obtiene una ganancia duradera, que supere las demandas de resarcimiento de daños (esencialmente del AVG), porque en realidad lo que generó el contrato fueron pérdidas como consecuencia de los trabajos de saneamiento o garantía en cuantía de 688.000 €. Por eso, el *BGH* opina -con base en la cláusula de rigor o prohibición de exceso del § 73c.1 inciso 2 StGB- que es proporcionado y razonable (*angemessen*) prescindir del comiso (del valor equivalente) respecto de los sujetos insolventes que en última instancia no han obtenido ninguna ganancia y sobre los que pesan sustanciales demandas de indemnización.

2.5.3.2 Crítica a la opinión del Tribunal Supremo alemán: incremento del valor del negocio de la empresa versus valor de la manipulación de la adjudicación

La opinión del Tribunal Supremo alemán ha sido objeto de incisivas *críticas* por parte de *Hohn*, que es el autor que ha expuesto los argumentos más elaborados contrarios a dicha decisión. Según este autor, realmente el *BGH* no apunta como objeto del comiso a la adjudicación del contrato, sino que pretende que se pueda decomisar la cuantía en la cual se ha revalorizado la empresa corruptora. En efecto, trata de determinar las ganancias examinando si la empresa ha experimentado un incremento del valor de negocio o de la empresa como consecuencia de la obtención de la adjudicación del contrato. A esta conclusión se llega, dice *Hohn*, si se tiene en cuenta que no es posible la valoración de la adjudicación del contrato porque carece de valor de mercado. Sólo se puede determinar un precio de mercado para los trabajos a que obliga el contrato (en cuantía de 792 millones DM), pero no para la adjudicación como unidad. El *BGH* se vio obligado a determinar las ganancias del delito de forma indirecta y por eso se refiere a los efectos que va a tener el pago de la ejecución del contrato en el patrimonio de la empresa³².

32 El valor de negocio o de la empresa, explica este autor, es el que permanece si se suprime el valor del contrato adjudicado del valor total de todos los

Hohn considera que el *BGH* no señala el objeto correcto para decomiso cuando se está refiriendo (no expresamente) al incremento del valor del negocio o de la empresa. Pues la revalorización de la empresa o del negocio por la obtención de la adjudicación del contrato no se corresponde con el valor de la adjudicación. El Tribunal Supremo no intenta determinar el valor de la adjudicación aisladamente, sino como parte del valor del producto de la empresa incrementado por la adjudicación del contrato. Esto queda claro si se tiene en cuenta que alude a criterios de valoración tales como el de la “evitación de pérdidas por la utilización de las capacidades disponibles” y la “mejora de la posición de mercado mediante la supresión de competidores”. Con ello se hace referencia a los efectos de la adjudicación del contrato o de su ejecución en esa concreta empresa.

En contra de la posibilidad de decomisar el incremento del valor de la empresa argumenta *Hohn* que el pago de la ejecución del contrato *no aumenta su valor*. Y ello porque la empresa debe proceder al reajuste de los beneficios ligados a la ejecución del contrato, dado que la adjudicación fue obtenida de forma delictiva y ha de tomar precauciones para hacer frente al riesgo de imposición del comiso. En estas circunstancias la adjudicación del contrato no produce un incremento del valor del negocio o de la empresa³³.

bienes (y derechos, el activo) disminuido por las deudas (el pasivo). Puesto que la adjudicación del contrato no representa ningún valor material, la cuantía de la ganancia obtenida equivale al incremento del valor del negocio o de la empresa. Afirmo *Hohn* que la determinación de la cuantía en la que se revaloriza la empresa podría calcularse respondiendo a la pregunta de qué cantidad estaría dispuesto a pagar un comprador hipotético de la empresa si tiene en cuenta los eventuales efectos sobre los ingresos que va a tener la adjudicación del contrato. El *BGH* determina el valor de la adjudicación con base en las ganancias que espera obtener la empresa en el futuro restando los pagos futuros motivados por la ejecución del contrato. Se refiere así a los efectos valorables en el momento de la obtención de la adjudicación (esto es en el presente), por eso trabaja con el concepto de posibilidades. Pues el valor del negocio se basa en la información de los pronósticos de la obtención de ganancias de una empresa.

