

La malversación del patrimonio público

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de Barcelona

1. Introducción
2. La malversación propia, cometida por autoridad o funcionario público
 - 2.1. La administración desleal de patrimonio público
 - 2.2. La apropiación de efectos o caudales públicos
3. Tipo agravado de malversación
4. Tipo atenuado de malversación
5. Subtipo privilegiado
6. Falseamiento y entrega de información económica pública
7. La malversación impropia
8. Delitos relacionados con el urbanismo y malversación del patrimonio público. Algunas reflexiones
9. La malversación del patrimonio público mediante la administración desleal y la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el denominado *procés*
10. Conclusión
11. Bibliografía

Resumen

El presente trabajo trata de ofrecer un conocimiento básico del régimen actualmente vigente del delito de malversación del patrimonio público en el Código Penal, introducido mediante la reforma de este a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. La novedad que consideramos más relevante reside en la ampliación de los supuestos que ahora podrán ser constitutivos del delito de malversación, gracias a la aparición de la modalidad de la administración desleal de los bienes públicos, solucionando también situaciones polémicas que antes de la citada

Artículo recibido el 04/11/2019; aceptado el 12/12/2019.

reforma no estaba claro si estaban incluidas o no en la regulación de la malversación, limitada a los “caudales públicos”. Se pretende también en este trabajo hacer algunas reflexiones sobre la incidencia que esa reforma podrá tener en los delitos relacionados con el urbanismo, teniendo en cuenta la especialidad del autor de la ponencia, así como comentar la aplicación de ese nuevo delito de administración desleal de los bienes públicos en la reciente sentencia del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, relativa al *procés*.

Palabras clave: *patrimonio público; malversación propia e impropia; administración desleal; perjuicio patrimonial; incidencia de la reforma de 2015 en los delitos relacionados con el urbanismo y STS 459/2019, de 14 de octubre sobre el procés.*

The embezzlement of public assets

Abstract

The article tries to offer a basic knowledge of the current regime of the crime of embezzlement of public assets in the Criminal Code, introduced by means of the reform of this through the Organic Law 1/2015, of March 30. The novelty that we consider most relevant lies in the extension of the assumptions that may now be constitutive of the crime of embezzlement, thanks to the appearance of the modality of unfair administration of public goods, also solving controversial situations that before the aforementioned reform was not clear whether or not they were included in the regulation of embezzlement, which was limited to “public flows”. The article also pursues to make some reflections on the impact that this reform may have on urban-related crimes, taking into account the expertise of the author of the paper, as well as commenting on the application of this new crime of unfair administration of public goods in the recent Supreme Court ruling 459/2019, of October 14, concerning the Catalan secessionist challenge.

Keywords: public assets; own and improper embezzlement; unfair administration; property damage; incidence of the reform of 2015 on the crimes related to urban planning; judgment of the Spanish Supreme Court nº 459/2019, of October 14, on the Catalan secessionist challenge.

1

Introducción

Si pensamos en los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública seguramente uno de los primeros que se nos aparecerá será el delito de malversación de caudales públicos. Este ha sido entendido tradicionalmente como el delito que comete una autoridad o un funcionario público cuando se apodera de tales bienes. Suele ser considerada por la sociedad como una de las infracciones penales más despreciables en ese ámbito de lo público junto al delito de cohecho, donde la autoridad o funcionario público recibe alguna dádiva para hacer actos justos o injustos propios de su cargo.

A lo largo de los últimos años la corrupción política ha venido generando multitud de procedimientos penales en España y ha llegado a convertirse en una de las principales preocupaciones de la ciudadanía. Consciente de ello, el legislador español ha tratado de dar muestras de una mayor contundencia en su propósito de atajar ese problema, y una muestra de ello la encontramos en la redacción vigente de las distintas modalidades de ese delito en el Código Penal, una vez entró en vigor la importante reforma realizada a dicho texto legal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Como veremos a continuación, el régimen actual del delito de malversación ha sufrido un cambio radical a raíz de esa reforma, siendo uno de los aspectos más llamativos la extensión del campo de aplicación de esta figura delictiva al ámbito de la gestión desleal de los bienes públicos. De este modo nos encontramos ahora con dos clases de malversación: la clásica basada en la apropiación de caudales públicos, y la nueva de administración desleal de bienes públicos.

El bien jurídico protegido en el delito de malversación consiste para algunos en la obligación de las autoridades y funcionarios públicos de actuar con fidelidad y lealtad en la custodia o administración de esos bienes públicos. Para otros consiste en el patrimonio público, entendido más desde una perspectiva funcional que propiamente económica. Por esa razón también es un delito que protege claramente a la Administración pública y a su correcto funcionamiento, hallándose por ello dentro del Capítulo VII del Título XIX del Código Penal, que tiene por rúbrica “Delitos contra la Administración pública”, regulándose en el mismo otros delitos cuya comisión afecta claramente a ese correcto funcionamiento de lo público, como el cohecho (arts. 419-427 bis), el tráfico de influencias (arts. 428 a 430), la prevaricación (arts. 404 a 406) o las negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos (arts. 439 a 444).

Sobre esta cuestión acerca de qué se trata de proteger mediante el delito de malversación, el Tribunal Supremo, en su sentencia 362/2018, de 18 de julio, afirmó lo siguiente:

Respecto al delito de malversación la jurisprudencia viene admitiendo (STS 238/2010, de 17 de marzo, STS 228/2014) la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa, y de otra parte, en su dimensión patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda pública (STS 687/99, de 10 de mayo).

No constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios o sus particulares asimilados a ellos y se consuma con la realidad dispositiva de los caudales.

La normativa vigente sigue manteniendo la tradicional división entre la malversación cometida por autoridad o funcionario público, denominada por la doctrina malversación propia, y la realizada por particulares en determinados casos, denominada por aquella malversación impropia. Asimismo, se ha introducido dentro de la malversación, en virtud de la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 7/2012, en materia de Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social, una nueva modalidad delictiva en el art. 433 bis del Código Penal, relativa a la falsificación y mendacidad de documentos contables internos de la Administración pública.

Destacar ya que a partir de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 los autores del delito de malversación obtendrán una notable reducción de la pena si se cumple alguno de los requisitos que veremos en el art. 434 del Código Penal, siendo uno de ellos la íntegra y efectiva reparación del perjuicio causado al patrimonio público.

