

Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales

Nieves Sanz Mulas

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

SANZ MULAS, Nieves. Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-05, pp. 1-35. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-05.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-05 (2017), 22 jul]

RESUMEN: La reforma de los delitos de malversación, operada por LO 1/15, si bien necesaria no ha sido sin embargo suficiente. Su actual configuración como delito de administración desleal del patrimonio público, ciertamente da cabida a conductas que, como la venta de inmuebles a infraprecio, anteriormente no podían ser catalogadas como malversadoras, pero sigue sin acoger de forma indubitada todos los comportamientos que debiera. Es urgente un concepto de perjuicio patrimonial público, de modo que, sin llegar al extremo no deseado de etiquetar como malversadora cualquier infracción de la normativa de ejecución presupuestaria, sí acoja los supuestos más flagrantes de despilfarro de fondos públicos, incluso cuando éstos tengan un destino también público. Gastos inoportunos, inapropiados o excesivos y que producen un grave daño al servicio al que fueron destinados. Hablamos de esas autopistas, aeropuertos y demás construcciones mastodónticas sin utilidad pública y con sobrecostes injustificables; de esos estudios e informes, tan caros como innecesarios e inútiles; y de esos suntuosos gastos en protocolo y representación que sonrojarían a cualquiera con un mínimo de ética. En definitiva, de

todas esas infracciones flagrantes a los principios de eficiencia y economía que informan el gasto público (art. 31 CE) y que generan un grave perjuicio al patrimonio de todos. Prácticas más o menos habituales en las últimas décadas, que sin embargo no han tenido la respuesta deseada, pese a ser un buen reflejo de la corrupción enquistada a la sombra de los poderes públicos, o precisamente por ello.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio público. Caudales públicos. Despilfarro de fondos públicos. Malversación de caudales públicos. Malversación del patrimonio público. Administración desleal del patrimonio público. Apropiación indebida del patrimonio público. Falsedad contable pública.

ABSTRACT: The reform of the crimes of embezzlement, operated by organic law 1/15, is necessary but not sufficient. Its current configuration as a crime of unfair administration of public assets includes behaviours, such as selling properties at price below their real value, but they are not all behaviours that should be. Therefore, a concept of public asset damage is necessary to accommodate also the most flagrant cases of wastefulness of public funds, even when they have a public destiny. Inopportune, inappropriate or excessive expenses that cause serious damages to the services to which they were destined. We are speaking about highways, airports and other constructions without public utility, useless reports, huge expenses in protocol and representation and all flagrant breaches of the principles of efficiency and economy that inform

public spending. Common practices in recent decades that have not had the right response despite being a good reflection of the corruption.

Embezzlement of public assets. Unfair administration of public assets. Misappropriation of public assets. Public accounting falsehood.

KEYWORDS: Public assets. Public funds. Waste of public funds. Embezzlement of public funds.

Fecha de publicación: 22 julio 2017

SUMARIO: I. LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO FRENTE A LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS: 1. Bien jurídico protegido. 2. El patrimonio público como objeto de protección: la inclusión de los bienes inmuebles. II. MALVERSACIÓN PROPIA (ARTS. 432 A 434 CP): 1. Tipo básico (arts. 432.1 y 2 CP): A) Sujeto activo. B) Conductas delictivas. 2. Supuestos agravado e hiperagravado (art. 432.3 CP). 3. Supuesto atenuado (art. 433 CP). 4. Supuesto hiperatenuado (art. 434 CP). 5. Relaciones concursales. III. MALVERSACIÓN IMPROPIA (ART. 435 CP): 1. Particulares que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. 2. Particulares legalmente designados como depositarios de fondos públicos. 3. Administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. 4. Administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicas de los acreedores. IV. EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE PÚBLICA (ART. 433 BIS CP): 1. Orígenes del delito. 2. Bien jurídico protegido. 3. Objeto material del delito: documentación o información económica. 4. Conductas delictivas: A) Presupuesto básico: la idoneidad de la conducta para causar un perjuicio económico. B) Falsear la contabilidad, los documentos o la información relevante que refleje la situación financiera de la concreta entidad pública (art. 433 bis.1 CP). C) Facilitar información mendaz a terceros sobre la situación económica de la entidad pública (art. 433 bis.2 CP). 5. El perjuicio económico como resultado: la agravante del art. 433 bis.3 CP. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA REFORMA SIMBÓLICA Y A LA MEDIDA DE LOS INTERESES DE SIEMPRE. Bibliografía.

I. LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO FRENTE A LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS

El delito de malversación de caudales ha sido profundamente reformado por *LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP*, suponiendo una remisión a los también nuevos delitos de administración desleal (art. 252 CP) y apropiación indebida (art. 253 CP). Reenvío cualificado por las notas de ser el sujeto activo autoridad o funcionario público y el objeto material el patrimonio público, requiriéndose una especial relación entre ambos: sujeto y objeto. Una equiparación entre la gestión de los fondos privados y la gestión de los fondos públicos, que sin embargo no puede llevarnos a entender la malversación como una especie de delito patrimonial cometido en el sector público, sino como conductas irregulares en la función pública (de ahí su ubicación entre los delitos contra la Administración Pública), aunque también puede confluír el ánimo de lucro¹. De hecho, esta reforma se debe a la prepon-

¹ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.,) *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Madrid, 2016, p. 1420.

derancia que este delito ha tenido en los últimos años, tras la apertura de múltiples procesos penales contra grandes cargos de la Administración y el correspondiente desarrollo jurisprudencial de la figura, lo que puso aún más en evidencia sus muchas debilidades.

En definitiva, con la crisis económica como trasfondo, y las tremendas políticas de austeridad derivadas de ella, el legislador busca dar la impresión de una mayor severidad penal para los servidores públicos que manejan el dinero de todos². Y es que, junto al cohecho y la prevaricación, los delitos de malversación integran el máximo exponente de la corrupción de los funcionarios públicos³. Conductas corruptas muy graves, y que por ello merecen la atención de organismos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003), el Grupo de Estudios contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) o la Convención interamericana contra la Corrupción. Hasta el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal incluye la malversación como uno de los delitos relacionados con las prácticas corruptas, susceptible por ello de quedar bajo el ámbito de aplicación de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad organizada (art. 19.4.d).

1. Bien jurídico protegido

El Título VII de la Constitución subordina toda la riqueza del país al interés general, vinculando el desarrollo de la actividad pública a la existencia de unos recursos económicos estatales, por lo que también otorga trascendencia constitucional a sus procedimientos de obtención y gastos. En este sentido, el modo en cómo se gastan y distribuyen los recursos públicos es, sobre todo, objeto de regulación del Derecho presupuestario (Tribunal del Cuentas)⁴ y del Derecho administrativo,

² NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, en GÓMEZ RIVERO, C., (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Vol. II, 2ª edic, Tecnos, Madrid, 2015, p. 489.

³ Según el primer informe de la UE sobre la corrupción en España, presentado el 3 de febrero de 2014, la Comisión Europea revela que el 95% de los ciudadanos españoles considera que la corrupción en España está muy extendida, el 63% piensa que les afecta en su vida cotidiana, el 54% que dificulta a su empresa el hacer negocios en el país, y lo más preocupante y también llamativo, sólo el 10% considera que los esfuerzos del gobierno para combatirla son eficaces. Son aún evidentes los deficientes controles y equilibrios, especialmente en lo relativo al gasto público y a los mecanismos de control a escala autonómica y local. Datos mucho peores que la media europea y que dibujan un escenario preocupante dificultando la entrada de inversores extranjeros. *Vid.*, <http://transparencia.org.es/primer-informe-anticorruptcion-de-la-union-europea-2014-2/>. De su parte, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2012, las sentencias dictadas por delitos relativos a la corrupción se incrementaron en un 151% en el trienio anterior, alcanzándose en el 2011 los máximos históricos en la presentación de escritos del Ministerio Fiscal: 235. En ellos el delito más repetido fue el de malversación de caudales públicos (40%) seguido por el de prevaricación (26%). *Vid.*, en www.fiscal.es

⁴ El Tribunal de Cuentas, previsto en el art. 136 de la Constitución, además de la actividad fiscalizadora de control externo de la gestión económico-financiera del sector público, asume la función jurisdiccional del enjuiciamiento de infracciones contables, dando lugar a la exigencia de responsabilidades contables por alcance (*LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas*). El concepto de alcance se define en el art. 72.1 de la *Ley 7/1988* como “el saldo

debiéndose reservar al ámbito penal sólo las conductas más graves. Con este objetivo, nuestro texto punitivo reprime tanto la comisión por los particulares de actos de defraudación a la Hacienda Pública (arts. 305 y ss.), como la lesión de esos intereses económicos estatales por sus propios funcionarios (arts. 432 y ss.). La protección penal del patrimonio público tiene, por tanto, contornos diferentes a la del patrimonio individual; esto es, son realidades distintas, pues de no serlo hubiera bastado con una agravación de los correspondientes delitos contra el patrimonio.

El patrimonio público es un patrimonio afectado a los fines de prestación de servicios públicos y buen funcionamiento de la Administración⁵. En este sentido, la STS de 3 de septiembre de 2014 considera que el bien jurídico son los caudales públicos encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender las necesidades del bien común⁶. En otras sentencias el TS incluso va más allá, indicando que el bien jurídico protegido “no sólo es la indemnidad del patrimonio público sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado u otros organismos públicos, además de la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios”⁷.

Defensa de la naturaleza pluriofensiva de este delito, como opción mayoritaria, y que no deja de ser una posición intermedia entre las dos grandes visiones habidas al respecto. Por un lado, la de quienes, como MUÑOZ CUESTA⁸, priorizan la dimensión patrimonial, adjudicando a estos delitos la mera tutela de los intereses patri-

deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostente o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas”. Se trata, en definitiva, de una responsabilidad patrimonial consistente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

⁵ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 489.

⁶ Una apuesta por el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, como objetivo principal del delito, que también hacen, entre otras, las SSTS 180/98, 10 de febrero; 1398/98, 11 de noviembre; 1486/98, de 26 de noviembre; 927/03, 23 de junio; 1308/03, de 7 enero de 2004; 85/04, 29 enero; 986/05, 21 de julio; y 211/06, 2 de marzo.

⁷ STS 657/2013, 15 julio. En sentido similar, SSTS 180/98, 10 de febrero; 1398/98, 11 noviembre; 1486/98, 26 noviembre; 537/02, 5 abril; 927/03, 23 junio; 1237/03, 27 octubre; 85/04, 29 enero; 211/06, 2 marzo; 1313/06, 28 noviembre; y 44/08, 5 febrero; 696/13, 26 septiembre; 400/07, 17 mayo.

⁸ Para este autor “hay que desterrar como objeto de protección el deber de fidelidad de los funcionarios con la administración, ya que el quebranto del deber moral de fidelidad al cuerpo al que pertenecen puede ser reprochable desde el punto de vista ético o moral, pero no desde la óptica jurídico-penal, que se rige por la defensa de intereses generales, materialmente concretados y de carácter objetivo”, *Vid.*, en MUÑOZ CUESTA, J., “Malversación de caudales públicos”, en MUÑOZ CUESTA, J., (Coord.), *Tratado de responsabilidades penales en la Administración local*, COSITAL, Madrid, 2015, p. 300. En sentido similar, NIETO MARTÍN, A., *El delito de Administración fraudulenta*, Praxis, Madrid, 1999, pp. 240 y 241; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en *La Ley*, Diarios 4250 y 4251, 17 y 18 marzo, 1997, nota 44 del folio 1691; DE LA MATA, N., – ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 79 y ss; CASTRO MORENO, A., “La malversación de caudales públicos”, en GOMEZ TOMILLO, M., (Dir.), *Comentarios al código penal*, 2ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2015, p. 348.

moniales públicos (carácter patrimonial acentuado por la remisión a los delitos contra el patrimonio privado). Y, por otro lado, de aquellos que, como QUINTERO⁹, los hacen gravitar sobre su dimensión público-administrativa, vinculando el bien jurídico a deberes como la probidad y lealtad en el cargo, el adecuado funcionamiento de los servicios públicos o el servicio a los intereses del Estado. Y ello porque la relación entre estos funcionarios y los ciudadanos exige de los primeros un comportamiento ejemplar respecto a lo que es de todos, derrumbándose la confianza en la Administración y los servicios públicos cuando se materializan este tipo de conductas. Esto es, se trataría de proteger la función pública en la relación funcionario-ciudadanos, y no tanto la relación funcionario-administración, que debe permanecer inmersa en el Derecho administrativo disciplinario. Sea como fuere, se trata de un bien jurídico diferente que ha legitimado el que tradicionalmente sean mayores las penas con que se castigan estos comportamientos, en relación con las penas impuestas a los particulares (arts. 252 y ss).