33 Si teniendo en cuenta estos parámetros uno se hace de nuevo la pregunta de qué estaría dispuesto a pagar razonablemente un comprador de la empresa

En definitiva, concluye *Hohn* que la decisión del *BGH* sobre la determinación y valoración de la ganancia obtenida de un delito es contraria al § 73 n°. 1 inciso 1° StGB. A su juicio, la identificación de la adjudicación del contrato con la ganancia obtenida infringe el principio de inmediatez, porque lo directamente obtenido es el servicio consistente en la manipulación del proceso de adjudicación del contrato.

3. La solución en el Derecho penal español

3.1 Comiso de las comisiones ilícitas: art. 431 CP

El Código penal español contiene una detallada regulación general del comiso en el art. 127. Junto a ella, regula específicamente el comiso para los delitos de cohecho y tráfico de influencias en el art. 431 CP. Dispone este precepto: “*En todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso*”³⁴. La doctrina apenas se ha ocupado del análisis de este artículo.

Algunos *autores* señalan que esta regulación expresa es necesaria, pues el comiso en el CP anterior no incluía las ganancias provenientes del delito. Pero además, y dado que las dádivas, presentes o regalos constituyen el objeto material del delito, tampoco podían ser objeto de decomiso. Hoy día se considera redundante, pues la regulación general del comiso incluye ya los provechos económicos que se derivan del delito, entre los que han de incluirse las dádivas, presentes o regalos³⁵. *Valeije Alvarez*

teniendo en cuenta la adjudicación obtenida, la respuesta sería nada. Por lo que no se puede, a su juicio, decomisar nada.

- 34 MORALES PRATS/RODRIGUEZ PUERTA, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.) / Fermín Morales Prats (coord.). Autores Ramón García Albero, Fermín Morales Prats, José Miguel Prats Canut, Gonzalo Quintero Olivares, María José Rodríguez Puerta, José M^a Tamarit Sumalla, José Manuel Valle Muñoz, Carolina Villacampa Estiarte, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5ª ed., Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2005, pg. 1681, advierten que solo pueden decomisarse las dádivas y los regalos efectivamente entregados, y no aquellos que sólo han sido ofrecidos, solicitados o prometidos.
- 35 Así, CERESO DOMINGUEZ, Ana Isabel, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada, 2004, pg. 104.

negaba en su día que fuese una redundancia, ya que su utilidad se justificaba por la expresión “en todo caso” que utilizaba el art. 393 del CP derogado (la redacción actual emplea la expresión “en todos los casos”). Con esta expresión se quiere indicar, dice, que no es preciso que las dádivas y presentes estén en manos del corruptor para poder ser decomisados, sino que también pueden serlo cuando estén en poder de un tercero no responsable del delito (familiares, bancos u otro tipo de entidades que se encargan de la gestión de la dádiva)³⁶.

Al margen de los debates doctrinales, en los casos sometidos a examen en este estudio el art. 431 CP significa que han de decomisarse las *comisiones ilegales pagadas*, consistentes normalmente en la entrega de dinero por cuantías correspondientes a un porcentaje del precio del contrato. En el ejemplo alemán, esto supone que se ha de ordenar el comiso de los 24 millones DM. Puede plantear alguna reticencia el hecho de que ese dinero sea parte del precio a pagar por la ejecución del contrato. Esta podría salvarse argumentando que cuando la empresa corruptora recibe el pago, ya es la propietaria del dinero y con la imposición del comiso lo pierde. Cuestión distinta es que al ser dinero público la mayoría de las veces se paga a la empresa que actúa como puente o paso intermedio necesario para que lo reciba el empleado público, por lo que al final se está decomisando dinero público. Creo que ello carece de trascendencia a efectos de decretar el comiso de estas cuantías, otra cosa es que cuando se proceda a la distribución de dicho dinero deba tenerse en cuenta la concreta Administración pública que lo ha pagado a los efectos de asignárselo (si procede) de nuevo a ella.