A partir de la anterior reforma, la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos del referido Capítulo VII “De la Malversación”, así como de todos los del Título XIX del Libro II del Código Penal, se sancionarán con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en la respectiva infracción penal.

2

La malversación propia, cometida por autoridad o funcionario público

El vigente art. 432 del Código Penal recoge la denominada malversación propia, que es la cometida por la autoridad o el funcionario público, mientras que en el art. 435 se halla la denominada malversación impropia, que es la realizada por un particular que tiene una especial relación con determinados bienes públicos o que tienen interés para lo público.

Como ya hemos indicado, la reforma de 2015 ya no regula la malversación únicamente como un delito de sustracción o apoderamiento en ese precepto, sino que incorpora junto a aquella la modalidad de la administración desleal. Llama la atención que en la regulación anterior se sancionara en el art. 433 del Código Penal a la autoridad o funcionario público que destinara a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, y en el art. 434 se sancionara a aquellos cuando, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, dieran una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración pública. Tales conductas han desaparecido formalmente del vigente Código Penal a través de esa reforma de 2015, aunque hemos de entender que fácilmente pueden incluirse dentro de las modalidades de malversación, bien en la nueva figura de administración desleal o bien en la de apropiación.

Es evidente que estamos ante un delito especial, pues lo ha de cometer una autoridad o funcionario público, concepto este que viene definido en el art. 24 del Código Penal, que es más amplio que el concepto administrativo, siendo la participación en el ejercicio de las funciones públicas el elemento crucial para determinar si una persona es o no funcionario público a los efectos penales. A pesar de que el autor ha de tener esa cualidad, es posible la participación de los particulares en esa acción, ya que cabe el concierto, colaboración o auxilio de aquellos en el delito de malversación cometido por funcionario público. No obstante, al tiempo de su sanción penal tales particulares pueden salir beneficiados por la regla establecida en el art. 65, núm. 3, del Código Penal, que permite imponer la pena inferior en grado a la señalada para el correspondiente delito si en el inductor o en el cooperador necesario de esa infracción no concurren las condiciones, circunstancias o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor.

La malversación del funcionario en sus dos modalidades de administración desleal o apropiación será normalmente cometida mediante una acción. No obstante, es posible también la realización de este delito a través de la denominada comisión por omisión, que es cuando el autor tiene una posición

de garante que puede evitar la comisión del resultado previsto en ese delito y nada hace para evitarlo, pudiendo hacerlo. En el régimen anterior a la reforma de 2015 el art. 432 del Código sancionaba expresamente en el tipo básico de malversación a la autoridad o funcionario que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero sustrajere caudales o efectos públicos. Por tanto se contemplaba antes expresamente la figura de la comisión por omisión en el delito de malversación, circunstancia esta que se ha de considerar presente igualmente en la regulación vigente en atención a lo establecido en el art. 11 del Código Penal, que regula la comisión por omisión y la reserva para los delitos que consistan en la producción de un resultado.

La regulación de la malversación propia en esas dos modalidades requiere la existencia de dolo, sin que sea posible la comisión por imprudencia grave, ya que el legislador no contempla expresamente dichas conductas como delictivas. En el caso de administración desleal se necesitará la intención de causar un perjuicio al patrimonio público o, al menos, el dolo eventual, cuando se acepta por el autor que muy probablemente se originará tal resultado con esa gestión irregular, sin que sea necesario un ánimo de enriquecimiento o de lucro en los autores de este supuesto. Por tanto, en esta modalidad habrá que distinguir los supuestos dolosos, que sí que son punibles, de la frecuente gestión meramente negligente o temeraria del patrimonio público, pudiendo ser difícil en esos casos de manejo de esos bienes con gran temeridad hallar la diferencia entre el dolo eventual, que sí es punible, y la imprudencia grave, que será impune por no estar prevista en el Código.

La modalidad de malversación que se basa en la apropiación de los efectos o caudales públicos también habrá de ser dolosa y, a la vista de la remisión que actualmente se hace al delito de apropiación indebida del art. 253, deberá el autor tener el mismo ánimo que el particular responsable de ese delito común, es decir, el ánimo de incorporar esos bienes en su patrimonio personal o en el de un tercero, que no deja de ser una modalidad del ánimo de lucro propio o ajeno.

Los bienes objeto de protección en la malversación propia del art. 432 se describen como “patrimonio público” para ambas modalidades, aunque como luego veremos hay ciertas diferencias en cada modalidad que es necesario destacar. Lo que sí que es claro es que ese patrimonio público protegido es el perteneciente a cualquier Administración pública, incluyendo aquí también la Administración institucional y las empresas o entidades privadas pertenecientes a cualquier Administración, siempre y cuando el capital de aquellas sea predominantemente público.

Con el propósito de intentar esclarecer cuándo estaremos ante patrimonio público, teniendo en cuenta el incremento de sociedades o entes que lo

gestionan, el acuerdo de pleno no jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 trata de fijar un criterio para determinar cuándo los actos de distracción, apropiación o administración desleal afectan a ese patrimonio público. Así, se considera en ese acuerdo que tendrán ese carácter los bienes de cualquier clase que se integren en el patrimonio de sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u organismos públicos, siempre que concorra alguno de estos supuestos:

- Si la sociedad mercantil está participada en su totalidad por las personas públicas referidas.
- Si está participada mayoritariamente por las mismas.
- Si la sociedad puede considerarse como pública, en atención a las circunstancias concretas que concurren en la misma, como por ejemplo que el objeto de esa sociedad participada sea la prestación directa o indirecta de servicios públicos o cuando participen del sector público; o que esa sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, fiscalización, inspección o intervención del Estado o de otras Administraciones públicas; o bien que esa sociedad participada haya recibido subvenciones públicas en cuantía relevante para desarrollar su objeto social y actividad.

Las dos figuras de malversación propia están sancionadas con la misma penalidad, por lo que se deduce de ello que para el legislador tiene la misma repercusión el hecho de gestionar el patrimonio público de manera desleal que apoderarse de sus efectos o caudales. La reforma de 2015 ha supuesto una rebaja del límite mínimo de la pena de prisión, pues antes, en el tipo básico no agravado, la pena a imponer era de tres a seis años de prisión, mientras que ahora será de dos a seis años, con la consiguiente posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena de prisión por ese delito cuando esta no exceda de los dos años.