2. El patrimonio público como objeto de protección: la inclusión de los bienes inmuebles

La nueva definición del objeto material como *patrimonio público* en lugar de la antigua alusión a “caudales y efectos públicos”, viene a colmar la laguna de punibilidad que se producía al entenderse no incluidos los bienes inmuebles. Tal situación dejaba fuera de la tipicidad, por ejemplo, la venta de los mismos muy por debajo de su valor real de mercado (infraprecio)¹⁰, aunque sí se podía castigar como fraude a la Administración del art. 436 CP¹¹. No ocurría así, sin embargo, cuando se trataba de la adquisición de un inmueble a sobreprecio, conducta calificada como desviación del caudal público¹².

En definitiva, ahora también los bienes inmuebles pueden ser objeto de malversación, pues la administración del patrimonio público puede recaer igualmente sobre bienes de esa naturaleza. Ahora bien, el concepto de patrimonio público tampoco está exento de problemas, dado que la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, no incluye dentro dicho patrimonio

⁹ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios al Código penal español, op. cit.*, pp. 1420 y 1421.

¹⁰ Así lo consideró la STS 1026/2009, de 16 octubre, por estimar que la concreta falta de precio no constituye caudal público a los efectos de este delito; en sentido similar, SSTS 657/2004, 19 mayo; 1984/2000, 20 diciembre.

¹¹ La SAP Baleares 68/2013, 23 de julio (asunto “Can Domenge”), condenó, entre otros delitos, por fraude a la Administración (art. 436) a quienes, en su calidad de Consejeros, intervinieron en la venta de unos terrenos públicos a una empresa por un precio muy inferior a su valor de mercado (aproximadamente la mitad), causando con ello un perjuicio a la Administración. Una conducta que a juicio de la AP no podía ser incardinable en el delito de malversación, por no admitirse para bienes inmuebles, pero sí podría haberse subsumido en el delito de estafa del art. 438 CP.

¹² Así calificó el STS 629/2013, de 19 de julio, la compra de terrenos públicos en condiciones notoriamente ventajosas para la constructora vendedora. En idéntica línea, la Sentencia del TSJCAN 1/2013, 4 enero.

el dinero, los valores, los créditos y demás recursos financieros de su hacienda¹³. La solución, por tanto, está en que el Derecho penal construya una definición propia que entienda por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a la Administración pública. Una fórmula, como nos recuerda MORILLAS, “lo suficiente coherente como para satisfacer los objetivos legislativos y que ha de pasar por la comprensión de, por un lado, el término patrimonio —quizás el más acertado sea el de la RAE: «conjunto de bienes propios adquiridos por cualquier título»— y, por otro, el de su carácter público”¹⁴.

En cualquier caso, si ponemos en relación el objeto material del delito con las conductas tipificadas, podríamos decir que se trata, de un lado, del patrimonio público que se administra y, de otro, de todos los bienes muebles que se poseen en depósito, comisión o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, lo que debe interpretarse como todo objeto, cosa, dinero, bienes negociables, bonos o pagarés¹⁵. Esto es, todo lo que tenga un valor susceptible de estimación económica, en equivalencia a lo que es objeto material en los delitos contra el patrimonio con los que la malversación se asimila (administración desleal y apropiación indebida). La jurisprudencia así lo entiende, considerando incluido en el anterior término “caudales” todo bien material o corporal siempre que tenga un valor económico apreciable, presente o futuro, aun cuando no sea posible determinarlo de forma exacta¹⁶. Quedan por tanto fuera los objetos incorpóreos (derechos, energías, etc.) y sí se incluyen, además de los bienes inmuebles, la mano de obra al servicio de la Administración, que es utilizada para realizar tareas de carácter privado, y los fondos reservados cuando son destinados a usos de carácter privado.

En cuanto a la mano de obra utilizada “ilegítimamente”, lo que realmente se malversa es el coste económico que la misma tiene para las arcas públicas, de tal manera que el objeto material del delito podría ser el dinero, y por tanto sería posible confirmar la lesión al patrimonio público del Estado. En todo caso, la jurisprudencia¹⁷ considera la mano de obra directamente como caudal público al interpretarlo como “recursos”¹⁸, de modo que el funcionario que utiliza a los

¹³ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 696.

¹⁴ MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración Pública (VII). Malversación”, en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.) *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2016, p. 1174.

¹⁵ MUÑOZ CUESTA, J., “Malversación de caudales públicos”, *op. cit.*, p. 304.

¹⁶ Entre otras, SSTs 1398/03, 11 noviembre; 1569/03, 24 noviembre.

¹⁷ En este sentido, la STS 470/2014, de 11 junio, condena por malversación de caudales al concejal que utiliza a los empleados públicos para que en horario laboral le hicieran una mudanza particular a cargo del Ayuntamiento; en sentido similar, SSTs 986/05, 21 julio; 1608/05, 12 diciembre.

¹⁸ En sentido contrario, argumentando que la personas humanas no son cosas, CASTRO MORENO, A.,

empleados públicos para la realización de trabajos en su favor, estaría malversando los recursos públicos¹⁹. Respecto a los fondos reservados, el hecho de que su finalidad pueda ser decidida discrecionalmente por los Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación, Defensa, Interior y por el Centro Nacional de Inteligencia dependiente del Ministerio de la Presidencia (art. 4 *Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados*), y de que como tal no hayan de ser justificados en cuanto a su aplicación concreta, atendiendo al secreto del fin o las actividades a las que se destinan, ello no impide que cuando se acredite un uso desviado de ese fin el hecho sea constitutivo de este delito²⁰. Sea como fuere, dado que actualmente no es típica la aplicación de los caudales a un destino diferente, no podrá ser típico el destino de los fondos reservados a actuaciones de carácter público no previstas inicialmente. No hay duda, sin embargo, cuando el responsable de los mismos los destine a usos de carácter privado²¹.

Ahora bien, recordemos en cualquier caso que para constituir el delito de malversación todos estos bienes deben ser *públicos*. Y lo son cuando pertenecen o forman parte de la Administración, tanto por haberse incorporado efectivamente al patrimonio público tras el cumplimiento de las formalidades previstas, como si una vez percibidos por un funcionario se genera el correspondiente “derecho expectante” de la Administración, aunque no se haya ingresado en la cuenta correspondiente de la misma²². Este es el caso, por ejemplo, del dinero percibido por un Administrador de Loterías por la venta de dichos billetes²³, el importe de las multas percibidas por los agentes encargados de la seguridad en el tráfico²⁴, o las recaudaciones de dinero público llevadas a cabo por cualquier concepto (impuestos, pagos, etc.) por funcionarios²⁵. Y ello porque no sería lógico dejar al arbitrio del sujeto activo la

“La malversación de caudales públicos”, *op. cit.*, p. 351.

¹⁹ VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “Los caudales públicos como objeto material del delito de malversación”, en MAQUEDA ABREU – MARTÍN LORENZO – VENTURA PÜSCHEL, (Coord.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Octavio de Toledo y Ubieto*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 866.

²⁰ GARROCHO SALCEDO, A.M., “Los delitos de malversación”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo-agosto 2014, p. 270.

²¹ VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “Los caudales públicos ...”, *op. cit.*, p. 867. En este sentido la STS 2/98, 29 de julio (“Caso Marey”), donde se juzgó y condenó por malversación el uso de un millón de francos franceses de los fondos reservados para financiar la detención ilegal o secuestro de una persona. En idéntica línea, la STS 1074/2004, 18 octubre (“caso fondos reservados”), condena como malversación de caudales públicos a los miembros de la cúpula de interior que, teniendo a su cargo fondos reservados, sustraen dinero de dichos fondos para sí y otros altos cargos, como el Director general de la Policía que recibe diversos cheques por un valor que supera los 89 millones de pesetas (aproximadamente 535.000 euros).

²² SSTS 1398/98, 11 noviembre; 1486/98, 26 noviembre; 1608/05, 12 diciembre; 1076/03, 17 diciembre; 163/04, 16 marzo; 742/02, 23 abril; 257/95, 22 febrero; 1151/94, 30 mayo; 1237/93, 27 mayo.

²³ SSTS 427/2015, 1 julio; 208/07, 14 de marzo; 1094/2011, 27 octubre; 800/97, 3 junio; 116/03, 2 febrero; 2631/92, 4 diciembre; SAP Almería 128/2016, 25 febrero.

²⁴ SSTS 786/95, 14 de junio; 742/02, 23 abril; 1312/98, 29 octubre; 347/05, 17 marzo.

²⁵ SSTS 1607/98, 17 diciembre; 1213/92, 29 de junio; SAP Zaragoza 55/2015, 4 noviembre.

calificación de los bienes como públicos, por el simple hecho de evitar el ingreso efectivo o la contabilización real de los mismos²⁶. Porque, como nos recuerda MIR PUIG²⁷, el funcionario público sólo es un mandatario del ente jurídico y un mero servidor de la posición, un simple instrumento preceptor y transmisor. De su parte, se niega el carácter público a los bienes depositados en el departamento de objetos perdidos²⁸; los fondos de los colegios profesionales²⁹ o federaciones deportivas³⁰; y a los objetos privados que circulan como correspondencia o correo ordinario por los correspondientes servicios estatales³¹.

En cualquier caso, se debe identificar el adjetivo de público con su pertenencia a la Administración y su vinculación a ella, entendiendo por Administración no sólo el Estado, las CC.AA, las Provincias y los Municipios, sino también otros entes públicos como consorcios y organismos autónomos, además de los fondos de la Unión Europea en la medida en que estén a cargo del funcionario público español. Ahora bien, ante la actual “huida del Derecho administrativo”³² —una de cuyas grandes manifestaciones es la prestación de servicios públicos por entes de derecho público sujetos a derecho privado y sociedades mercantiles con participación pública—, no va a resultar tan evidente calificar como públicos algunos de los bienes que presumiblemente se están gestionando por parte de determinados organismos pertenecientes o vinculados en cierta medida con la Administración. Los entes de Derecho público, a pesar de que ajustan sus actividades al derecho privado, sus caudales deben ser considerados públicos³³. Los mayores problemas se plantean de cara a la inclusión de las sociedades mercantiles con participación

²⁶ STS 163/2004, de 16 de marzo.

²⁷ MIR PUIG, C., “De la malversación”, en CORCOY BIDASOLO, M., – MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1462.

²⁸ STS 14 de mayo de 1993.

²⁹ STS 2273/93, 15 de octubre.

³⁰ SSTS 279/99, 26 febrero; 915/99, 31 mayo.

³¹ En este sentido, la STS 1271/97, 21 octubre, no considera delito de malversación (y sí de apropiación indebida) la conducta del funcionario de correos que se apropia de joyas enviadas mediante un paquete postal ordinario, y no como carta o valor declarado o como objeto asegurado, porque en tal caso no tiene la condición de caudal o efecto público (en línea similar, STS 2/98, 27 enero). Sí se consideró malversación la apropiación de diversos giros postales (STS 892/02, 14 de mayo).

³² Con el fenómeno bautizado como “huida del Derecho administrativo” se busca la agilidad y operatividad del derecho privado y mercantil escapando de la rigidez y esquemas burocratizados de la actividad administrativa. El intervencionismo del Estado en la economía mediante actividades de esa naturaleza, se realiza a través de organismos autónomos o de empresas públicas que también asumen funciones propias del órgano público. Las empresas públicas, a su vez, pueden ser sociedades de exclusivo capital público o sociedades de economía mixta en las que la Administración solo tiene una participación (STS 7 octubre de 2014).

³³ Y ello, de acuerdo con VALLE, porque: a) adoptan la forma societaria mercantil; b) la Administración ejerce un control sobre sus caudales y efectos, puesto que si su control por la administración es indicativo de su carácter público, sus fondos deben tener la misma naturaleza; c) los presupuestos de dichos entes integran el Presupuesto General del Estado; y d) desde un punto de vista contable, el Tribunal de cuentas somete a estos entes no sólo a la fiscalización de sus cuentas, sino también al enjuiciamiento de las mismas por responsabilidad contable. *Vid.*, en VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “Los caudales públicos...”, *op. cit.*, p. 872.

pública. En este sentido, cuando el capital es íntegramente público, la jurisprudencia no ve dificultades en considerarlas objeto material del delito de malversación³⁴. Ahora bien, si se trata de sociedades con participación mayoritaria pública, tanto la jurisprudencia como la doctrina concluyen que no puede hablarse en ningún caso de caudales públicos. Problemática obviamente agudizada si se trata de sociedades de economía mixta donde el capital público y el privado se confunden³⁵.