De acuerdo con lo indicado, el empleado público (autoridad, funcionario público) sobornado pierde el dinero que recibe, pero ¿qué ocurre con el empresario o la empresa a quien se le adjudica la obra pública como contraprestación por el pago? Esta empresa obtiene también un beneficio del delito contra la Administración pública correspondiente. La pregunta es: ¿se puede

36 VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, pg. 258.

decomisar dicho beneficio? Pero quizás más problemático aquí es: ¿cuál es dicho beneficio?

Una *interpretación restrictiva* de la normativa penal española permite fundamentar la postura intermedia alemana, según la cual lo único a decomisar son los bienes que constituyen el pago al corrupto. Ello puede venir avalado por el hecho de que el Código penal español sólo obliga a decomisar tales bienes en el art. 431 CP. La consecuencia es que su aplicación cierra el paso a lo dispuesto en el art.127 CP, que regula el comiso con carácter general. El empresario o la empresa a quien se le adjudica el contrato pierde el dinero que ha entregado, pero en principio nada más.

No creo que sea esta la solución más razonable. A mi juicio, el art. 431 CP no impide aplicar la regulación general del comiso del art. 127 CP. Esto significa que en el caso estudiado se ha de determinar si el corruptor obtiene algo a cambio de la dádiva, y si ese algo puede ser decomisado de acuerdo con la redacción tan amplia del comiso contenida en el art. 127 CP.

3.2 *El comiso de las ganancias*

Dispone el apartado 1 del art. 127 CP:

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

De acuerdo con este precepto se pueden decomisar los siguientes bienes:

a) En primer lugar los *efectos* del delito. El Tribunal Supremo dice que los efectos “se identifican en general con los objetos producidos o derivados de la infracción. Los efectos pueden ser todos los bienes o cosas que se encuentren mediata o,

inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción”. También pueden ser objeto de comiso los *bienes, medios o instrumentos* con que se haya preparado o ejecutado, esto es, como dice el TS, “los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal”, o ahora también su preparación³⁷. Es de criticar el concepto tan amplio de efectos que maneja el Tribunal Supremo, que al ser todos los objetos en poder de delincuente como consecuencia de la infracción penal incluye necesariamente también a las ganancias³⁸. Se produce un solapamiento de conceptos que no permite distinguir entre efectos y ganancias, aspecto este quizás no excesivamente relevante desde el punto de vista práctico porque ambos son decomisables.

b) Igualmente, como decimos, son decomisables las “*ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*”, que se han de decomisar “*a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*”. Esto es, el comiso de ganancias comprende cualquier ventaja patrimonial obtenida de forma ilícita³⁹.

En el caso que nos ocupa se ha de determinar si la adjudicación del contrato lograda a cambio del pago de comisiones ilegales puede ser decomisada, por constituir efecto, instrumento o ganancia del delito. Desde la perspectiva del corruptor la *adjudicación del contrato constituye la ganancia* del delito, el lucro o beneficio que obtiene como contraprestación por el pago de comisiones ilegales. Ahora bien, afirmar que el contrato adjudicado es la ganancia ilícita no ofrece claridad acerca de sobre

37 Cfr. sobre la definición de efectos e instrumentos las SSTS 20 de enero de 1997, 30 abril 1996, 18 julio 1996, 22 marzo 1995 y 21 junio 1994.

38 FERNANDEZ PANTOJA, Pilar, “Artículo 127”, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Tomo IV, artículos 95 a 137, Edersa, Madrid, 2000, pg. 976, destaca precisamente la equiparación que hace el TS entre ganancias y “*produca sceleris*”.

39 Ampliamente FERNANDEZ PANTOJA, “Artículo 127”, *cit.*, pgs. 980 ss; CERESO DOMINGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *cit.*, pgs.42 ss.

qué bien o derecho con valor económico se ha de decretar el comiso. Para concretarlo es necesario hacer referencia a algunas consideraciones previas sobre la naturaleza y fines del comiso de ganancias.