También en cuanto al aspecto de la penalidad vigente, ahora la pena de inhabilitación ya no es la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años que, conforme al art. 41 del Código Penal, produce la definitiva privación de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga la autoridad o funcionario público condenado, con imposibilidad de recuperarlos u obtener otros, y la de ser elegido para cualquier cargo público durante el tiempo que dure esa pena. Ahora, con la reforma, se establece en su lugar la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis a diez años, que supone la pérdida del concreto cargo o empleo público mediante el que se cometió el delito (art. 42 del Código Penal), y se añade también la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, con la misma extensión, que priva al penado del derecho a ser elegido cargo público durante la condena (art. 44 del Código Penal).

El delito de malversación propia es competencia del Tribunal del Jurado, conforme a la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reguladora del Tribunal del Jurado, con las dificultades que supone que un órgano judicial formado por personas legas en derecho tenga que valorar en ocasiones hechos de gran complejidad técnica y jurídica.

Conforme a las reglas de los arts. 116 y ss. del Código Penal, y resultando un perjuicio evaluable económicamente mediante la comisión de la malversación, consideramos que el órgano judicial del orden penal tiene competencia para la determinación de esa suma y debería fijar la responsabilidad civil a favor de la Administración pública perjudicada en caso de sentencia condenatoria, con independencia de que se contemple la competencia del Tribunal de Cuentas para la determinación de la responsabilidad contable, prevista en su Ley de funcionamiento.

También consideramos que la figura del delito continuado, como se aprecia en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, es perfectamente aplicable en el delito de malversación cuando se den las circunstancias previstas en el art. 74 del Código Penal, especialmente si los supuestos de administración desleal o de apropiación se realizan en momentos distintos y no muy separados en el tiempo, siempre que su autor siga un plan preconcebido o aproveche idéntica ocasión para la comisión de esos actos. Una muestra de la aplicación de esa figura la hallamos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo 66/19, de 7 de febrero, en la que se confirma la condena por un delito continuado de malversación en su modalidad de apropiación dictada por la Audiencia Provincial de Málaga contra un concejal del Ayuntamiento de Marbella. Se reconoce allí como probado lo siguiente, que se reproduce, pues es una muestra ilustrativa y didáctica de alguna de las formas de operar para la comisión del delito de malversación, y que puede suponer la realización de auténticos saqueos del erario público:

La lectura del relato de lo probado permite obtener las siguientes afirmaciones respecto a la imputación que funda la condena del recurrente:

- 1º.— Que era concejal de Ayuntamiento de Marbella desde 1991, cuya corporación gestionó de forma ilícita los fondos municipales en perjuicio de la sociedad marbellí y en beneficio del acusado, así como de otros concejales y personas aquí no juzgadas, lo que se ocultó a la fiscalización llevada a cabo por el Tribunal de Cuentas*
- 2º.— Que consciente y libremente, el recurrente contribuyó a aquel ilícito manejo de fondos públicos, “bien creando el entramado de sociedades municipales o bien participando en los órganos de administración de esas mercantiles, a las que fueron traspasados fondos públicos municipales provenientes en su origen del Ayuntamiento,*

para de esta forma a los órganos públicos encargados de controlar el gasto, se les privó del poder de supervisar su último destino” (sic). Se añade que “el acusado, junto con otros, a través de las sociedades participadas, realizaban habitualmente pagos mediante talones al portador o entrega en efectivo por importes elevados con la finalidad de ocultar el destino de los fondos”, (sic) (hecho probado cuarto). Y se concluye (ibídem) que el resultado de esta actuación fue la distracción de 81 700 000 euros.

3º.— *La citada fiscalización detectó que la contabilidad no reflejaba la situación real, existiendo un “vaciamiento patrimonial de los fondos municipales” realizado fundamentalmente a través de aquellas sociedades municipales dando cuenta el hecho probado de operaciones concretas a través de hasta diez sociedades.*

A continuación vamos a realizar una descripción separada de ambas modalidades de malversación:

2.1

La administración desleal de patrimonio público

Como ya hemos indicado, la reforma del Código Penal de 2015 ha supuesto una notable ampliación de las conductas que ahora pueden ser susceptibles de ser tipificadas como malversación, debido a la tipificación de esta modalidad de la administración desleal. Ciertamente, si estaba ya previsto en nuestra legislación penal desde el Código Penal de 1995 el delito de administración desleal del anterior art. 295 dentro de los delitos societarios, que afectaba a los administradores de hecho o de derecho de sociedades de derecho privado o a sus socios cuando gestionaban fraudulentamente el patrimonio social, era previsible que una figura similar tenía que introducirse para aquellos funcionarios o autoridades que realizaran esas conductas al gestionar el patrimonio público. Era pacífica la idea de que era exigible una mayor diligencia y rigor a los gestores de los recursos públicos que a aquellos que gestionan los bienes ajenos que son privados, pues aquellos tienen una finalidad esencial de servicio a los ciudadanos. Además, poco a poco también ha tenido influencia la consolidación que se ha producido en los últimos años del derecho a una buena administración, y que tiene como contrapartida la obligación de que todos los responsables públicos deben observar un especial deber de cuidado en la adopción de sus decisiones, teniendo reflejo tal derecho en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, integrado en el Tratado de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2017 (Tratado de Lisboa).

Por tanto, ante tales circunstancias podría considerarse una anomalía la inexistencia de un delito de administración desleal en relación con el patrimonio público en el Código Penal. La referida reforma de 2015 fue la ocasión para solucionar esa situación, y la justificación podía encontrarse además en los múltiples casos de despilfarro de lo público durante la época de la bonanza económica española, iniciada en los años noventa del siglo pasado y que finalizó hacia el año 2008, con la adopción de drásticos y dolorosos recortes presupuestarios. La gran mayoría de esos supuestos polémicos de desastrosa gestión quedaron vedados a la investigación criminal, por la falta de un precepto que contemplara esa figura de la administración desleal al tiempo de su comisión. Nunca sabremos si esos desaguizados en forma de despilfarro se hubieran evitado o no en caso de ya existir esa nueva figura de administración desleal de lo público, pero seguro que igual tal previsión penal hubiera hecho reflexionar a más de uno antes de adoptar su comprometida decisión.