II. MALVERSACIÓN PROPIA (ARTS 432 A 434 CP)

1. Tipo básico (art. 432.1 y 2 CP)

A) *Sujeto activo*

Como ya sabemos, en aras a la protección del patrimonio público, se diferencia entre malversación propia e impropia, según sea el autor una autoridad o funcionario público, o bien un particular que por una ficción jurídica se considera funcionario público a estos efectos. Empezando por la primera modalidad, la clave para entender el delito sin duda es su autor, pues sólo puede serlo la autoridad o funcionario público (art. 24 CP) con capacidad para administrar el patrimonio público. Una especial relación con el patrimonio público que se administra, un deber de salvaguarda y garantía del mismo, que normalmente deriva de normas jurídicas, pero sin menospreciar tampoco la vía del nombramiento, único modo de establecer la responsabilidad por este delito de los administradores de empresas públicas³⁶.

Porque el funcionario que puede disponer de los bienes de la Administración, contrayendo obligaciones a su cargo, tiene más formas de causarle un perjuicio patrimonial que cualquier otra persona, al igual que ocurre con el administrador de una sociedad. Por tanto, de no existir esa relación con el patrimonio público, el funcionario actuaría sobre él como un particular, sin deber alguno de gestión o custodia, por lo que, en su caso, cometería un delito contra el patrimonio, pero no el de malversación. La jurisprudencia, no obstante, ha interpretado de forma extensiva la expresión “tener a su cargo caudales públicos”, considerando que basta con que los bienes hayan llegado al funcionario “con ocasión” de su cargo, de modo tal que una custodia ocasional (disponibilidad de hecho) sirve para apreciar la existencia de

³⁴ De este modo concluye la STS 627/2014, 7 de octubre, al considerar que “cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato (por extensión) sus caudales tendrán carácter necesariamente público”. Consideración que la doctrina no admite de forma unánime, pues parte de ella estima que se trata de una personificación de carácter privado, por lo que los delitos que mejor protegen su patrimonio son los delitos patrimoniales clásicos dada su naturaleza jurídico mercantil. *Vid.*, en VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “Los caudales públicos...”, *op. cit.*, p. 872.

³⁵ *Ibidem*, pp. 872 y ss.

³⁶ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 490.

un delito de malversación³⁷. Esta interpretación amplia se debe a que la jurisprudencia, más que la especial relación de un determinado tipo de funcionarios con el patrimonio, pone el acento en que cualquier funcionario, sea cual sea el cargo que ocupe, tiene un deber de fidelidad genérico hacia la Administración y sus bienes, que defraudaría a través de la apropiación del bien. Se basa, por tanto, en una idea trasnochada, y ya superada ampliamente por la doctrina, del sentido de los delitos cometidos por funcionarios públicos³⁸.

Ahora bien, habiendo sido suprimida en la actual regulación la referencia “tener a su cargo por razón de sus funciones”, cabría ser interpretada como que es suficiente una competencia genérica del funcionario sobre el patrimonio público. Aunque también hay argumentos para defender que incluso ahora se sigue exigiendo una competencia específica del funcionario sobre el patrimonio público, al remitirse a los arts. 252 y 253 en que también se presupone la infracción de un deber de fidelidad³⁹. Es por esta última interpretación por la que aquí abogamos⁴⁰. En todo caso, basta con la posibilidad de disposición meramente jurídica, no siendo necesaria la tenencia material del patrimonio público, pues por administrar debe entenderse la capacidad para comprometer el mismo, generando obligaciones (realizar un contrato, solicitar un préstamo) o realizando actos de disposición (ej. concediendo una subvención)⁴¹. Esto es, no es necesario que el funcionario tenga en su poder el patrimonio público, lo decisivo es la facultad decisoria jurídica o la detentación material del mismo, que permitan su disponibilidad material⁴². Una disponibilidad discutible cuando la malversación se lleva a cabo por manipulación de terminales informáticas por quienes no tienen una competencia específica para ello⁴³.

³⁷ Esta posición, mayoritaria en la jurisprudencia del TS, ha sido mantenida, entre otras, por las SSTS 615/07, 12 de junio; 211/06, 2 de marzo; 99/04, 29 de febrero; 875/02, 16 de mayo; 2193/02, 26 diciembre; 1313/06, 28 noviembre; 252/08, 22 mayo; 85/04, 29 enero; 211/06, 2 marzo; 163/04, 16 marzo; SAP Barcelona 40/2015, 22 septiembre.

³⁸ STS 12 diciembre 2005.

³⁹ MIR PUIG, C., “De la malversación”, *op. cit.*, p. 1458. También en este sentido, SSTS 1608/05, 12 diciembre; 1569/03, 24 noviembre; 163/04, 16 de marzo; 411/2013, 6 mayo.

⁴⁰ Interpretación restrictiva también mantenida por ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 154-164; CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 83 y ss; MORALES PRATS - MORALES GARCÍA, “De la malversación” en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Aranzadi, 2011, p. 1274; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la Administración pública. Malversación”, en VIVES ANTÓN, T., (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 675 y 676; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 889.

⁴¹ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 490.

⁴² SSTS 1608/05, 12 diciembre; 252/08, 22 mayo; 1368/99, 5 octubre; 211/06, 2 marzo 1910/02, 18 noviembre.

⁴³ Para el TS, sin embargo, por “tener a su cargo por razón de sus funciones”, se comprenden tanto aquellos supuestos en que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traducen en disposición sobre los mismos, como puede ser la disponibilidad de fondos a través de un terminal informático (SSTS

B) *Conductas delictivas*

Como adelantábamos, la *LO 1/15, de reforma del CP*, asimila el delito de malversación a los delitos de administración desleal y apropiación indebida (arts. 252 y 253 CP), hasta el punto de que no se hace una descripción de la conducta de malversación, remitiéndose a dichos preceptos con dos salvedades: el sujeto activo debe ser siempre una autoridad o funcionario público, y el objeto del delito es el patrimonio público. Por tanto, son dos ahora las modalidades de malversación, lo que además de acentuar su carácter patrimonial, amplía significativamente su ámbito de aplicación.

B.1. *Administración desleal del patrimonio público (art. 432.1 CP)*

La conducta consistiría en infringir las facultades que el sujeto tiene para administrar el patrimonio público, excediéndose en su ejercicio y causando un perjuicio al patrimonio administrado. Un “exceso” en la capacidad de administrar, que puede incluir conductas que hasta ahora no podían ser calificadas como malversación. Este es el caso, por ejemplo, de la venta de bienes inmuebles a infraprecio antes aludida; la celebración de contratos sin contraprestación (el pago de dinero público por servicios nunca realizados, propios de las causas de financiación ilegal)⁴⁴; las contrataciones a precios superiores a los reales; la creación de fondos ocultos de efectivo público sustraído al control de la administración (cajas negras), con riesgo de pérdida del mismo; la falta de cobro de créditos por el administrador; o la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado⁴⁵.

Ahora bien, no todo es positivo, pues al remitirse al también nuevo delito de administración desleal (art. 252 CP), se reflejan los mismos problemas que en aquel delito. Un delito que por su generalidad es incompatible con el principio de taxatividad penal, con la agravante de que la malversación tiene una pena superior. Y es que, para empezar, no son equiparables las finalidades, contornos y limitaciones de la gestión del patrimonio público y del privado. Mientras la gestión en el ámbito privado se conecta con la consecución de beneficios, y por tanto el perjuicio se entiende producido cuando se produce una pérdida económica, la gestión y administración del patrimonio público se conecta con el régimen jurídico del gasto público, su presupuestación y ejecución para conseguir finalidades y políticas de interés general⁴⁶. Esto es, en el sector público lo principal es que se haga un uso razonable del patrimonio conforme con el objetivo presupuestado y aprobado. Al

779/98, 5 junio; 1398/98, 11 noviembre; 1486/98, 26 noviembre).

⁴⁴ SAP Málaga 642/2015, 18 diciembre (“caso Minutas”).

⁴⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código penal”, en *Diario la Ley*, año XXXIV, nº 8104, 13 de junio de 2013, p. 3. En el mismo sentido, MIR PUIG, C., “De la malversación”, *op. cit.*, p. 1452.

⁴⁶ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, *op. cit.*, p. 692.

gestor público no se le pide sólo que no dilapide los recursos, sino que los gaste adecuadamente. Un gasto “adecuado” que nada tiene que ver con el binomio beneficio-perjuicio propios del sector privado⁴⁷.

La ejecución del gasto público comienza con la correspondiente asignación presupuestaria, que después debe dirimirse con sujeción a las reglas derivadas, tanto de la *LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas*, como de la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*. En ellas se contiene un elenco de reglas y principios de programación y gestión presupuestaria, además de gestión económico-financiera, que pueden ser objeto de un riguroso juicio de contradicción; lo que, en principio, sería suficiente para considerar colmado el tipo objetivo del delito⁴⁸. Y eso es algo especialmente preocupante en el caso específico de las haciendas locales. En ellas el marco regulatorio es enormemente complejo (*Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales*), lo que añadido a la falta de control, por la inexistencia de suficientes Interventores⁴⁹, abre la puerta a que haya gastos que carecen de cobertura presupuestaria, pudiendo declararse nulo el correspondiente contrato (*Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*), generando los correspondientes conflictos con proveedores y usuarios. Algo que, por otra parte, no tiene sentido, si la contratación está justificada en la necesidad de seguir prestando el correspondiente servicio público (ej. la recogida de basuras).

Pareciera, en definitiva, que el funcionario no tiene realmente facultades de gestión, sino que está sometido a un conjunto de regulaciones jurídico-administrativas que marcan y condicionan sus decisiones, y en las que el fin público no es lo más relevante. Una legislación del gasto público tan profusa y exhaustiva, que la infracción de facultades de administración resulta sencilla y hasta habitual, por lo que el tipo del art. 432.1 puede presentar una vocación expansiva alarmante, dado que la conducta típica no se encuentra limitada por la gravedad o flagrancia. Es más, cuando es el propio administrador público quien fija la dirección, funcionalidad y finalidad del gasto, puede resultar complicado, democráticamente hablando, un control externo y *ex post* acerca de la adecuación del gasto a los fines perseguidos⁵⁰.

Recordemos que a veces la Administración se limita a realizar “*gastos de transferencia*”, es decir, pagos a los ciudadanos sin contrapartida (ej., subvencionar la

⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, op. cit., p. 1423.

⁴⁸ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, op. cit., p. 693.

⁴⁹ Que muchas veces deben servir hasta en 5 municipios, siendo el único órgano de control interno de ordenadores de pagos, no necesariamente preparados en el ámbito presupuestario y contable, los Alcaldes, Pleno del Ayuntamiento, etc.

⁵⁰ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, op. cit., pp. 692 y 693.

enseñanza o la sanidad). Luego, si tenemos en cuenta que la Administración realiza gastos en su actividad de fomento, en su actividad promocional y en el desarrollo de políticas asistenciales —cuya concreción y definición del gasto viene atribuido a la autoridad política, que a su vez es el ordenador de pagos—, es peligroso que sea el juez quien “por su propio imperio”, y tras constatar infracción por leve que sea en la ejecución presupuestaria, reinterprete la función que el gasto está llamado a cumplir en esa concreta política, declarando la concurrencia de perjuicio típico por desviación de fines conforme al concepto personal o funcional de patrimonio⁵¹. En este sentido, y de acuerdo con NIETO⁵², sólo cabría hablar de administración desleal del patrimonio público, y por tanto de malversación, cuando la subvención se entrega desconociendo el procedimiento adecuado, y además en unas condiciones en las que resulta imposible que se alcance el fin perseguido.

Otro problema importante viene generado por los conocidos como “*techos de gasto*”, impuestos a las autonomías y los municipios. Concordamos con QUINTERO⁵³ en que únicamente cabría tachar de malversador el gasto, que no sólo carece de cobertura presupuestaria, sino que también es ajeno a cualquier explicación a los fines públicos. Fines que son de los más variados y que abarcan materias como el urbanismo, la sanidad pública, las infraestructuras, la educación, los servicios sociales o la seguridad ciudadana. Todo gasto que quede inmerso en estas finalidades no debería ser nunca considerado típico, por mucho que genere déficits presupuestarios o disminución en el patrimonio del organismo correspondiente⁵⁴. Y ello porque la propia dinámica de ejecución presupuestaria, en ocasiones precisa alterar el presupuesto en su cuantía y finalidad, a fin de paliar la insuficiencia de crédito de partidas presupuestarias concretas. A estos efectos, se sirve de figuras como las ampliaciones, generaciones, suplementos de crédito, créditos extraordinarios y transferencias, también llenas de complejidades en su tramitación, y que sirven a la naturaleza viva y dinámica de la ejecución presupuestaria en función de necesidades que pueden ser cambiantes⁵⁵.