En efecto, la resolución de los supuestos objeto de examen requiere un análisis, evidentemente breve, de la *naturaleza* y fines del comiso de ganancias. Algunas autoras⁴⁰ atribuyen al comiso de ganancias una doble naturaleza, la de sanción penal y la de una medida restitutoria/compensatoria. En este sentido, advierte *Aguado Correa* que junto a la función preventiva del Derecho penal se le asigna una función de reequilibrio consustancial al mecanismo restitutorio⁴¹. Un entendimiento tan amplio del comiso de ganancias, que le atribuye naturaleza de sanción penal, puede permitir en los supuestos que analizamos la privación del valor total de la adjudicación. De esta manera se está evitando un enriquecimiento ilícito y a su vez se está imputando al comiso una función preventivo-general y especial propia de las sanciones penales. Ahora bien, asignar al comiso una naturaleza penal limita su imposición a los casos en que se acredite la culpabilidad del sujeto, algo que contradice el propio tenor literal del art. 127.3 CP, que permite aplicarlo cuando no existe responsabilidad penal⁴².

Consideramos con la opinión mayoritaria que el comiso de las ganancias provenientes del delito responde a la *idea de neutralizar un enriquecimiento* o situación patrimonial ilícitos. Requisito para su imposición es, por tanto, constatar que se ha

40 *Cfr.* AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, Madrid, 2000, pgs. 79 ss.; esta parece ser también la opinión de BACIGALUPO, Silvina, *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2002, pg. 87, para quien el comiso de ganancias tiene una naturaleza mixta, de medida de carácter civil y próxima a la pena, en cuanto que cuando se le priva de ellas al delincuente se le hace sentir con más fuerza la sanción del hecho cometido.

41 *Cfr.* AGUADO CORREA, *El comiso*, *cit.*, pgs. 79 ss.

42 Crítica esta postura GRACIA MARTÍN, Luis, en GRACIA MARTÍN, Luis (coord.)/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pg. 569, nota 118.

producido la obtención ilícita de un enriquecimiento⁴³ (y no tanto la peligrosidad objetiva de las ganancias). Se trata de una institución de “fuerte impronta civilista”⁴⁴ que pretende evitar un enriquecimiento injusto⁴⁵. Con el comiso de ganancias no se pretende castigar al sujeto por la realización del hecho antijurídico, sino corregir una situación patrimonial ilícita, y enviar un mensaje al delincuente de que el delito no es una actividad lucrativa (función preventiva)⁴⁶.

43 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de comiso”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 216-219, 1977, pgs. 10-48, pg. 35; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 1983, pg. 256; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Comentarios a la parte general del proyecto de ley orgánica del código penal (1992)”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 2, 1992, pags. 375-448, pg. 439; JORGE BARREIRO, Agustín, “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en Gómez Colomer, J. L. y González Cussac, J. L. (Coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Ed. Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, págs. 77-135, pg. 120; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, en *Revista Penal*, núm. 1/1998, págs. 43-53, pg. 50; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “El comiso”, en *La Ley*, 2002, T. 3, pgs. 1563-1569, pg. 1566; GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, cit.*, pg. 569; CERESO DOMINGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, cit.*, pg. 34; PLAZA SAN-JUÁN, Vicente, “Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito”, en *La Ley Penal*, nº 17, Junio 2005 (versión electrónica); VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas”, en *Revista penal*, Nº 19, 2007, pgs. 162-178, pg. 166.

44 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *cit.*, pg. 51.

45 Cfr. JORGE BARREIRO, “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *cit.*, pg. 120; MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *cit.*, pg. 50; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El comiso”, *cit.*, pg. 1566; GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, cit.*, pg. 569.

46 Cfr. sobre esta naturaleza preventivo general del comiso de ganancias, y pese a todo de carácter no penal, el Auto del Tribunal Constitucional alemán de 14 de enero de 2004 (*Bundesverfassungsgericht - 2 BvR 564/95 -*)

3.2.1 Presupuesto del comiso de ganancias: el enriquecimiento patrimonial generado por un delito o falta dolosos

Como decimos, presupuesto del comiso de ganancias es que el delito o falta dolosos hayan generado un *enriquecimiento patrimonial*. Habrá que acreditar que la infracción penal ha producido beneficios, que constituyen un provecho ilícito que el comiso pretende impedir⁴⁷, y que tales beneficios tienen una vinculación directa con ella⁴⁸. El problema al que nos enfrentamos en este trabajo es si la adjudicación de un contrato a cambio del pago de comisiones ilegales produce o no un enriquecimiento en el patrimonio de la empresa corruptora. Es evidente que lo directamente obtenido por la empresa del pago de comisiones ilegales es la adjudicación de un contrato, cuya ejecución se valora en un precio total de 792 millones DM. Al igual que ocurre en Alemania, las opciones para determinar en cuánto se enriquece el patrimonio de la empresa pueden depender de si en la aplicación del comiso de ganancias en Derecho español se opta por el principio de ganancias brutas o netas.