Según la actual redacción del art. 432.1 del Código Penal: “La autoridad o funcionario público que **cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público**, será castigado con una pena de **prisión** de dos a seis años, **inhabilitación especial para cargo o empleo público** y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años”.

Por tanto, para esta modalidad de malversación basada en la administración desleal del patrimonio público el legislador se remite a otro precepto del Código Penal, en concreto al art. 252, que regula el delito de la administración desleal realizada por los particulares, dentro del Título XII relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Se tendrá que hacer, pues, una traslación de esa modalidad de administración desleal de bienes de terceros del art. 252 al ámbito de la gestión o administración del patrimonio público, con todas sus particularidades, lo cual puede representar dificultades de interpretación y aplicación.

La referida STS 362/2018, de 18 de julio, pone de manifiesto la trascendencia de esta reforma, al afirmar:

No en vano, es distinta la actual redacción y regulación que sobre este tipo delictivo se realiza en el vigente Código Penal, que a tal fin recoge expresamente una doble remisión, el párrafo 1º al art. 252 y el párrafo 2º al 253, es decir a la Administración desleal (y en este se incluyen los inmuebles y los derechos de superficie, edificación, aprovechamientos, etc.) por quien debe administrar el patrimonio ajeno (público en esta malversación del vigente Código), y la apropiación indebida (253) referida a dinero, efectos, valores o cosa mueble.

Regulación actual más amplia, específica, concreta y detallada que la anterior; que procede de la necesidad de inclusión y de existencia de

ley expresa, previa, escrita y aprobada del hecho delictivo, y de donde se desprende que la inclusión anterior, siendo “cuando menos dudosa”, e implicaba, en aplicación del principio general del derecho penal de “in dubio pro reo” su no aplicabilidad.

No se puede negar que la incorporación de esta modalidad es un aspecto muy positivo de la reforma a los efectos de la prevención de prácticas muy censurables de los gestores del patrimonio público, pues antes de dicha regulación muchos actos de disposición o mala gestión realmente reprobables quedaban, como ya se ha apuntado, fuera del ámbito de la malversación y se tenía que buscar su posible encaje en otros preceptos del Código, como por ejemplo el delito de fraude a la Administración del art. 436 del Código Penal o el de prevaricación genérica del art. 404 del mismo cuerpo legal. Eran supuestos en que en esa gestión desleal irregular no había habido una efectiva distracción o apropiación de efectos o caudales públicos, aunque sí se había producido un perjuicio al patrimonio público desde una perspectiva económica o funcional.

El mencionado art. 252 del Código Penal, que se halla dentro del título correspondiente a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, establece: “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, **los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno**, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, **las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado**”.

Si relacionamos los anteriores arts. 432, núm. 1, y 252 del Código, ello nos lleva a concluir que incurrirá en esta modalidad de malversación de administración desleal la autoridad o el funcionario que, teniendo facultades para administrar el patrimonio público, las infrinja, excediéndose en el ejercicio de las mismas y causando, de esa manera, un perjuicio al patrimonio público administrado.

Dicha autoridad o funcionario público ha de entenderse que ha de tener capacidad de gestión del patrimonio público para poder cometer este delito. Ha de tener encomendadas de alguna manera facultades de administración de los bienes públicos, las cuales ha de infringir produciendo un perjuicio al patrimonio que administra. No obstante, así como en el ámbito privado, especialmente en el relativo a la administración de sociedades o la gestión de patrimonio de particulares, propio del art. 252, puede ser fácil determinar quién tiene esas facultades y, por otra parte, suele haber un marco de gestión del patrimonio más flexible, en el ámbito de la Administración pública en muchas ocasiones no será tan fácil saber qué persona o personas son las concretas

responsables de esa facultad de gestión de ese patrimonio público, máxime cuando la legislación administrativa establece claramente procedimientos de control o fiscalización del gasto cada vez más rigurosos, y aparentemente difíciles de evitar. Además dicha gestión desleal podrá hacerse saltándose todos esos filtros y de manera oculta, pero también podrá ser cometida a través de decisiones administrativas contrarias a derecho y constitutivas del delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal, adoptadas con luces y taquígrafos, infracción que entonces concurrirá con esa modalidad de malversación (art. 77, núms. 1 y 3, del Código Penal).

Antes de la reforma del Código Penal de 2015 a la que nos hemos referido, se exigía también en la malversación propia del art. 432 que la autoridad o el funcionario tuviera los efectos o caudales públicos objeto de apoderamiento “por razón de sus funciones”. La jurisprudencia había entendido que equivalía a que el funcionario tuviera los caudales o efectos objeto de sustracción con ocasión o en consideración a sus funciones, siendo en definitiva lo relevante que aquel gozara de la disponibilidad de hecho de los caudales públicos. Por tanto, entiendo que esta posición es la que deberá mantenerse ahora en esta modalidad de gestión desleal, en el sentido de que bastará que la autoridad o funcionario público tenga esa facultad de administración del patrimonio público en el ejercicio de su cargo, aunque sea puntual o accidental, para poder ser autor de esta modalidad de malversación.

Podrán ahora entrar claramente dentro de esa administración desleal delictiva acciones u omisiones distintas que, suponiendo un exceso de las facultades de gestión del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público, perjudican a este. Así, a título de ejemplo, podrán en la actualidad ser actos susceptibles de ser tipificados en esta modalidad de malversación:

- La venta o disposición de bienes inmuebles públicos por un precio inferior a su valor real. Posteriormente haremos referencia a la problemática relativa a la disposición del aprovechamiento urbanístico por parte de la Administración local a un menor precio del debido, que era una cuestión polémica que se planteaba con la anterior regulación del delito de malversación, pues entonces no estaba clara su tipificación.
- La adjudicación de un contrato administrativo de manera directa y, por tanto, sin concurrencia pública que impide a la Administración adjudicataria obtener unas mejores condiciones económicas.
- La aplicación o el uso particular de bienes muebles o inmuebles públicos con perjuicio para el patrimonio público. Tales conductas, como se ha indicado al principio, se hallaban antes de la reforma en los arts. 433 y 434 del Código, y han desaparecido en la regulación hoy

vigente, pues entran claramente dentro de esta nueva figura de la administración desleal del patrimonio público.