Luego no existe perjuicio patrimonial, sino una simple infracción de la legalidad presupuestaria, cuando *se aplican los fondos públicos a otro fin también público* (subvención para mejorar el estado de la carretera que se destina a arreglar el techo del colegio), y así lo ha venido considerando la jurisprudencia⁵⁶. En este caso existe una irregularidad presupuestaria, pero no puede hablarse de un perjuicio patrimonial⁵⁷. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando esas desviaciones a otros fines públicos son verdaderas conductas de despilfarro de fondos públicos? En la medida en que éstos

⁵¹ *Ibidem*, p. 695.

⁵² NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 494.

⁵³ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, *op. cit.*, pp. 1424 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1425.

⁵⁵ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, *op. cit.*, p. 693.

⁵⁶ Entre otras, SSTs 1398/98, 11 noviembre; 537/02, 5 abril.

⁵⁷ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 494.

hayan tenido finalmente un destino público, por muy inoportuno, inapropiado o excesivo que pueda parecer, no cabría en principio hablar de perjuicio económico. Y es que ante la exigencia de un perjuicio económico, irónicamente cabría tachar de malversadora, por ejemplo, la conducta del funcionario público, que por mantener a toda costa los servicios sanitarios, provoca un gran déficit en el presupuesto que maneja, y no sería calificable como tal, sin embargo, la del funcionario que para organizar unos eventos lúdicos, ha tenido que tirar del presupuesto de los comedores escolares hasta el punto de provocar su cierre, si del resultado de dichos eventos sale un balance económico positivo⁵⁸. Esto es, el tipo no hace distinciones ni permite una contemplación del principio de gradualidad, que conecte armónicamente la nulidad y anulabilidad administrativa con la acción típica de infracción por exceso de las facultades del administrador ordenador de pagos⁵⁹.

En definitiva, parecieran seguir quedando fuera los fondos administrados conforme a la normativa presupuestaria, por mucho que puedan parecer auténticos despilfarros⁶⁰. Estamos hablando de los supuestos más escandalosos de gasto desmedido en protocolo, representación, o infracciones flagrantes a los principios de eficiencia (que la relación entre los recursos empleados y los resultados obtenidos sea máxima) y economía (condiciones en que la administración adquiere sus recursos en relación a la cantidad y calidad) que informan el gasto público (art. 31 CE). Para evitar la impunidad, se hace imprescindible comprobar que el comportamiento es idóneo para generar un perjuicio patrimonial⁶¹, lo que a su vez hace ineludible la elaboración de un concepto propio de perjuicio patrimonial en la esfera pública. En cualquier caso, las infracciones más leves que no generen tal perjuicio, pueden ser tenidas como desviación de poder de concurrir la nota de arbitrariedad y ser castigados como prevaricación, incluso con responsabilidad civil subsidiaria⁶², pero nunca como malversación. Y ello porque la infracción de la normativa que regula el gasto público, no implica que nos encontremos ante un supuesto de malversación, pues de otro modo no sería el patrimonio público lo que se tutela, sino la legalidad presupuestaria o la voluntad del órgano público a quien pertenece el presupuesto, en cómo ha de ser ejecutado y gastado⁶³.

En lo que a los supuestos de *conflicto de intereses* se refiere (el funcionario público le concede una subvención a una empresa en la que tiene algún tipo de interés o contrata con una empresa de su propiedad), al tratarse de conductas no sólo

⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, op. cit., pp. 1423 y 1424.

⁵⁹ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, op. cit., p. 694.

⁶⁰ Conductas tradicionalmente impunes, porque si bien “constituyen sin duda una muestra evidente de lo que no debe ser una adecuada y responsable gestión de dinero público, y ocasionan un evidente y considerable perjuicio económico a la administración Pública y a los ciudadanos de la Comunidad en definitiva, no suponen, sin embargo, sustracción de fondos públicos, ni evidencian que en estas operaciones irresponsables haya habido ánimo de enriquecimiento” (SAP Cantabria 511/2015, 1 diciembre).

⁶¹ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, op. cit., p. 492.

⁶² MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, op. cit., p. 695.

⁶³ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, op. cit., p. 492.

infractoras de la normativa que regula el modo en que ha de disponerse del patrimonio público, sino que también suponen normalmente un riesgo de perjuicio patrimonial, no hay problema en su calificación como malversación⁶⁴. Calificación con la que se resta importancia al delito de fraude (art. 436), que se ocupa de situaciones de conflicto de intereses en la contratación pública⁶⁵, y que se considera una especie de acto preparatorio de la malversación, por lo que se estima incluido en ésta⁶⁶.

Finalmente, acudir a un concepto económico de patrimonio, no implica necesariamente la atipicidad de la modalidad comisiva de uso temporal privado del anterior art. 433 CP, si tal utilización privada obligare a la Administración a sustituir ese recurso o activo, haciendo un gasto para suplirlo y no desatender el servicio público, lo que cabría sin duda calificarse de perjuicio económico. Fuera de ese supuesto, toda reacción habría de limitarse al ámbito disciplinario⁶⁷. De su parte, en el caso de uso de bienes inmuebles para fines ajenos a la cosa pública (antes recogido en el art. 434 CP), si no es posible cuantificar un perjuicio patrimonial, también debería quedar la conducta fuera del ámbito penal, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad administrativa⁶⁸.

B.2. *Apropiación indebida de patrimonio público (art. 432.2 CP)*

Por remisión al art. 253 CP, la segunda modalidad malversadora consistiría en apropiarse para sí o para un tercero del patrimonio público mueble (dinero, efectos, valores, etc.) que le hubiera sido confiado, o negare haberlo recibido, haciéndolo en perjuicio de la Administración correspondiente. Conducta que coincide con la vieja modalidad de sustracción o consentimiento de sustracción por un tercero (anterior versión del art. 432 CP), y en la que puede ser sujeto activo cualquier funcionario o autoridad que haya recibido un bien al que debe darle un determinado destino o reintegrarlo; esto es, cualquier funcionario que haya recibido un bien mueble⁶⁹. Respecto a si las lesiones patrimoniales causadas en comisión por omisión tienen cabida en este delito, mientras para algunos como MIR PUIG⁷⁰ la respuesta es afirmativa, al ostentar el funcionario una posición de garante respecto del patrimonio público; otros, como CASTRO⁷¹, y a excepción de la modalidad apropiatoria de

⁶⁴ STS 696/2013, 26 septiembre (caso Maquillaje)

⁶⁵ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 492

⁶⁶ STS 841/2013, 18 noviembre (“caso Minutas”)

⁶⁷ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, *op. cit.*, p. 696.

⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, *op. cit.*, p. 1426

⁶⁹ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 496.

⁷⁰ MIR PUIG, C., “Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013”, en *ADPCP*, Vol. LXVI, 2013, p. 228. En sentido similar, NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, pp. 490 y ss; AMADEO GADEA, S., (Coord.), *Código penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios*, 1ª edic., Factum Libri, Madrid, 2015, p. 767

⁷¹ CASTRO MORENO, A., “La malversación de caudales públicos”, *op. cit.*, p. 353.

no devolución de la cosa que se niega haber recibido, consideran que no cabe la comisión por omisión, pues la aplicación del tipo del art. 432.1 requiere del “exceso en el ejercicio” de las facultades y no de una mera infracción de los deberes de administración.

En cualquier caso, en lo que al tipo subjetivo se refiere, en ambas modalidades (administración desleal y apropiación indebida del patrimonio público) el sujeto debe actuar sabiendo que se trata de patrimonio público, y que con su conducta está causando un perjuicio al patrimonio administrado, pues a diferencia de la regulación anterior no se exige ánimo de lucro⁷². De hecho, su anterior inclusión fue criticada por considerar, como hacía ROCA, que “lo importante del delito de malversación no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infidelidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve”⁷³. Porque el delito de malversación puede ser cometido no sólo como forma de apropiación, sino también en la forma de dañar los bienes que se tienen en confianza de la Autoridad⁷⁴; esto es, no es un delito de enriquecimiento sino un delito de daño patrimonial⁷⁵. Ahora bien, la remisión expresa a los arts. 252 y 253 CP para algunos conlleva, por su propia naturaleza, dicho ánimo con admisión incluso del dolo eventual⁷⁶.

2. Supuestos agravado e hiperagravado (art. 432.3 CP)

Con la última reforma operada por LO 1/2015, se elimina la agravación cuando la malversación “recaiga sobre bienes declarados de valor histórico, artístico o cultural” (que sí se hace en el hurto, robo con fuerza, estafa, daños, etc.). Una ausencia que contradice el mandato del art. 46 CE de proteger específicamente estos bienes. También se ha eliminado la agravante “por tratarse de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública”, si bien en este caso puede considerarse incluida dentro de la gravedad del daño al servicio público. En definitiva, con la actual regulación las penas se agravan cuando: se cause un grave daño o entorpecimiento al servicio público y cuando el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados supere los 50.000 y los 250.000 euros.

En lo que a la causación de un grave daño o entorpecimiento al servicio público se refiere, ahora tales circunstancias se prevén de forma alternativa, de modo que basta con que concurra cualquiera de las dos, no siendo ya necesario que se den

⁷² La jurisprudencia es buena muestra de la exigencia de dicho ánimo de lucro, y que en no pocas ocasiones identifica con el *animus rem sibi habendi* (intención o ánimo de aprehensión con carácter definitivo). Entre otras, SSTS 986/05, 21 julio; 79/07, 7 febrero; 252/08, 22 mayo; 1374/09, 29 diciembre; 400/07, 17 mayo; 1404/99, 11 octubre; 310/03, 7 marzo.

⁷³ ROCA AGAPITO, L., “Delitos de malversación: arts. 432 y ss.”, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁴ AMADEO GADEA, S., (Coord.), *Código penal...*, *op. cit.*, p. 768.

⁷⁵ MIR PUIG, C., “De la malversación”, *op. cit.*, p. 1460.

⁷⁶ MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración Pública (VII). Malversación”, *op. cit.*, p. 1175.

ambas al mismo tiempo, tal y como sí exigía la anterior regulación⁷⁷. De cualquier forma, será el juez quien determine cuando se dan tales circunstancias, no dependiendo la especial gravedad de la conducta malversadora exclusivamente de la cuantía económica sustraída o desviada, sino que habrá de conjugarse con el daño o entorpecimiento provocado al servicio público, que a su vez y precisamente por ello, deberá evaluarse conforme a baremos ajenos al perjuicio económico (ej. retrasos en la prestación del servicio, formación de listas de espera, etc.).

No se trata, en todo caso, de un simple retraso de la actividad habitual de la Administración, sino de un quebranto apreciable y verificable del servicio público, hasta el punto de que éste se preste con dificultad, o no pueda ni siquiera llegar a prestarse totalmente, o en la forma que debía de hacerse, debido a la disminución del patrimonio público que se administra deslealmente o se apropia el funcionario⁷⁸. Ahora bien, la jurisprudencia considera que cuando el valor de las cantidades sustraídas es muy elevado, siempre deberá entenderse que provoca un grave daño o entorpecimiento del servicio público, aplicándose por tanto la agravación⁷⁹.

Sea como fuere, debe quedar clara la relación de causalidad entre la conducta malversadora realizada por la autoridad o funcionario público (administración desleal o apropiación indebida del patrimonio público) y el entorpecimiento o daño a la causa pública. Una relación causa-efecto que debe acreditarse, lo que no será fácil en muchos casos, al concurrir otras causas también de quebranto apreciable al servicio público (ej. desidia de los funcionarios en el ejercicio de su trabajo). Ahora bien, lo que no queda claro es cuáles son las conductas básicas a las que aplicarse, lo que puede dar lugar a penas de 4 a 8 años (que pueden elevarse incluso a 8 a 12) por malversaciones de uso desleal no apropiatorio o por sustracción de cantidades inferiores a 4.000 euros (art. 433), por lo que se aconseja la interpretación restrictiva mantenida hasta ahora⁸⁰.

⁷⁷ Si bien es cierto que la jurisprudencia no interpretaba la anterior conjunción «y» «como necesidad de que ambas circunstancias se den conjuntamente, sino que esa especial gravedad podrá apreciarse por la concurrencia alternativa de un elevado valor de la cantidad sustraída o de la causación del daño o entorpecimiento del servicio público» (SSTS 1764/02, 28 octubre; 79/07, 7 febrero; 381/07, 24 abril).