a) La doctrina española ha debatido muy poco la cuestión de si son decomisables las *ganancias brutas* obtenidas del delito, o simplemente las netas. Un sector entiende que el principio vigente en Derecho español es el de ganancia bruta, por lo que se ha de decomisar el total rendimiento del delito sin deducir los costes desembolsados por el sujeto activo para su obtención⁴⁹. Y esta parece ser también la postura de los Tribunales españoles,

47 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pg. 569.

48 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001, pg. 51, que exige que se acredite una "relación causa-efecto" entre el delito que se enjuicia y el bien; en el mismo sentido, BACIGALUPO, *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, cit., pgs. 90 s., requiere una vinculación directa entre el bien y el delito enjuiciado; GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pg. 569.

49 AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., pgs. 101/2; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio Criminal*, cit., pg. 54.

que en los supuestos de tráfico de drogas decomisan la droga y todo el dinero intervenido, sin descontar el precio pagado para la adquisición de la droga⁵⁰. Si bien no se ha examinado específicamente el problema del comiso en supuestos de corrupción como el examinado, una interpretación extrema del principio de ganancias brutas podría conducir, como en Alemania, a entender que lo decomisible son los 792 millones DM, sin descontar los gastos realizados por la empresa corruptora en la ejecución del contrato (pagos a proveedores, subcontratistas, etc.)⁵¹, ni tampoco las cuantías pagadas en concepto de comisiones ilegales.

b) El principio de *ganancias netas* es asumido por un importante sector doctrinal⁵². Algún autor recurre a una interpretación literal del art. 127 CP que emplea el término “ganancias”, lo que significa que el legislador español opta por el principio de ganancias netas⁵³. Este principio, dice *Vizueta Fernández*, es el que mejor se acomoda a la finalidad y naturaleza del comiso de ganancias, que carece de carácter sancionador y pretende eliminar el enriquecimiento patrimonial generado por la infracción penal. Tendría un contenido sancionador el comiso de la totalidad de

50 *Cfr.* por ejemplo, entre otras, la STS núm. 1140/1993 (Sala de lo Penal), de 17 mayo, que ordena el comiso de la totalidad del dinero encontrado en el registro de un domicilio en un supuesto de tráfico de drogas, sin descontar lo invertido en la obtención de las mismas; y algo similar se describe en el reciente ATS núm. 1803/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 12 septiembre. Quizás la razón estribe en que nunca se ha solicitado el descuento de lo invertido en la adquisición de las drogas.

51 Así lo advierte HOHN, “Die Bestimmung des erlangten Etwas i.S.d. § 73 StGB durch den BGH”, *cit.*, pg. 323, cuando explica la solución que provendría de la asunción del principio de ganancias brutas, que él no sigue.

52 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, en *Actualidad Penal*, 1997, pgs. 521-541; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *cit.*, pg. 47; VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas”, *cit.*, pg. 171.

53 REEG, Axel R., “Comentario al artículo 344 bis e) del Código Penal”, en *Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por M. Cobo del Rosal, T. XII, Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Madrid, 1990, pgs. 443-467, pg. 459. En el mismo sentido parece posicionarse DE LA CUESTA

lo obtenido por la infracción penal, incluidos también los gastos invertidos por el sujeto en la comisión de aquella, porque se estaría afectando el patrimonio que existía antes de su ejecución. Frente a esta opinión, señalan los partidarios del principio de ganancias brutas que son motivos de justicia y legalidad los que lo justifican, dado que quien ha cometido un delito no puede enriquecerse con el mismo, y además debe asumir el riesgo de perder lo invertido en su ejecución⁵⁴. A este argumento se le contrapone que el comiso de ganancias pretende evitar un enriquecimiento a través del delito, y no mermar el patrimonio anterior a su comisión (que puede resultar afectado a través de otras consecuencias jurídicas como la multa)⁵⁵.