- Los gastos suntuosos e injustificados para atender servicios públicos. La naturaleza pluriofensiva de este delito, como se afirma en la referida STS, permite incluir aquí supuestos de gastos excesivos en lo público y que carecen de una lógica justificación para alguien que gestiona un patrimonio ajeno. Pensemos aquí en un alcalde que para decorar su despacho oficial compra un cuadro de Picasso o decide renovar el parque móvil de la Policía local con vehículos de alta gama. En estos supuestos se podrá alegar que no hay perjuicio efectivo al patrimonio municipal, pues en el ayuntamiento constará en su inventario que se ostenta un cuadro de un famoso pintor con un valor incalculable (que podrá subir o bajar según las circunstancias del mercado del arte), o bien constará en aquel el apunte contable de unos vehículos con su valor elevado de compra (que irá depreciándose con el paso del tiempo). Ante esa alegación habrá que contestar diciendo que el concepto de patrimonio público no es solamente económico, sino también funcional, pues el perjuicio a aquel se producirá cuando el gasto generado o comprometido sea innecesario para la atención de las necesidades ordinarias de la Administración.
- La disposición de cantidades para la realización de actos claramente contrarios al ordenamiento jurídico. Nos remitimos aquí al comentario de la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el denominado *pro-cés*, que realizamos más adelante en un apartado específico. En esta reciente sentencia el alto Tribunal hace una aplicación de esta figura de la administración desleal ante la realización o el compromiso, por parte de responsables políticos, de gastos destinados a realizar actos contrarios a derecho (convocatoria y realización de un referéndum como paso previo para una supuesta posterior independencia de Cataluña).
- La ocultación no justificada de bienes públicos, que quedan sin control alguno.
- La condonación de créditos a favor de la Administración pública sin motivos razonables.
- La realización de contratos públicos sin contraprestación o con prestación que tiene un valor inferior al precio establecido. Hasta ahora estos hechos solían encuadrarse solamente en el delito de fraude a la Administración del art. 406 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación

pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o usare de cualquier otro beneficio para defraudar a cualquier ente público. Ahora se planteará también en estos casos la concurrencia con esta modalidad de malversación por administración desleal, la cual presentará una mayor penalidad que la prevista en ese art. 436 cuando, debido a esa contratación fraudulenta, concorra alguna de las circunstancias de la modalidad agravada del número 3 del art. 432 del Código Penal, a la que después haremos referencia. Dado que se acreditó el apoderamiento de las sumas procedentes del erario público en la sentencia del Tribunal Supremo 277/2018, de 8 de junio, se ratifica la condena por malversación y otros delitos en el conocido caso *Noos*, basado en la simulación por parte de los acusados de un contrato con la Administración que sirvió de base para la ilícita apropiación del dinero público.

- La ocultación de un procedimiento sancionador o de recaudación. Sin perjuicio de que esos hechos pueden constituir un delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 del Código Penal, cuando esa ocultación crea esa situación de perjuicio patrimonial (se dejará de obtener por la Administración el importe de la multa o de la liquidación tributaria o de la Seguridad Social, por ejemplo) y se ha buscado con ese propósito o se ha aceptado ese resultado podrá lógicamente aplicarse esta modalidad de la administración desleal. A la misma conclusión habría que llegar respecto a los supuestos, nada infrecuentes, de paralización injustificada de procedimientos sancionadores o de recaudación.
- En un apartado específico haremos referencia al otorgamiento de licencias urbanísticas ilegales y su repercusión para el patrimonio público.

El resultado que ha de producir la modalidad de administración desleal, conforme a la remisión que el art. 432 hace al art. 252 del Código Penal, ha de ser “un perjuicio al patrimonio administrado”, según se exige en este último precepto. Este perjuicio podrá consistir en una lesión al patrimonio público, entendido este desde la perspectiva meramente económica (pérdida económica), pero también cuando esa pérdida afecta al patrimonio público entendido desde la vertiente funcional. Lo importante será, pues, el exceso en el ejercicio de las facultades de administración de ese patrimonio, y que tenga un efecto negativo sobre el mismo. La reciente STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el *procés*, considera que existe ese perjuicio para el patrimonio público exigido por este tipo penal con el nacimiento de la obligación o del compromiso de un gasto público, aunque posteriormente el acreedor renuncie

a su crédito. Más adelante volveremos sobre ello al comentar esta sentencia en el último apartado.

Esta modalidad de malversación en muchas ocasiones será detectada en virtud de las facultades de control que tienen organismos creados con esta finalidad, como sucede con el Tribunal de Cuentas o la *Sindicatura de Comptes de Catalunya*. Una muestra de la importancia de esa fiscalización la hallamos en la mencionada STS 66/19, de 7 de febrero, donde las relevantes irregularidades realizadas por responsables políticos del Ayuntamiento de Marbella, que desviaban dinero público a través de sociedades mercantiles, fueron descubiertas por el Tribunal de Cuentas.

Teniendo en cuenta la penalidad prevista para este delito en el tipo básico, la prescripción del mismo se situará, conforme al art. 131 del Código Penal, en los diez años, periodo este que podrá permitir normalmente la incoación del procedimiento penal para el esclarecimiento y la persecución de estos delitos, teniendo en cuenta que aquellos organismos de control suelen descubrir las irregularidades y las comunican al fiscal o a la autoridad judicial muchos años después de la comisión de los actos delictivos. Por otro lado, el hecho de la detección de la existencia de una irregularidad o un alcance por dichos órganos de fiscalización, no implica necesariamente la existencia del delito de administración desleal, aunque sí que podrá exigir la apertura de una investigación si se comunican los hechos a la autoridad judicial o fiscal competente.