⁷⁸ Se apreció, por ejemplo, en el caso de utilización de fondos reservados para pagar un secuestro (STS 2/98, 29 julio) o por tratarse de la sustracción de 30 millones de pesetas provenientes de un servicio tan básico y esencial como el de la recaudación de los fondos necesarios para el funcionamiento de un Ayuntamiento (STS 1607/98, 17 diciembre).

⁷⁹ De este modo, se apreció especial gravedad en caso de 71 millones de pesetas —426.718 euros— (STS 616/2002, de 13 de abril); 43 millones —258.435 euros— (STS 1615/2002, de 1 de octubre); 40 millones —240.404 euros— (STS 950/2003, de 1 de julio); 33 millones —198.333 euros— (STS 1706/2003, de 17 de diciembre); 65 millones —390.657 euros— (STS 44/2008, de 5 de febrero); 800.000 euros (STSJ Murcia 6/2011, 26 septiembre. También se apreció, como no podía ser de otra manera, ante el saqueo del Ayuntamiento de Marbella a través del vaciamiento de sus funciones con la constitución de sociedades innecesarias y la única finalidad de dejarlas al margen de la fiscalización del Tribunal de Cuentas (STS 625/2015, 22 diciembre y SAN 33/2106, 7 octubre, “caso Malaya”). En cambio, no se apreció la agravación con las siguientes cantidades: 153.7041 euros (STS 381/2007, 24 de abril); 127.505 euros (STS 1094/2011, 27 de octubre); y 2.705.000 euros (STS 429/2012, 21 de mayo);

⁸⁰ CASTRO MORENO, A., “La malversación de caudales públicos”, *op. cit.*, pp. 355 y 356.

De su parte, la segunda agravación es objetivamente cuantitativa, de modo que se agrava la pena cuando el valor del perjuicio en el patrimonio público supere los 50.000 euros. Pena aún más agravada si se superan los 250.000 euros, pues al sustraerse de la función o actividad pública una cantidad tan importante es obvio el perjuicio provocado.

3. Supuesto atenuado (art. 433 CP)

Las penas se atenúan cuando la sustracción no alcanza la cantidad de 4.000 euros. Aunque pudiera parecer que el fundamento está en que al tratarse de una cuantía tan pequeña difícilmente puede suponer un quebranto o alteración del servicio público, más bien parece un tipo de recogida de las sustracciones cuya cuantía no ha quedado acreditada. En cualquier caso, si se trata de un delito continuado, cuando el total del perjuicio supere esa cantidad se aplicará el tipo básico (art. 432 CP)⁸¹. Finalmente, con la reforma se ha aumentado la pena de multa y se ha disminuido la de prisión. Penas en todo caso favorecedoras retroactivamente y que posibilitan la suspensión de la ejecución de la condena en todo caso. Penas que comparadas con las previstas para el hurto o la apropiación indebida, nos dan una idea de la real dirección político criminal de la reforma.

4. Supuesto hiperatenuado (art. 434 CP)

Aún más sorprendente si cabe es la introducción de una semi-excusa absolutoria, o atenuante específica, que nos recuerda mucho a lo previsto en el art. 305.6 CP, relativo al delito fiscal, y en el art. 579.bis.3 CP, en relación a los delitos de terrorismo.

Para que la reparación produzca los efectos atenuatorios previstos, debe repararse de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público; esto es, ingresarse todo lo malversado de manera segura y material en las arcas públicas, pues si la reparación es sólo parcial, únicamente cabría aplicarse la atenuante genérica de reparación de daño. De su parte, y de forma alternativa, es posible la atenuación por la colaboración activa con las autoridades o sus agentes, para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. O lo que es lo mismo, no es suficiente con que el funcionario se haga responsable del delito, sino que debe además colaborar activamente con las autoridades con alguna de estas dos finalidades: obtener pruebas decisivas para identificar o capturar a otros responsables, pruebas que puede aportar directamente o remitiendo a las autoridades al lugar

⁸¹ STS 687/98, 19 mayo 1999. En sentido contrario, y ciertamente sorprendente, la SAP Lugo 52/2016, 23 marzo, ante una malversación total de 12.477,92 euros aprecia el tipo atenuado del art. 433 CP, al estimar que ninguno de los actos defraudatorios que conforman la continuidad supera los 4.000 euros, lo que a su vez impide incrementar la pena a la mitad superior en atención al delito continuado conforme al párrafo 74.1º CP, pues supondría penar doblemente la conducta.

donde se hallen, y que deben ser suficientes para dicha identificación o captura; o para el completo esclarecimiento de los hechos, es decir, que se conozca la forma de perpetración del delito, sus partícipes y la cuenta y destino de las cantidades malversadas.

Ahora bien, además de solaparse con las atenuantes de reparación del daño (art. 21.5ª CP) y confesión del delito (art. 21.4ª CP), se prescinde del requisito temporal de que la reparación se adelante a la celebración del juicio oral, lo que de acuerdo con el Informe de la FGE, “supone una clara condescendencia con las funciones públicas, muy perniciosa para la confianza de los ciudadanos en el Derecho”. De su parte, tampoco se exige que la colaboración sea eficaz o que el esclarecimiento de los hechos finalmente se obtenga. Y ello por no hablar de que la atenuación es posible respecto de cualquier hecho tipificado en el capítulo, lo que no tiene sentido, pues sólo cabe aplicarse a los casos en que se pueda cuantificar el perjuicio provocado al patrimonio público, cosa que en las modalidades de uso de bienes tanto muebles como inmuebles será muy difícil de determinar.

Peor aún, si junto a la degradación de la pena prevista (pena inferior en uno o dos grados), tenemos en cuenta el principio de retroactividad penal favorable al reo, estamos ante un artículo absolutamente rechazable, que no sólo beneficiará a los hechos malversadores futuros sino también a los pasados⁸². Luego nos situamos frente una atenuante específica que sólo cabe tachar de inaceptable, tanto desde una perspectiva política como jurídica, y tanto desde el punto de vista preventivo de la pena como desde otro retributivo, pareciendo que lo único que cuenta es el reintegro del dinero malversado, cuando para ello ya están las figuras del comiso y la responsabilidad civil⁸³. Un privilegio absolutamente incoherente con la equiparación de la protección entre patrimonio público y privado, pues puede conllevar para los casos más graves de malversación penas menores que las previstas para los casos de administración desleal y apropiación indebida cometidas por particulares⁸⁴. En cualquier caso, quepan también todas las críticas y reservas hechas por la doctrina en relación a todas las normas apoyadas en el arrepentimiento y la cooperación vía denuncia, porque sin profundizar en sus dimensiones morales, suponen el ingreso en un territorio sembrado de inseguridades, tal y como nos recuerda QUINTERO⁸⁵.

5. Relaciones concursales

En lo que a las relaciones concursales se refiere, cabe el concurso ideal o medial con la prevaricación, cuando la malversación se efectúe mediante una resolución

⁸² MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto ...”, *op. cit.*, p. 5.

⁸³ ROCA AGAPITO, L., “Delitos de malversación: arts. 432 y ss.”, en ÁLVAREZ GARCÍA – DOPICO GÓMEZ – Díez RIPOLLÉS, (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 48.

⁸⁴ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 498.

⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, *op. cit.*, p. 1435.

arbitraria⁸⁶. También es posible el concurso medial con el delito de infidelidad en la custodia de documentos⁸⁷. De su parte, es ciertamente frecuente el concurso con las falsedades, bien como medio para llevar a cabo la malversación, bien para ocultar el delito, apreciándose concurso ideal o medial entre ambas⁸⁸. De igual modo, es posible el concurso ideal con el delito de fraude de subvenciones, cuando la subvención se otorgue a una Administración pública⁸⁹. Ahora bien, entre el delito de malversación y el delito de estafa del funcionario con abuso de su cargo (art. 438 CP), hay un concurso de leyes, siendo la malversación ley especial por suponer como “plus” el quebrantamiento de la competencia del funcionario de custodiar, conservar, administrar o gestionar los caudales públicos⁹⁰. Sea como fuere, también podría sostenerse un concurso ideal, al ser el bien jurídico de la malversación el patrimonio público, mientras que el bien jurídico protegido en el delito del art. 438 es el patrimonio de los particulares o el patrimonio privado de los entes públicos⁹¹. Finalmente, respecto al concurso con el blanqueo de capitales, estaríamos ante dos infracciones distintas y por tanto ante un concurso real sin que exista duplicidad sancionatoria⁹².

III. MALVERSACIÓN IMPROPIA (ART. 435 CP)

El art. 435 CP protege bienes de la Administración, o que están bajo su custodia, pero que por diversas razones están en manos de particulares. Por tanto, las personas a las que se refiere el artículo no pueden considerarse funcionarios con arreglo al art. 24 CP, sino que son particulares que ejercen momentáneamente una función pública de custodia de caudales públicos. Esto es, no se trata de relaciones puramente privadas sino que lo público se entrecruza en mayor o menor medida, por lo que el art. 435 CP tiene una función similar a la que cumple el art. 424 CP en relación al delito de cohecho.

De cualquier forma, es elemento característico de la malversación impropia su dependencia de la malversación propia, dado que las conductas a cometerse son las mismas que las previstas para ésta, si bien cometidas por determinados sujetos particulares. En consecuencia, y como nos advierte MIR PUIG⁹³, al haberse ampliado el ámbito de aplicación de aquella, dada su actual configuración también

⁸⁶ Entre otras, SSTS 841/13, 18 de noviembre, “caso Minutas” del Ayuntamiento de Marbella; 696/2013, 26 septiembre, (caso Maquillaje); 226/06, 19 de febrero; 18/14, 23 de enero; 394/14, 7 de mayo; 149/15, 11 marzo; SAP Vizcaya 10/2016, 26 febrero.

⁸⁷ SSTS 1085/92, 6 de mayo; 190/97, 15 de febrero.

⁸⁸ SSTS 600/2014, 3 septiembre; 381/07, 24 abril; 371/07, 4 abril; 310/03, 7 marzo; SAP Barcelona 7/2016, 10 febrero; SAP Madrid, 341/2016, 27 septiembre.

⁸⁹ SSTS 310/03, 7 marzo; 797/2015, 24 noviembre.

⁹⁰ STS 22 febrero 1995; 68/03, 27 enero.

⁹¹ MIR PUIG, C., “De la malversación”, *op. cit.*, p. 1468.

⁹² STS 22 marzo 2013.

⁹³ MIR PUIG, C., “De la malversación”, *op. cit.*, p. 1454.

como forma de administración desleal, del mismo modo se ha ampliado el ámbito de aplicación de la malversación impropia.

1. Particulares que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas

Aquí se incluyen los particulares que tienen encomendada, por un título diferente al de depósito, la gestión de fondos, rentas o efectos de la Administración con la obligación de darle un determinado destino (ej. los administradores de lotería o de estancos por vender efectos timbrados). La capacidad de disposición sobre dichos bienes, fondos o rentas, se produce en virtud de un nombramiento o designación por la autoridad administrativa correspondiente, generalmente por insuficiencia de medios o por simple comodidad por parte de la Administración. En la práctica, esta modalidad se ha aplicado a supuestos como los encargados de Administraciones de loterías que distraen parte del importe recibido⁹⁴ o los encargados de recaudar tasas por cuenta del Ayuntamiento⁹⁵.

2. Particulares legalmente designados como depositarios de fondos públicos

La razón del depósito no es importante, si es por necesidad o simplemente por resultar más ventajoso para la Administración, lo único trascendente es que esta forma de malversación se concreta sólo en la modalidad comisiva de que un particular quebrante un depósito de fondos públicos, cometiendo alguna de las conductas previstas en los arts. 432 a 434 CP. En realidad, se trata de una previsión superflua o redundante, pues o bien habría bastado con incluir la posesión a título de depósito en el apartado anterior, o incluso se puede incluir dentro del vocablo “encargados” los actos propios de un depósito de bienes. La designación, en cualquier caso, debe consignarse en una norma jurídica, de lo contrario, cuando el particular sólo tiene la disposición de los caudales *de facto*, sin depósito válidamente constituido sobre los mismos, se estará ante un delito de apropiación indebida.

3. Administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares

Sin duda alguna es el supuesto más importante en la práctica, y ello pese a ser la figura más distante de la esencia del delito de malversación, pues se trata de una acción que no sólo no es llevada a cabo por un funcionario en sentido estricto, sino que además ni tan siquiera recae sobre bienes de naturaleza pública⁹⁶. Esto es, este delito está construido sobre dos ficciones: la de que el administrador o depositario de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se

⁹⁴ SSTS 18 de febrero de 2004; 30 abril de 1998; 6 junio de 1989.