A nuestro juicio, y partiendo del fundamento y finalidad del comiso de ganancias, sólo es decomisible el enriquecimiento ilícito obtenido, que no se corresponde en absoluto con la totalidad del precio del contrato administrativo (los 792 millones DM). Y creo que en parte tiene razón el Tribunal Supremo alemán al estimar como ganancia del delito la adjudicación del contrato, que es lo directamente obtenido del delito. Lo habitual es que se trate de contrato administrativo (si se trata de adjudicaciones de obras públicas) que vincula a la Administración correspondiente y al adjudicatario. La ganancia del delito para la empresa corruptora es precisamente la obtención de dicho contrato administrativo. Un contrato sinalagmático, como dice la doctrina alemana, que genera obligaciones y prestaciones recíprocas. Lo *directamente* obtenido es la adjudicación de un contrato administrativo, con los derechos que se derivan (derecho a que se ejecute la obra y derecho al pago de la misma) y las obligaciones a que compromete (obligación de ejecutar el contrato y obligación de pagar).

ARZAMENDI, José Luis, "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en F.Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcce López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pgs. 85-123, en la nota 169.

54 Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., pg. 101.

55 VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas", *cit.*, pg. 171.

La cuestión es si se puede decomisar esto, es decir, esa relación contractual que liga a las partes. Dicho contrato no es un bien corporal, sino una relación jurídica que como tal es difícilmente decomisible. Podrá ser objeto de anulación por vía administrativa —como luego veremos—, pero no del comiso de ganancias.

En realidad lo decomisible será el *valor económico* de dicha relación contractual que genera un enriquecimiento patrimonial. Si lo obtenido del delito carece de valor económico no podrá ser decomisado. La necesidad de que el objeto del comiso tenga valor económico tiene su fundamento en el art. 127.2 CP, que regula el comiso del valor equivalente. Según dicho precepto, si no es posible el comiso de las ganancias (también de los efectos e instrumentos) derivadas del delito o falta dolosos, se ha de acordar el comiso “por un valor equivalente” de otros bienes que pertenezcan a los responsables del delito. Esto significa que las ganancias han de tener un valor económico susceptible de ser determinado. Pues bien, el valor económico de la relación contractual que constituye la ganancia del delito es precisamente aquel que supone un enriquecimiento en el patrimonio de la empresa corruptora.

3.2.2 Fin del comiso de ganancias: eliminación del enriquecimiento ilícito

La *finalidad* del comiso de ganancias es la eliminación del enriquecimiento patrimonial generado por la infracción penal⁵⁶.

56 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso en el proyecto de Código penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, 1981, pgs. 613-634, pg. 620; MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *cit.*, pg. 50; JORGE BARREIRO, “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *cit.*, pg. 120; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El comiso”, *cit.*, pg. 1566; CEREZO DOMINGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *cit.*, pg. 34; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, *cit.*, pg. 40; CAZORLA PRIETO, Soledad, “El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia del 29 de julio de 2002: caso “Banes-to””, en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. I, Coordinado por: José Miguel Zugaldía Espinar, Jacobo López Barja de

Por lo tanto, pretende evitar el disfrute de los beneficios obtenidos mediante un hecho antijurídico (delito o falta dolosos).

Como hemos dicho, desde el punto de vista penal la ganancia consiste en el valor económico de la relación contractual ilícitamente obtenida, que es lo que supone un enriquecimiento para el patrimonio de la empresa corruptora. Esa relación jurídico-obligacional como tal carece de un valor económico (sí que lo tienen los trabajos a los que obliga), pero se transforma en ganancias para la empresa cuando ésta procede a ejecutar el contrato. Y como dice el art. 127 CP son decomisables las ganancias *cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*, de manera que aquí la ganancia consistente en una relación jurídica experimenta una transformación y se materializa en valor, incrementando así el patrimonio de la empresa. Esa ganancia es precisamente el beneficio que obtiene la empresa con el cumplimiento del contrato, que se determina deduciendo del valor del contrato los gastos realizados para su ejecución (pero no las comisiones ilegales).