No siendo posible la sanción de la persona jurídica en este delito, será necesario acreditar durante la investigación la persona o personas físicas concretas que hayan participado, de manera activa o mediante comisión por omisión, en ese abuso de las facultades en que se basa la modalidad de administración desleal. Ciertamente, en el ámbito administrativo, como se ha mencionado, las posibilidades de decisión sobre el alcance del gasto y las finalidades a atender con el mismo pueden estar determinadas legalmente, pero también hay margen para la discrecionalidad en esa opción, lo cual puede afectar al tiempo de la valoración de los hechos supuestamente abusivos. Además, junto a los órganos de control y fiscalización externos y que cada vez son más amplios, nos encontramos con que las normas administrativas (entre otras, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Estabilidad Financiera de las Administraciones públicas; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley de Haciendas Locales aprobada mediante el Real decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) establecen órganos internos de control en las distintas Administraciones públicas, siendo en este sentido importante el papel que los interventores juegan a los efectos de evitar tales conductas mediante los apercebimientos corres-

pondientes, así como poniéndolas en conocimiento de la autoridad fiscal o judicial en cuanto tengan conocimiento. Una fiscalización en sentido distinto, especialmente al no tratar de evitar los actos de administración desleal, puede suponer situar a aquellos, dada su posición de garantes derivada de sus obligaciones legales, en cooperadores necesarios de ese delito de malversación. No en vano el político que ha realizado esos actos, en cuanto sea investigado, pondrá de manifiesto que ningún reparo recibió de ese funcionario al tiempo de excederse en sus facultades de administración del patrimonio público.

Volveremos más adelante a tratar esta nueva modalidad de malversación al comentar las consecuencias patrimoniales del otorgamiento de licencias urbanísticas ilegales, la disposición irregular del aprovechamiento urbanístico, o la aplicación de este delito en la STS 459/2019, de 14 de octubre.

2.2

La apropiación de efectos o caudales públicos

El art. 432, en el número 2, establece: “Se impondrá la misma pena a la **autoridad o funcionario público que cometiere el delito del art. 253 sobre el patrimonio público**”.

El art. 253 sanciona a los que, “en perjuicio de otro, **se apropiaren de dinero, efectos, valores o cualesquiera otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, custodia, o que les hubieren sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negasen haberlos recibido**”.

Aquí la autoridad o funcionario público se apropia de bienes muebles de la Administración que tiene confiados, aunque sea de manera puntual. Tanto podrá realizar la acción a su favor como podrá permitir, en atención a su posición de garante de esos bienes, que otra persona se apropie de ellos.

Tales bienes objeto de esa acción, teniendo en cuenta esa conexión del art. 432 con el art. 253 del Código Penal, han de ser bienes de naturaleza mueble que puedan ser considerados patrimonio público al tiempo de producirse la acción de apropiación. Por tanto, teniendo en cuenta pronunciamientos jurisprudenciales, no solo serán aquellos que ya formen parte de ese patrimonio, sino también aquellos que estén llamados a integrarse en el mismo y estén en poder de la autoridad o funcionario que los distraiga o permita que otro lo haga. Pensemos, por ejemplo, en los supuestos del dinero de la recaudación obtenido por una Administración de Loterías del Estado, las sumas obtenidas en concepto de multa por un agente de policía de tráfico, o el dinero recibido de un contribuyente por un funcionario encargado de la recaudación. Son cantidades

que, como vemos, todavía no se han ingresado materialmente en las cuentas o en la caja de la Administración pública afectada, pero que tienen ese carácter de patrimonio público a los efectos del delito de malversación, pues son bienes expectantes o con clara vocación de adquirir esa condición pública en breve.

También el uso de medios personales de la Administración pública por parte de la autoridad o funcionario público para sus usos particulares se ha considerado un supuesto típico de esta modalidad de malversación propia.

3

Tipo agravado de malversación

El núm. 3 del art. 432 establece lo siguiente:

Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *Se hubiere causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público.*
- b) *El valor del perjuicio o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50 000 euros.*

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250 000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Mediante este precepto se castiga con mayor pena el delito de malversación propia cuando se da alguna de las circunstancias que allí se exponen, con la particularidad de que la pena de prisión puede alcanzar los doce años de duración, si el perjuicio causado o los efectos apropiados exceden de los 250 000 euros.

A diferencia de la regulación anterior a la reforma de 2015, que exigía para aplicar el tipo agravado que la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas, sin precisar límite o cantidad alguna, y que además causara un daño o entorpecimiento al servicio público, en la normativa vigente tales requisitos no se han de dar conjuntamente para aplicar esta modalidad tan agravada de malversación. Vemos, pues, que ya hay aplicación de ese tipo agravado si el perjuicio causado o lo apropiado excede de los 50 000 euros, y también se aplicará ese supuesto agravado si, siendo aquel inferior, se acredita un grave entorpecimiento o daño al servicio público, lo cual no deja de ser un aspecto que tendrá que ser valorado en cada caso.

4

Tipo atenuado de malversación

El art. 433 dispone que “Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses y, en todo caso, *inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4000 euros*”.

En la redacción anterior se contemplaba también este tipo atenuado, fijando que la sustracción no debía superar los 4000 euros. Sin embargo, la pena de prisión iba de los seis meses a los tres años y se contemplaba también la pena de multa, que ahora ha desaparecido, así como la de suspensión de empleo o cargo público hasta tres años, menos afflictiva que la doble inhabilitación especial que ahora se establece.

La comisión de distintas conductas de malversación por importe inferior a los 4000 euros, siguiendo un plan prestablecido o aprovechando idéntica ocasión, permitirá la aplicación del referido delito continuado previsto en el art. 74, núms. 1 y 2, del Código Penal, que obliga a imponer la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Ahora bien, cuando el importe total de esas acciones sucesivas ya sea superior a esa suma de 4000 euros no se aplicará la modalidad atenuada, de modo que si se exceden en conjunto las cantidades previstas de los tipos agravados (50 000 o 250 000 euros) se aplicarán estos, pues la calificación jurídica vendrá determinada por ese importe total del perjuicio o del importe apropiado.

5

Subtipo privilegiado

El art. 434 prescribe que “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere **reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiere colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o la captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos**, los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena **inferior en uno o dos grados**”.

Este subtipo privilegiado es una novedad que introdujo la reforma del Código Penal de 2015, pues en la redacción anterior no había ningún precepto específico en ese capítulo de la malversación que de algún modo premiara al malversador que devolviera lo sustraído o a aquel que colaborara en la inves-

tigación de los hechos delictivos. Llama la atención el precepto, pues otorga al autor unas rebajas de las penas imponibles que son muy sustanciales, y a cambio de prestaciones que tampoco parecen demasiado gravosas, como devolver lo que el autor se ha llevado. Además, la redacción del precepto es poco concreta, y se presta a que pueda alegarse su aplicación con prestaciones poco relevantes o eficaces, y por ello nada merecedoras de esos beneficios.