⁹⁵ STS 19 mayo 1990; SAP Madrid, 4 mayo 2006; SAP Málaga, 12 febrero 2007.

⁹⁶ SSTS 363/2009, de 2 de abril; 375/2013, de 14 de abril.

convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario público, y la de que dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares⁹⁷. Es precisamente por ello que para la comisión de este delito la jurisprudencia exige que haya sido nombrado como depositario o administrador del bien embargado, siendo además adecuadamente informado de las funciones y responsabilidades que ello conlleva⁹⁸.

Son, por tanto, requisitos necesarios para poder hablar de esta modalidad delictiva⁹⁹: A) Que el nombramiento de administrador o depositario sea realizado por autoridad pública o quien legalmente le represente. Generalmente, por justicia, y también por comodidad para la Administración, el depositario de los bienes será el propio titular de los mismos, de modo tal que podrá seguir utilizando el bien sacándole el rendimiento preciso. En ningún caso el nombramiento debe hacerse por el procurador de la parte demandante que insta al embargo o tercera persona distinta a aquéllos¹⁰⁰. B) Deben identificarse perfectamente los bienes embargados, secuestrados o depositados, con la finalidad de conocer con exactitud el destino que en su caso se le ha dado. De igual modo debe constar que los bienes se encuentran en poder del administrador o depositario¹⁰¹. C) La persona designada como administradora o depositaria de los bienes deberá ser instruida formalmente, en el momento de la aceptación expresa del cargo, respecto a las obligaciones y responsabilidades que éste conlleva. Y D) El sujeto activo debe realizar alguna de las conductas previstas en los arts. 432 a 434 CP, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo¹⁰².

Finalmente, existe concurso de leyes con el delito de alzamiento de bienes si el depositario de dinero o bienes embargados es el deudor y el dueño de los bienes. Concurso que se resolvería a favor de este delito del art. 435 en virtud del principio de consunción.

⁹⁷ SSTS 10 de diciembre de 2007 y de 29 de diciembre de 2009.

⁹⁸ La STS 375/2013, de 24 de abril, absuelve por no haber sido informado de las obligaciones del cargo de depositario de los bienes embargados. En sentido similar, STS 527/2016, 16 de junio; SAP Barcelona 530/2015, 29 julio; SAP Valencia 607/2015, 24 septiembre.

⁹⁹ SSTS 79/2007, de 7 de febrero; 95/2007, de 15 de febrero.

¹⁰⁰ La STS 18 noviembre 1998 absuelve a los depositarios de azulejos embargados que disponen de ellos por haber sido designados por el procurador de la parte demandante y no por la autoridad judicial o quien lo represente, y por no ser instruidos en el acto de su nombramiento de las obligaciones y responsabilidades a contraer.

¹⁰¹ También absolutoria la sentencia de 15 abril 2002, por designarse depositario cuando los bienes a embargar ya habían sido enajenados.

¹⁰² En este sentido, la STS 9 octubre 2009 condena a quien siendo nombrado depositario de varios embargos, se apropia indebidamente de ellos; de igual modo, la SAP Almería 374/16, 23 junio, condena a quien siendo depositario procede a la venta de la embarcación intervenida sin que pudiera llevarse a cabo el comiso acordado de la misma.

4. Administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores

Con la última reforma del CP se ha incluido también a los administradores concursales, en relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. Una nueva ficción jurídica, ya que esta modalidad delictiva la comete el administrador concursal que carece de la condición de funcionario público y actúa además sobre unos bienes que son de naturaleza privada. Una inclusión que para MUÑOZ CUESTA¹⁰³ está en consonancia con las nuevas conductas delictivas recogidas dentro de las insolvencias punibles (Capítulo VII bis del Título XIII), donde se establecen tipos delictivos en defensa del correcto desarrollo de una situación de crisis del sujeto afectado, o cuando se ha admitido a trámite la solicitud de concurso de acreedores. Para otros, como MARTELL¹⁰⁴, resulta sin embargo distorsionadora, pues el objeto material sobre el que se proyecta su conducta dista mucho del patrimonio público, siendo sus conductas desleales reconducibles a la administración desleal propia de los delitos patrimoniales ordinarios, donde tal inclusión hubiera tenido mejor encaje. Esto es, lo lógico habría sido darles la condición legal y penal de administrador, con la aplicación de los delitos patrimoniales correspondientes, o bien definir su condición jurídica y su posible responsabilidad en el marco de los delitos de insolvencia¹⁰⁵.

En cualquier caso, esta previsión considera siempre afectados los intereses de los acreedores “cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley”. Es evidente que si el administrador altera ese orden de pagos, consciente y voluntariamente, está perjudicando a unos acreedores con derecho preferente al cobro, algo que el legislador ha considerado digno siempre de sanción penal, pero que a juicio de NIETO no es una conducta que claramente quepa tachar de administración desleal, por lo que el legislador lo que ha hecho es añadir un nuevo delito que tutelaría la *par conditio creditorum*¹⁰⁶.

IV. EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE PÚBLICA (ART. 433 BIS CP)

1. Orígenes del delito

Este artículo fue introducido por *LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, en el marco de la crisis económica vivida por nuestro país, y que se manifestó con especial agresividad entre los años 2011 y 2013. Periodo en el que

¹⁰³ MUÑOZ CUESTA, J., “Malversación de caudales públicos”, *op. cit.*, p. 317.

¹⁰⁴ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, *op. cit.*, p. 697. En igual sentido, NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 498.

¹⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios al Código penal español*, *op. cit.*, p. 1437.

¹⁰⁶ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 499.

el legislador español aprobó una serie de leyes dirigidas a reformar determinados sectores económicos, a luchar contra el fraude y a mejorar la transparencia de la información y las normas de gobierno, sobre todo en el ámbito de lo público. Todo ello con el objetivo de recuperar la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas y en sus funcionarios.

Esto es, el centro de atención se situaba en garantizar la transparencia en el sector público, buscando el máximo rigor en las cuentas, como exigencia de la UE para que nuestro país ajustara y redujera su excesivo déficit público (recordemos el permanente temor en seguir a Grecia en el rescate). Una situación de crisis en la que las propias administraciones públicas ocultaban su realidad, dándose casos de gestión fuera de unos presupuestos ya agotados. Es en este escenario que aparece el objetivo de estabilidad presupuestaria, que se llega a incluir en el art. 235 de la Constitución. Reforma constitucional acompañada por la *LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, en cuyo art. 6.1 se establece la obligación de que las Administraciones públicas cuenten con “información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera...”. A esta norma le seguiría la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, que vendría a regular las obligaciones de transparencia que serán base de las conductas a castigar con este nuevo delito.

La idea transmitida por el legislador era, por tanto, la de cubrir una laguna de punibilidad para “*dotar de la máxima transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas*” (Preámbulo LO 7/2012). El resultado, sin embargo, ha sido el de la inclusión de un tipo paralelo a los que ya se contienen en los arts. 290 y 282 bis, en los que, entre otras conductas, se sanciona al administrador de una sociedad que falsea las cuentas anuales, u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero.

Se trata, por tanto, de un delito societario que ha sido transmutado al ámbito de la Administración Pública, lo que suscita muchos interrogantes. Entre ellos, ¿qué debe entenderse por entidad pública? ¿Qué función cumplen los tipos comunes de falsedades? ¿No habría bastado con modificarlos en lugar de multiplicar los tipos delictivos complicando sobremanera su armonización? Es más, ¿por qué se incluye este delito en la malversación si no implica apropiación o desvío alguno del patrimonio público?, ¿no hubiera bastado con incluir en los arts. 290 y 282 bis una cláusula de extensión a las entidades públicas?¹⁰⁷ Sea como fuere, afirmar que este

¹⁰⁷ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios al Código penal español*, op. cit., p. 1429.

nuevo delito contribuye a que los ciudadanos podamos confiar en la verificación contable de las entidades públicas, es una visión demasiado simplista ante la que es nuestra real preocupación, que no es sino otra que acabar con la corrupción.

2. Bien jurídico protegido

Dado el tenor literal del precepto, determinar el bien jurídico es realmente complicado pues, para empezar, y contradiciendo la finalidad declarada en el Preámbulo, el artículo no ha sido ubicado entre las falsedades, sino en la malversación. Ahora bien, desde luego lo que se persigue no es sólo el respeto a los recursos públicos (que sería lo lógico dada su ubicación en la malversación), sino que parece sancionar comportamientos relacionados con la veracidad y la imagen fiel de los documentos que deben reflejar la situación económica de las entidades públicas. El objetivo, por tanto, es forzar a la estabilidad presupuestaria, amenazando a los funcionarios que pretenden ocultar la realidad financiera del ente para el que trabajan. Se busca proteger el principio que exige que las administraciones públicas den una imagen fiel de su situación financiera, preservando así el patrimonio del correspondiente ente público¹⁰⁸.

Si esto es así, en reflexión de QUINTERO¹⁰⁹, el hecho injusto debería concentrarse en torno al ocultamiento de que se ha roto el techo de gasto, y no ese genérico ocultamiento de la realidad económica del ente. Ésta y no otra es la única interpretación posible dada su ubicación en las malversaciones. Ahora bien, no es menos cierto que esa rotura del techo de gasto generalmente se da por quien, consciente del déficit, no es capaz de reducirlo, situación que como vimos no cabría tachar de malversación. Luego, y en definitiva, no queda muy claro cuáles son los supuestos concretos que el legislador tenía en mente a la hora de incorporar este delito al elenco punitivo.

En cualquier caso, sólo puede justificarse su ubicación entre los delitos contra la Administración pública, en la medida en que se entienda que el nuevo delito incrementa la defensa de los recursos públicos, protege el correcto funcionamiento de la Administración y desarrolla el deber genérico de la fidelidad de los funcionarios. Una tangencial protección del patrimonio público, que sólo aparece nítidamente formulada en el tipo agravado por requerir un perjuicio económico, si bien no requiere un ánimo de lucro¹¹⁰. Una combinación de bienes jurídicos en todo caso absolutamente rechazable porque, en palabras de FRANCÉS, “puede vaciar de contenido el bien jurídico, al arrebatárle las funciones que tradicionalmente le han

¹⁰⁸ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.^a “¿Qué queda de la reforma del Código Penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis”, *Diario La Ley*, nº 8020, 11 de febrero de 2013, p. 3.

¹⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, op. cit., p. 1431.

¹¹⁰ LUZÓN CÁNOVAS, A., “Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública”, en *IGAE*, febrero de 2014, p. 237.

sido otorgadas: interpretativa, sistemática, de medición de la pena y de limitación del *ius puniendi*¹¹¹.

3. Objeto material del delito: documentación o información económica

Se debe tratar de un documento que refleje la situación económica de la entidad o de una información. Aunque sólo se cita a la contabilidad, entre estos documentos cabe incluirse también el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria (por remisión a la interpretación jurisprudencial del art. 290 CP). Ahora bien, ¿no son todos ellos documentos públicos cuya falsedad se protege en los arts. 390 y ss.? En atención a lo previsto en el art. 1217 Ccivil, la calidad de público de estos documentos es indudable, por lo que la incongruencia es clara¹¹². En cualquier caso, el criterio mercantilista que empapa las conductas punibles debe matizarse, pues no olvidemos que nos encontramos en el sector público, en el que existe una serie de normas que obligan a los entes públicos: la *Orden EHA/1037/2010/ de 13 de abril, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Pública*, donde se delimitan los criterios contables a aplicar a las cuentas públicas y la información a presentar; y la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*, cuyo Título V se dedica a la contabilidad en el sector público estatal y en el que, al respecto de la formulación de las cuentas anuales, se establecen que comprenderán “el balance, la cuenta del resultado económico-patrimonial, el estado de cambios del patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo, el estado de liquidación del presupuesto y la memoria” (art. 128.). Documentos a los que, a efectos del presente precepto, cabría sumar todos aquellos que reflejen la realidad económica de la entidad pública¹¹³.

Finalmente, el término “información” resulta cuando menos perturbador, pues el concepto jurídico-penal de documento del art. 26 CP ya comprende cualquier soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones. Para GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ¹¹⁴, sin embargo, no resulta redundante, pues permite abarcar las falsedades ideológicas en las conductas primera y segunda, refiriéndose a la información mendaz que se difunde oralmente, con lo que se extendería el ámbito de lo punible.