Para la concreción de la cuantía podría seguirse la línea del Tribunal Supremo alemán, que entiende que las ganancias son las esperadas por el corrupto en el momento de la adjudicación. Es cierto que normalmente la empresa que pretende obtener la adjudicación de un contrato administrativo calcula unos márgenes de beneficio. Como veremos a continuación de forma más específica, creemos que la valoración de las ganancias no puede tener en cuenta las ganancias esperadas, sino las *realmente obtenidas* de la ejecución del contrato. Precisamente el art. 127 CP alude al comiso de las ganancias provenientes del delito o falta, es decir, aquellas *efectivamente* generadas por la infracción penal, y no meramente las que se espera obtener. Estas ganancias esperadas podrán ser tenidas en cuenta a otros efectos, como por ejemplo

Quiroga, Madrid, 2004, pgs. 79-88, pg. 80; VIZUETA FERNÁNDEZ, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas”, *cit.*, pgs. 166/7.

para la determinación de la cuantía de las multas en los casos de tráfico de drogas, tal y como dispone el art. 377 CP. En definitiva, el *momento de la valoración* de las ganancias no es el de la adjudicación ilícita del contrato, sino el de la efectiva obtención de un beneficio para el patrimonio de la empresa.

Por eso, creemos que a efectos de determinar el objeto y cuantía del comiso en casos de adjudicación delictiva de contratos administrativos es necesario distinguir *tres momentos*.

1. Si todavía *no se ha comenzado la ejecución* del contrato administrativo, el valor de lo obtenido es simplemente un derecho a percibir una remuneración por el cumplimiento de la obligación de ejecución. La empresa corruptora no obtiene nada, simplemente una expectativa de lograr unas ganancias calculadas con base en un porcentaje del precio de la adjudicación. Puede ser que la obtención de la adjudicación incremente el prestigio de la empresa, y por lo tanto coloque a la empresa en una situación ventajosa en la competencia, como dice el *BGH* alemán. Ahora bien, es extremadamente difícil valorar esta ventaja. Es más, este prestigio inicial se va a ver contrarrestado por el desprestigio posterior que supone el procesamiento por la comisión de un delito. En definitiva, en este caso lo más adecuado será proceder al comiso de las comisiones ilícitas pagadas a los corruptos.

Además, por vía administrativa habrá que *declarar la nulidad* de los actos preparatorios o de la adjudicación del contrato. En efecto, desde el punto de vista administrativo el artículo 62 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el *texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dispone que son causas de nulidad de Derecho administrativo que determinan la nulidad de los contratos administrativos, las indicadas en el artículo 62.1 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). De acuerdo con este precepto, son nulos de pleno derecho los actos de las

administraciones públicas “que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”. Por lo tanto, administrativamente deberá procederse a declarar nulo el contrato, porque el acto de adjudicación se ha dictado como consecuencia de una infracción penal.

El artículo 65 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene los *efectos de la declaración de nulidad del contrato*, que cuando afecte a los actos preparatorios o a la adjudicación llevará en todo caso la del propio contrato, que entrará en fase de liquidación “debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido” (art. 65.1). La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias (art. 65.2). Es de destacar que si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produce un grave trastorno al servicio público, se puede disponer en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio (art. 65.3).

2. Si *ha comenzado a ejecutarse el contrato* administrativo, y ya se han realizado pagos, las ganancias obtenidas por la empresa serán las que efectivamente ingresen en su patrimonio y supongan un enriquecimiento ilícito. Por los argumentos antes señalados, no serán las ganancias calculadas por la empresa corruptora, como dice el TS alemán, sino las realmente obtenidas de la ejecución parcial del contrato. Y también, evidentemente, habrá que proceder al comiso de las comisiones ilegales pagadas. Todo ello sin perjuicio de la declaración de nulidad por vía administrativa del contrato, con los efectos legales que hemos visto en el supuesto anterior.