Este supuesto tan privilegiado es de aplicación tanto a la malversación propia como a la impropia que aparece en el artículo siguiente, pues expresamente se dice: "... el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo...". Además, también se extenderá al nuevo delito del art. 433, que regula el falseamiento de la información económica.

Se establece que podrá imponerse en caso de concurrir alguno de esos supuestos "la pena inferior en uno o dos grados", redacción que entendemos poco acertada, pues, como ya hemos visto, se imponen distintas penas conjuntas en los delitos de malversación. Parece que tendremos que entender en beneficio del reo que todas las penas serán susceptibles de esa rebaja. Como ejemplo, de aplicarse este tipo privilegiado, un supuesto de malversación básico, no agravado según el núm. 3 del art. 432, podría acabar finalmente con una condena mínima de seis meses de prisión y dieciocho meses de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para cargo o empleo público. Para el tipo privilegiado del art. 433 antes comentado la rebaja podría ser espectacular, llegando a quedar en una condena mínima de tres meses de prisión y de tres meses de la doble inhabilitación especial.

Los supuestos que permiten ese extraordinario beneficio están expuestos en el precepto de manera alternativa, siendo válido cualquiera de ellos para obtener esa rebaja.

La reparación del perjuicio causado habrá de ser eficaz y total, hasta el último céntimo de euro se entiende. En caso de no serlo sería posible aplicar la circunstancia atenuante de disminución de los efectos del delito prevista en el art. 21, núm. 5, del Código Penal, que exige que dicha acción reparadora se haga en cualquier momento del procedimiento y siempre antes de la celebración del juicio oral, aspecto temporal este que sorprendentemente no se aprecia en el art. 434. No obstante, parece razonable pensar que el momento final en que será posible hacerlo será el inicio del acto del juicio oral, a los efectos de poder acreditar durante el mismo y ante el órgano encargado del enjuiciamiento los hechos constitutivos de esa reparación.

No será posible la aplicación de este tipo atenuado cuando el delito no haya producido un apoderamiento efectivo o un perjuicio real, lo que sucederá en los casos de comisión del delito de malversación en grado de tentativa (arts. 16 y 62 del Código Penal).

Se ofrece también ese beneficio si el responsable del delito colabora de manera activa con las autoridades o sus agentes. No bastará cualquier colaboración, sino que esta tendrá que ser considerada relevante y eficaz (activa) y tendrá que causar la obtención de pruebas, que tendrán que ser decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos. Consideramos que el alcance de esa colaboración activa es demasiado abierto y podría llegar a recompensar contribuciones intrascendentes. Así, podría llegarse al absurdo de entender que el esclarecimiento de los hechos fuera simplemente explicar el autor la verdad sobre el destino que decidió dar a los caudales públicos sustraídos. Precisamente el uso del calificativo “activa” que se exige en esa colaboración ha de evitar que los órganos judiciales apliquen este tipo privilegiado a contribuciones que poco o nada aporten.

6

Falseamiento y entrega de información económica pública

El art. 433 bis del Código, introducido por la referida Ley Orgánica 7/2012, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, establece lo siguiente:

- 1.—*La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el art. 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.*
- 2.—*Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.*
- 3.—*Si se llegase a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.*

Mediante este nuevo delito se pretenden reforzar por la vía penal las previsiones de aquella Ley Orgánica y el principio de estabilidad presupuestaria

de la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Se pretende prevenir que autoridades y funcionarios públicos encargados de confeccionar o de facilitar la información sobre la situación financiera de organismos públicos prevista en esas leyes cometan esas conductas.

El art. 390, núm. 1, del Código Penal sanciona con mayor severidad (con penas de prisión de tres a seis años, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años) a la autoridad o funcionario público que en un documento público u oficial falte a la verdad en la narración de los hechos reflejados en el mismo. Además, contempla la comisión de ese delito de falsedad mediante la imprudencia grave en el siguiente art. 391 del mismo Código. Al tener los documentos referidos en el art. 433 bis el carácter de documentos públicos u oficiales, y al estar confeccionados por una autoridad o funcionario, consideramos que será de preferente aplicación el supuesto más grave del art. 390, no solo en virtud del principio de mayor penalidad en caso de conflicto de leyes (art. 8, núm. 4, del Código Penal), sino por la remisión expresa que hace este nuevo precepto.

Como vemos, se regulan dos conductas distintas: por un lado, el falseamiento de la documentación contable o económica, y por otro, el facilitar esa documentación falsa a terceros. En ambos casos, con esas acciones se ha de pretender causar un perjuicio económico a la entidad pública en la que el autor esté integrado, pero sin necesidad de que este perjuicio se llegue a producir. Estamos, pues, ante un delito de peligro abstracto, y además se exigirá dolo o, como mínimo, el dolo eventual.

En caso de producirse ese perjuicio económico a la entidad a la que hace referencia esa documentación mendaz, se establece en el núm. 3 de este artículo un supuesto agravado para el autor de la falsificación o de la entrega de esos documentos.

7

La malversación impropia

El art. 435 dispone:

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

- 1º.— *A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.*
- 2º.— *A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.*
- 3º.— *A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.*

4.º.— *A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular se consideraran afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecidos en la ley.*

Hallamos aquí las distintas modalidades de la malversación denominada impropia, donde el autor no tiene la condición de autoridad o funcionario público, como se exige en la malversación propia. Por otro lado, teniendo en cuenta que estamos ante un delito contra la Administración pública, el objeto de estas modalidades pueden ser efectos, caudales o, en definitiva, bienes muebles públicos, pero también pueden ser bienes integrantes de un patrimonio privado (muebles o inmuebles) que estén afectados a una determinada finalidad pública o a un procedimiento concursal.

Las conductas, dada la remisión a los anteriores preceptos, serán los actos de administración desleal o de apropiación de esos bienes previstos en el art. 432, núms. 1 y 2, con producción de un perjuicio en aquellos que supongan una disminución de valor o su pérdida. Se exige que el autor actúe, al menos, con dolo eventual.