4. Conductas delictivas

Como ya hemos adelantado, conlleva importantes problemas determinar cuál es la conducta típica, por la relación que este art. 433 bis tiene tanto con el art. 290

¹¹¹ FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El nuevo art. 433 bis. un ejemplo de derecho penal simbólico. Dudas y claves para su interpretación a la luz del art. 290 CP”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 576, nota 12.

¹¹² *Ibidem*, p. 579.

¹¹³ LUZÓN CÁNOVAS, A., “Responsabilidad contable y administrativa...”, *op. cit.*, pp. 240 y 241.

¹¹⁴ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.^a “¿Qué queda de la reforma del Código Penal ...”, *op. cit.*, p. 4.

(delito societario de falsedades contables) como con los arts. 390 y ss. (falsedad de documento público). Esto es, el nuevo art. 433 bis, lejos de solucionar problemas concursales genera otro: dotar al verbo “falsear” de un contenido diferente al que le da el art. 290 CP. Conductas falsarias que, obviamente, también deben ser diferentes a las del art. 390 CP, ya que el propio art. 433 bis habla expresamente de quien falseare “fuera de los supuestos previstos en el artículo 390”. Se debería tratar, por tanto, de aquellas falsedades no previstas en el art. 390 que tengan una repercusión económica en la Administración o entidad pública donde el funcionario o autoridad presta sus servicios. Pero, ¿cómo se ha de falsear? ¿De qué tipo o forma ha de ser la conducta falsaria?

A) *Presupuesto básico: la idoneidad de la conducta para causar un perjuicio económico*

Para empezar, y según la dicción del precepto, la conducta consiste en poder causar de forma idónea un perjuicio económico para la entidad pública; esto es, a semejanza del art. 290 CP, se trata de un delito de peligro hipotético, que sólo requiere la aptitud o idoneidad de la conducta para causar el perjuicio económico. Luego no es necesario que la alteración de la verdad cause un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa el sujeto, basta con acreditar en el procedimiento la idoneidad de la conducta para hacerlo. En definitiva, no se requiere que la acción determine un peligro efectivo (lo que nos llevaría a hablar de delito de peligro concreto), pero sí que se pueda originar un estado que suponga la probabilidad de un daño o lesión. Al respecto, el art. 433 bis prevé dos conductas delictivas:

B) *Falsear la contabilidad, los documentos o la información relevante que refleje la situación financiera de la concreta entidad pública (art. 433 bis.1 CP)*

En su primer apartado, el art. 433 bis prevé el castigo de la elaboración de un documento, en el que se incluyen datos que no son ciertos o se omiten otros cuya constancia resulta necesaria para reflejar la realidad económica o financiera del ente público, siempre que esa conducta sea idónea para causar un perjuicio económico. La acción típica, por tanto, es la de “falsear” del art. 390.1 CP, abarcando las cuatro conductas recogidas en él, incluyendo la falsedad ideológica del apartado 4^o¹¹⁵. Falsedad que también puede afectar directamente a la información, sin necesidad de que ésta se encuentre soportada o incluida en un documento, bastando con que se trate, igualmente, de una información relevante desde un punto de vista económico¹¹⁶. Una falsedad que puede llevarse a cabo tanto por acción como por omisión, introduciendo información mendaz en la documentación o información, u omitiéndola ocultando así lo que debe ser conocido y tiene relevancia para conocer

¹¹⁵ LUZÓN CÁNOVAS, A., “Responsabilidad contable y administrativa...”, *op. cit.*, p. 237.

¹¹⁶ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.^a “¿Qué queda de la reforma del Código Penal...?”, *op. cit.*, p. 2.

el estado real de la entidad pública. La relevancia de la “mentira” en los datos contables es, por tanto, el elemento nuclear de esta conducta delictiva.

C) *Facilitar información mendaz a terceros sobre la situación económica de la entidad pública (art. 433 bis.2 CP)*

Como complemento de la anterior, esta conducta consiste en que la autoridad o funcionario entregue a terceros la información falsa o mendaz, tergiversada en definitiva, sobre la situación económica del ente público, y con la intención de provocar un perjuicio. Se refiere a documentación o información que inicialmente no forma parte de un documento, pero que encuentra reflejo posterior en el mismo. De este modo, se solucionan los problemas de tipicidad que puedan generarse cuando el autor no emite el documento falso, limitándose a introducir la información falsa que posteriormente se incorpora a un documento¹¹⁷. Esto es, abarca también los supuestos en que la persona que facilita la información no es la misma que finalmente emite el documento donde aquélla se incorpora. Un adelantamiento de la punición a supuestos que podría considerarse de participación en el delito ajeno, y que por tanto podría haberse solucionado con las figuras de coautoría o autoría mediata¹¹⁸.

Ciertamente la conducta recuerda a la deslealtad de los administradores que suministran información a la competencia, perjudicando con ello las expectativas de las empresa administrada. Ahora bien, no debemos olvidar que nos encontramos en el sector público, donde el perjuicio no puede medirse con criterios mercantiles, pues de existir perjuicio éste acabaría siendo asumido por la propia Administración. Cuestión distinta es la facilitación de información confidencial a terceros que pudiera perjudicar a la propia Administración (una decisión urbanística inminente que provoca el incremento del precio del terreno), pero eso nada tiene que ver con este delito¹¹⁹.

5. El perjuicio económico como resultado: la agravante del art. 433 bis.3 CP

Si efectivamente se llegare a producir el perjuicio económico, estaríamos ante el delito de resultado previsto en el apartado 3º de este artículo 433 bis, castigado con una pena superior que incluye la privación de libertad. Obviamente, debe probarse la relación entre la falsedad documental o la facilitación de la información falsa y el perjuicio finalmente causado, lo que desde luego no será fácil.

En cualquier caso, dicho perjuicio económico, entendido como detrimento patrimonial para la entidad (tanto daño emergente como lucro cesante), debe ser evaluable o traducible en dinero, por lo que no cabría incluirse los perjuicios deri-

¹¹⁷ LUZÓN CÁNOVAS, A., “Responsabilidad contable y administrativa...”, *op. cit.*, p. 238.

¹¹⁸ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.^a “¿Qué queda de la reforma del Código Penal ...?”, *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios al Código penal español, op. cit.*, p. 1432.

vados del mal nombre o de la pérdida de crédito de la entidad pública. No es necesario, sin embargo, que tal detrimento patrimonial vaya acompañado de un enriquecimiento ilícito para el sujeto activo o para un tercero¹²⁰. Un perjuicio económico, no lo olvidemos, que nada tiene que ver con el que se pudiese provocar en una entidad mercantil, porque el perjuicio generado no será para el ente que oculta, sino que acabará recayendo en la Administración que deberá afrontar unos gastos extraordinarios, y no presupuestados, al acudir al auxilio del ente deficitario. Un desequilibrio en las cuentas públicas, bien por consignar ingresos superiores a los reales u ocultando el importe real de los gastos, bien dejando de contabilizar determinados gastos (facturas del cajón), o contabilizándolos con posterioridad a su devengo. Conductas idóneas para ocasionar un perjuicio económico, pero no a la entidad desde la que proviene la falsedad, como exige el tipo delictivo, sino a la Administración¹²¹.

Finalmente, este delito sólo puede cometerse de forma dolosa, pues no está prevista la sanción de la modalidad imprudente. Un dolo que requiere el conocimiento de la idoneidad lesiva de la acción, un elemento subjetivo que deberá ser siempre acreditado mediante la práctica de prueba indiciaria. No habrá delito, por tanto, si en la contabilidad se incluyen partidas, o se deja de hacerlo, por una interpretación errónea de las normas que rigen la contabilidad de la entidad pública, al faltar la conducta falsaria¹²².

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA REFORMA SIMBÓLICA Y A LA MEDIDA DE LOS INTERESES DE SIEMPRE

Sin menospreciar los esfuerzos del legislador de cara a la catalogación como malversadoras de conductas claramente perjudiciales para el patrimonio público, y que hasta ahora no cabían ser calificadas como tales, lo cierto es que siguen sin estar todas las conductas que lo son, pudiendo sin embargo extenderse la calificación a algunas que no debieran.

El nuevo delito de administración desleal del patrimonio público parece seguir sin dar cabida, por ejemplo, a las conductas de despilfarro de fondos públicos, en la medida en que éstos hayan tenido finalmente un destino público. Porque si bien la actual regulación da acogida, tanto al uso temporal privado (anterior art. 433 CP) como al uso de bienes inmuebles para fines ajenos a la cosa pública (antes recogido en el art. 434 CP), a lo que se sigue sin hacer referencia expresa es a la aplicación pública diferente de aquélla a que estuvieren destinados los caudales públicos. Al

¹²⁰ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.^a “¿Qué queda de la reforma del Código Penal ...?”, *op. cit.*, p. 2.

¹²¹ MOCHÓN LÓPEZ, L. y MOLINA MESA, J., *La protección penal de las finanzas públicas y la responsabilidad de los gestores públicos (El artículo 433 bis del Código Penal)*, Civitas/Thomson Reuters, abril 2013, p. 191 y ss.

¹²² MUÑOZ CUESTA, J., “Malversación de caudales públicos”, *op. cit.*, p. 311.

respecto, considero absolutamente necesario el castigo como malversación de la distracción de fondos públicos a otra finalidad distinta a la asignada legalmente, cuando con ello se produzca un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieran destinados¹²³. Su impunidad no puede ser por más tiempo tolerada.

Pensemos si no en los millones de euros previstos para mejorar el estado de las carreteras, que se destinan a un informe sobre la viabilidad de la celebración de una competición deportiva en la ciudad. Al tener un fin también público no pasaría nada, aunque ello sólo beneficie al familiar, amigo o compañero de partido, que ingresará una cantidad millonaria a cambio de un informe de tres folios que, copiados de Internet, y como ya se sabía, no servirán para nada¹²⁴. Otra cuestión es que tales encargos absurdos e inútiles hayan sido además aparentes, esto es, se aleguen con el único objetivo de justificar un gasto con dinero público¹²⁵, que la persona encargada de autorizar el pago se lleve el correspondiente porcentaje como comisión¹²⁶, o que el servicio sea innecesario por haber personal cualificado para llevarlo a cabo¹²⁷, supuestos en los que la existencia del delito es incuestionable.

Y es que, si bien la tendencia jurisprudencial es la de ir abarcando poco a poco los supuestos de claro derroche del dinero público, siendo también cada vez más las acusaciones de malversación formuladas por la Fiscalía en ese sentido, lo cierto es que la exigencia de un perjuicio económico complica su perfecto encaje en el tipo de la malversación. La delimitación de lo que se debe entender por perjuicio en el

¹²³ En este mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto ...”, *op. cit.*, p. 6; NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, pp. 494 y ss; ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto ...”, *op. cit.*, p. 2. Un descarado ejemplo al respecto nos lo ofrecen los informes externos encargados por siete consellers de la Generalitat de Catalunya, denunciados por el sindicato Manos Limpias. Se trataba de 1.583 informes fantasma (dado su contenido claramente intangible), que costaron 32 millones de euros, sobre temas como: el cultivo de la chufa (11.965 euros); el seguimiento de la almeja brillante (7.900 euros); el murciélago nana (2.328 euros); el control de la plaga de la mariposa de arroz en el delta del Ebro; diseño de parchís y puzle de una casita de cartón recortable (11.368 euros); ventilación natural de los patios (6.896 euros); biografía selectiva sobre la imaginación (5.480 euros); o el funcionamiento de los ambientadores, un trabajo que constaba sólo de cuatro folios (350 euros cada uno) que concluye con un rotundo “el olor de los ambientadores sale por la ranura de arriba”. Todos los informes ascendían a menos de 12.000 euros para poder adjudicarlos directamente eludiendo el concurso público. *Vid.*, en *La Vanguardia*, 8 de febrero de 2009.

¹²⁵ La STS 696/2013, 26 septiembre, (“caso Palma-Arena-Pieza 2”), condena por malversación el pago de 11.550 euros a un periodista por un reportaje que nunca realizó. De su parte, la STS 580/2010, 16 junio (caso SON OMS), condena al Conseller Insultar de Territorio de Baleares por pagar 12.020 euros a su contable para elaborar un estudio innecesario sobre el valor del suelo, que fue plagiado íntegramente de Internet, para agradecerle los servicios que le prestaba.

¹²⁶ De sumo interés, en relación con este tipo de supuestos, la STS 394/2014, 7 mayo.