3. Si *se ha ejecutado el contrato* por completo y se ha pagado el precio, lo decomisible, como en el supuesto anterior, serán los beneficios que incrementen el patrimonio de la empresa. Y no, como venimos diciendo, las ganancias calculadas por la

empresa en el momento de obtener la adjudicación como dice el *BGH* alemán. Imaginemos el siguiente supuesto:

Se adjudica un contrato administrativo a la empresa A, que ha influido en el concurso administrativo mediante el pago de sobornos. El beneficio que pretende obtener la empresa es de aproximadamente un 6% del total del precio del contrato. Una vez ejecutado el contrato y obtenidos los correspondientes pagos de la Administración, la contabilidad de la empresa arroja un resultado positivo que se corresponde con el 8% del precio del contrato.

A nuestro juicio, además de las comisiones ilegales, también se han de decomisar las *ganancias* que finalmente obtenga la empresa y que excedan de las calculadas. Si la empresa espera obtener unas ganancias de un 6% del precio de la adjudicación, pero finalmente obtiene un 8% porque los costes bajan o por cualquier otra razón, el enriquecimiento patrimonial que fundamenta el comiso es dicho 8%. La neutralización de este lucro fundamenta la privación de esas cantidades.

Pero se puede plantear otra situación similar a la que se produjo en el caso alemán. Imaginemos que por las vicisitudes de la ejecución del contrato la empresa obtenga menos ganancias de las esperadas, o incluso *pérdidas*.

Se adjudica un contrato administrativo a la empresa A, que ha influido en el concurso administrativo mediante el pago de sobornos. Una vez ejecutado el contrato y obtenidos los correspondientes pagos de la Administración, la contabilidad de la empresa arroja un resultado de pérdidas por razón del incremento de los costes.

El fundamento y la finalidad del comiso de ganancias permiten concluir que en este caso *no se puede decomisar nada*. Y ello porque no existe el presupuesto que fundamenta el comiso de ganancias, esto es, la obtención de un enriquecimiento patrimonial. En realidad, como vemos, se produce un empobrecimiento en el patrimonio de la empresa, consecuencia de los avatares del negocio. Dado que no se obtiene ese lucro ilícito, no es necesario recurrir al comiso de ganancias para neutralizarlo. Y ya hemos

advertido de lo extremadamente complicado que resulta valorar la posición de privilegio respecto del resto de los competidores que eventualmente pueda haber obtenido la empresa corruptora por el prestigio que produce la adjudicación, que en la mayoría de los casos se verá contrarrestada por el desprestigio que genera el procesamiento por la comisión de un delito. En definitiva, bastará con proceder al comiso de las comisiones ilegales pagadas.

4. Conclusión

La práctica de los Tribunales a la hora de acordar el comiso en supuestos de corrupción consiste en hacerlo recaer sobre las comisiones (dádivas, regalos) ilícitamente pagadas al empleado público corrupto. Evidentemente el riesgo que corre el corruptor cuando paga dichas comisiones es la pérdida de las mismas. Sin embargo, no es habitual que se decrete el comiso de las ganancias que obtiene el corruptor. Esto es frecuente en los casos de comisiones ilegales pagadas por empresas de la construcción, que obtienen la adjudicación de contratos de obras públicas, en los que se priva al empleado público de la comisión ilegal pero no se acuerda ninguna medida para neutralizar las ganancias generadas para la empresa por la ejecución del contrato. Es hora de que se empiece a hablar de ello, y que se reflexione sobre cómo proceder en estos casos. Este trabajo pretende ser precisamente una propuesta para solventar los problemas jurídicos que se plantean, y que hemos examinado al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo alemán.

Pues bien, partiendo de la naturaleza y fin del comiso de ganancias, hemos concluido que objeto del comiso han de ser aquellas ganancias del delito que generan un incremento patrimonial. Y en los casos de adjudicación delictiva de contratos públicos, la ganancia la obtiene no sólo el empleado público corrupto, sino también el corruptor que paga comisiones ilegales, pues la ejecución del contrato va a enriquecer su patrimonio. Por tanto, se ha de decretar el comiso de esa ganancia, cuya cuantía varía

en función del estado de ejecución del contrato administrativo. Ciertamente las medidas a adoptar en estos casos no deben ser exclusivamente penales, sino que otros sectores del ordenamiento jurídico también van a desempeñar un papel esencial, como ocurre con el Derecho administrativo.