¹²⁷ En esta sentencia, el TS llega más allá afirmando que incluso cuando no se puede demostrar el beneficio personal del funcionario, cabría hablar de malversación porque “los pagos realizados con fondos públicos no respondían a la satisfacción de un interés público, ni se hacían en beneficio de los intereses del Ayuntamiento de Marbella, sino que tenían como objetivo la satisfacción del ánimo de lucro de los acusados, y el hecho de que no se conozcan los acuerdos internos existentes entre los acusados, a efectos de precisar su participación en los caudales ilegalmente obtenidos, no es óbice para declarar su responsabilidad por la comisión del delito de malversación al consentir la sustracción de los caudales (STS 841/2013, 18 noviembre, “caso Minutas”).

ámbito público es, por tanto, urgente. Porque en completo acuerdo con NIETO¹²⁸, deben ser sancionados como malversación los gastos excesivos o derroche de recursos públicos, pues siempre puede discutirse el que se podía haber utilizado los fondos públicos de forma más eficiente y racional, o más aún, que el endeudamiento que tales gastos provocan impiden a los futuros gestores públicos actuar con libertad, lo que restringe indebidamente su capacidad de disposición. Sin duda en los casos de “derroche no presupuestado” es más sencillo, porque si bien no se puede hablar de perjuicio patrimonial, dado que se recibe una contraprestación de mercado, el bien sin embargo carece de utilidad pública (ej. una carretera o un aeropuerto que no presta servicio alguno a sus vecinos) con lo que es evidente la lesividad social.

En definitiva, en la Administración pública disponer de medios públicos sin cobertura presupuestaria, o hacerlo en un modo que comprometa seriamente las opciones de realizar políticas públicas de futuros gestores, debe considerarse un perjuicio patrimonial¹²⁹. Fuera de esos supuestos, debería sancionarse la conducta como infracción administrativa en aplicación del principio de intervención mínima¹³⁰, al no concurrir un exceso típico en el ámbito del ejercicio de las facultades que se infringe. Y ello porque la valoración sobre la oportunidad del gasto en el ejercicio de las facultades administrativas, no supone la actuación fuera (exceso) del ámbito de las facultades, sino el ejercicio desviado de las mismas¹³¹. Luego una interpretación que no atienda a una restricción a partir del concepto de perjuicio, prima hasta lo intolerable toda infracción de la normativa de ejecución presupuestaria.

Nunca se debería partir, por tanto, de que la tipicidad pasa por la mera infracción de la normativa de ejecución presupuestaria, desviaciones que en principio no deberían sobrepasar el propio Derecho administrativo¹³². Y decimos en principio, porque tampoco debemos permanecer ajenos a la inoperatividad demostrada hasta ahora, tanto por el Tribunal de Cuentas como por la vía sancionadora-administrativa, cuando los cambios en el destino del dinero público se realizan al más alto nivel (ej., Presidente de una Comunidad Autónoma). Prácticas más o menos habituales en las últimas décadas, que no han tenido sin embargo la respuesta deseada, y ello pese a ser un buen reflejo de la corrupción enquistada a la sombra de los poderes públicos. O precisamente por ello.

De su parte, en relación con la actual y creciente huida del Derecho administrativo, en completo acuerdo con VALLE, se trata de precisar si la misma conlleva a su vez la “huida del Derecho penal”, y por tanto una clara desprotección de fondos

¹²⁸ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 495.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ MIR PUIG, C., “Sobre la reforma de los delitos de malversación ...”, *op. cit.*, p. 210.

¹³¹ CASTRO MORENO, A., “La malversación de caudales públicos”, *op. cit.*, pp. 352 y 353.

¹³² QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios al Código penal español*, *op. cit.*, p. 1425.

que son materialmente públicos. O incluso, analizándolo de forma inversa, “si el hecho de que se haya generalizado la huída del Derecho administrativo, mediante la creación de sociedades públicas de naturaleza mercantil para evitar los controles de su actividad, ha sido el caldo de cultivo propicio para la generalización de estas prácticas corruptas”¹³³.

Finalmente, debe prestarse especial atención a la penalidad, de forma que por un mismo hecho la pena no sea más leve en el futuro, lo que iría contra la necesidad de combatir la corrupción con todos los medios a nuestro alcance. Sin olvidar lo que supondría la retroactividad penal a favor del reo, primero en términos de desmoralización social y después por lo que se refiere a la revisión de sentencias¹³⁴. En éste y otros muchos sentidos, la reforma no ha sido, ni mucho menos, un ejemplo de contundencia frente a la corrupción y por mucho que se pretenda “vender” lo contrario. Y ello porque la pena prevista ahora en el art. 432 (2 a 6 años de prisión) es inferior a la prevista anteriormente (3 a 6 años de prisión), pudiendo además suspenderse. Por no mencionar que es más favorable al reo, lo que implica su aplicación retroactiva a malversadores que ya están cumpliendo condena por haberseles impuesto anteriormente el mínimo de 3 años¹³⁵. Es más, si pese a todo ingresan en prisión, recordemos que siempre les queda la posibilidad de evitarla devolviendo el dinero o colaborando con las autoridades (art. 434 CP). La hipocresía de la reforma es, por tanto, evidente.

En lo que respecta al delito de falsedad contable pública, introducido por LO 7/2012, estamos realmente ante un delito de falsedad que nada tiene que ver con los delitos de malversación. Es más bien un delito de falsedades contables en el ámbito público; esto es, una réplica del delito societario de falsedades contables del art. 290 CP. Aunque se quería legislar para tomar medidas contra el despilfarro o la mala gestión del dinero público (ejecutar gastos sin crédito, superar el importe de lo presupuestado, etc.), al final el delito se limita a proteger la autenticidad de la documentación contable y financiera, para evitarle un perjuicio económico a la entidad pública correspondiente¹³⁶. Se trata, en consecuencia, de un precepto innecesario porque al final no colma laguna alguna, dado que se podría acudir en su lugar a la falsedad ideológica del art. 390.4 CP¹³⁷.

¹³³ VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “Los caudales públicos ...”, *op. cit.*, p. 868.

¹³⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto ...”, *op. cit.*, p. 6. Ejemplo de las revisiones anunciadas son las SSTs 82/2016, 11 febrero; 498/2016, 9 junio; TSJ Valencia, auto de 30 julio 2015.

¹³⁵ Por no hablar de la reducción también del límite máximo de la pena prevista en el supuesto atenuado del art. 433, que al ser ahora de 1 a 2 años (antes era de 6 meses a tres años) también es favorable al reo permitiendo en todo caso la suspensión de la ejecución de la pena. *Vid.*, en MIR PUIG, C., “De la malversación”, *op. cit.*, p. 1454.

¹³⁶ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.^a “¿Qué queda de la reforma del Código Penal ...?”, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

¹³⁷ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, *op. cit.*, p. 499. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 894; GUTIÉRREZ

La relación que el precepto establece con el art. 390 CP, no sólo repercute en las dudas que surgen en relación a la determinación de la acción típica, sino que también da la sensación de que, lo que pretendía ser una norma especial sobre el art. 390 CP (con menos pena, eso sí) realmente se convierte en subsidiaria, lo que al final se traduce en que el art. 433 bis sólo tenga aplicación en contadas ocasiones¹³⁸. Un nuevo ejemplo de Derecho penal simbólico. Una ley reactiva en la que se prima el objetivo de demostrar la rapidez del legislador, ante la aparición de problemas nuevos o problemas irresueltos, intentando generar confianza en la sociedad, y al mismo tiempo buscar dar respuesta a las preocupaciones de los ciudadanos en este momento de crisis económica¹³⁹. Una norma “aparente” que difícilmente se podrá aplicar dada la defectuosa técnica legislativa empleada¹⁴⁰. Y qué mejor prueba al respecto, que la inexistencia de condenas pese a haber transcurrido ya 5 años desde su introducción.

Por tanto, si lo que se pretendía era garantizar una correcta gestión de los recursos públicos, no parece que este delito venga a cubrir laguna alguna, pues existen mecanismos suficientes en la legislación penal (malversación, prevaricación y cohecho) para sancionar supuestos graves de gestión irregular de recursos o fondos públicos. En cualquier caso, muchas veces se trata de situaciones de pura generación de déficit, que se pueden dar a todos los niveles de la Administración (desde las administraciones locales hasta la estatal), y que en todo caso deberían ser ajenas al Derecho penal, pues lo que se castiga, en teoría, es pretender ocultarlas tergiversando las cuentas. Una mala gestión de los fondos públicos, como también lo son los compromisos de gastos, el reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente o la realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas no autorizadas, que deben ser corregidas mediante el adecuado control administrativo. Un control hasta ahora ciertamente ineficaz, y que por ello debería ser mejorado, pero sin que su falta de eficacia justifique por sí misma la intervención punitiva.

En definitiva, y para terminar, recordemos nuevamente la urgencia de coordinar la intervención represiva con el Derecho administrativo sancionador, de modo que aquélla, por mandato del principio de *ultima ratio*, quede reservada para los supuestos más graves de lesión a los bienes jurídicos más importantes, y siempre que los demás mecanismos de control social se muestren insuficientes. Y ello porque, como hemos manifestado hasta la saciedad, el bien jurídico a proteger por los delitos de malversación no puede nunca identificarse con el mero incumplimiento

RODRÍGUEZ, M., “¿Qué queda de la reforma del Código penal...?”, *op. cit.*, p. 784 y GARROCHO SALCEDO, A.M., “Los delitos de malversación”, *op. cit.*, p. 277.

¹³⁸ FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El nuevo art. 433 bis...”, *op. cit.*, p. 582.

¹³⁹ Díez Ripollés, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2002, n1 103, pp. 70 y ss.

¹⁴⁰ FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El nuevo art. 433 bis...”, *op. cit.*, p. 582.

de la normativa administrativa reguladora de la elaboración y ejecución de los presupuestos. Por no insistir en que la mera introducción de conductas en el CP por sí sola no resuelve nada, tal y como la experiencia nos demuestra con pertinaz frecuencia, aunque sí tiene el potente y nada menospreciable efecto de “anestesiarse” muchas conciencias, sobre todo políticas.

Bibliografía

- AMADEO GADEA, S., (Coord.), *Código penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios*, 1ª edic., Factum Libri, Madrid, 2015.
- CASTRO MORENO, A., “La malversación de caudales públicos”, en GOMEZ TOMILLO, M., (Dir.), *Comentarios al código penal*, 2ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2015.
- DE LA MATA, N., – ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público*, Bosch, Barcelona, 1995.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en *La Ley*, Diarios 4250 y 4251, 17 y 18 marzo, 1997.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El nuevo art. 433 bis. un ejemplo de derecho penal simbólico. Dudas y claves para su interpretación a la luz del art. 290 CP”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014.
- GARROCHO SALCEDO, A.M., “Los delitos de malversación”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo-agosto 2014.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.^a “¿Qué queda de la reforma del Código Penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis”, *Diario La Ley*, nº 8020, 11 de febrero de 2013.
- LUZÓN CÁNOVAS, A., “Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública”, en *IGAE*, febrero de 2014 (Disponible en: <http://www.pap.minhap.gob.es/sitios/140aniversario/Documents/MesaRedondaAlejandroLuzonCanovas.pdf>)
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código penal”, en *Diario la Ley*, año XXXIV, nº 8104, 13 de junio de 2013.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- MIR PUIG, C., “De la malversación”, en CORCOY BIDASOLO, M., – MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MIR PUIG, C., “Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013”, en *ADPCP*, Vol. LXVI, 2013.
- MOCHÓN LÓPEZ, L. y MOLINA MESA, J., *La protección penal de las finanzas públicas y la responsabilidad de los gestores públicos (El artículo 433 bis del Código Penal)*, Civitas/Thomson Reuters, abril 2013.
- MORALES PRATS - MORALES GARCÍA, “De la malversación” en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Aranzadi, 2011.
- MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración Pública (VII). Malversación”, en

- MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, J., “Malversación de caudales públicos”, en MUÑOZ CUESTA, J., (Coord.), *Tratado de responsabilidades penales en la Administración local*, COSITAL, Madrid, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., *El delito de Administración fraudulenta*, Praxis, Madrid, 1999.
- NIETO MARTÍN, A., “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”, en GÓMEZ RIVERO, C., (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Vol. II, 2ª edic, Tecnos, Madrid, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Madrid, 2016.
- ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, Bosch, Barcelona, 1999.
- ROCA AGAPITO, L., “Delitos de malversación: arts. 432 y ss.”, en ÁLVAREZ GARCÍA – DOPICO GÓMEZ – DÍEZ RIPOLLÉS, (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., (Coord.) *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia, II*, 4ª edic., Sepin, Madrid, 2016.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “Los caudales públicos como objeto material del delito de malversación”, en MAQUEDA ABREU – MARTÍN LORENZO – VENTURA PÜSCHEL, (Coord.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Octavio de Toledo y Ubieta*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016.