En los números 1.º y 2.º el autor es un particular que tiene en su poder caudales o efectos públicos por tener un encargo específico procedente de autoridad competente o por disponerlo la ley. Muy similar es el supuesto del núm. 3.º, pues la encomienda recibida por el particular de la autoridad es convertirse en administrador o depositario de bienes objeto de específicas medidas cautelares adoptadas por la Administración pública. En todos estos casos, teniendo en cuenta que la penalidad prevista para este delito es la misma que para la malversación propia, donde el autor tiene una determinada condición de servidor público, los tribunales, a los efectos de aplicar este delito, suelen exigir que se acredite que, al tiempo de recibir el particular el encargo, o de ser nombrado administrador o depositario, se le haya ilustrado claramente por la autoridad de las obligaciones que ello supone, especialmente del deber que tiene de conservar correctamente los bienes, con prohibición de disposición de los mismos, debiendo ser ilustrado también de las consecuencias legales de su incumplimiento. Así, es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo 527/2016, de 16 de junio, donde se absuelve a un particular depositario de bienes que fue acusado por ese delito de malversación, y se reconoce la necesidad de advertencia expresa del depositario en relación con esas consecuencias penales:

Pues bien, en el caso contemplado, la cédula de notificación a la absuelta de su condición de depositaria de los bienes embargados, la fecha 4 de octubre de 2007, obrante a los folios 272 y siguientes de la instrucción, contiene textualmente las siguientes prevenciones:

“... En este acto, el procurador de la parte ejecutante interesa que se dé por terminada la presente diligencia.

En este acto se le hace saber a Doña Julieta que se designa depositaria de las mercancías embargadas con las obligaciones reguladas en la LEC debiendo mantener la mercancía a disposición del órgano judicial.

Sin nada más que hacer constar, se da por terminada...”

Es claro que se está ante una información claramente genérica y por tanto que no satisface las exigencias que exige la jurisprudencia de la Sala para en base a tal nombramiento e instrucción de responsabilidades penales apreciar el delito de malversación impropia.

Son claramente insuficientes las fórmulas ambiguas o genéricas como la reseñada (STS 779/2005) y resto de jurisprudencia reseñada.

En el núm. 4.º se introdujo, en la reforma de 2015, la malversación impropia cometida por el administrador concursal en relación con los bienes de la masa o los intereses de los acreedores, teniendo en cuenta que aquel es un gestor de un patrimonio ajeno muy especial, respecto del cual recae un interés público que se manifiesta por la existencia de un procedimiento concursal que afecta a esos bienes. Expresamente se considera en ese apartado que cometerá en todo caso este delito ese administrador cuando de forma dolosa altere el orden de pago de los créditos.

8

Delitos relacionados con el urbanismo y malversación del patrimonio público. Algunas reflexiones

La nueva regulación de la malversación, especialmente con la introducción de la modalidad de la administración desleal del patrimonio público, permite plantear ahora la posibilidad de su coexistencia con algunos de los delitos relacionados con el urbanismo. Podemos hacer referencia aquí, por ejemplo, al delito sobre la ordenación del territorio del art. 320 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que informare favorablemente, y a sabiendas de su injusticia, instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes (apartado 1.º), o a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de alguno de aquellos, a sabiendas de su injusticia (apartado 2.º).

El autor de aquellos delitos, que son eminentemente dolosos, sabe que está actuando en contra de la normativa, y también ha de saber o aceptar que mediante esa acción delictiva fácilmente se podrá llegar a causar un perjuicio patrimonial a la Administración.

Podemos pensar, por ejemplo, en los supuestos donde el funcionario público informa favorablemente el otorgamiento de una licencia de obras sabiendo que la misma es contraria al planeamiento urbanístico (art. 320, núm. 1, Código Penal). Quien actúa de ese modo sabe que con toda probabilidad ese informe servirá de base para el dictado de esa licencia de obras instada por el interesado. Este podrá realizar la edificación en el plazo concedido en la correspondiente autorización administrativa y todo ello a pesar de que la misma, al ser contraria al ordenamiento urbanístico, podría ser posteriormente anulada judicialmente o, incluso, ser objeto de revisión de oficio por la Administración que la otorgó en atención a su nulidad de pleno derecho. La cuestión que planteamos es si al informar favorablemente no solo se comete por el funcionario público un delito sobre la ordenación del territorio del art. 320, núm. 1, del Código Penal, sino si también se estará cometiendo el delito de malversación de caudales públicos por administración desleal del referido art. 432, núm. 1, de ese Código, que remite al art. 252 del mismo cuerpo legal.

Recordemos que ese delito urbanístico, que es eminentemente doloso al exigir el actuar “a sabiendas de su injusticia”, implica que su autor sabe que está informando de manera contraria a la normativa urbanística y administrativa, y fácilmente se puede representar que esa forma de actuar podrá tener unas consecuencias negativas para el patrimonio público, pues sabe que gracias a su informe técnico o jurídico favorable se va a otorgar casi seguro la licencia ilegal. Si esta es después anulada debido a ese defecto que ocultó en su informe ilegal, la Administración que la otorgó, en virtud del principio de la responsabilidad patrimonial que aquella ha de asumir por su funcionamiento irregular, deberá indemnizar con dinero público al titular de esa licencia, como mínimo, los gastos de construcción y del derribo de la edificación autorizada, generándose así un gasto público que nunca tendría que haberse producido de haberse informado por aquel conforme a derecho. Por tanto, cabe plantear aquí si quien comete ese delito sobre la ordenación del territorio podría estar cometiendo también el delito de malversación por esa nueva vía de la administración desleal, introducida por la reforma del año 2015 comentada.

Como se ha indicado, esta modalidad de malversación de caudales públicos por administración desleal requiere que el autor tenga facultades para administrar ese patrimonio y, no obstante, se exceda en el ejercicio de estas, causando un perjuicio económico al patrimonio público. Por tanto, se puede

aducir que no se podrá ser autor de ese delito si quien informa favorablemente a sabiendas no tiene esas facultades de administración patrimonial. Tal capacidad no la tendrá el arquitecto municipal que hace ese informe ilegal favorable al otorgamiento de esa licencia ilegal, mientras que sí que la podrá tener el secretario municipal que hace un informe jurídico en ese sentido ilegal y a sabiendas, máxime cuando tenga las funciones de secretario e interventor municipal. No obstante, con independencia de esas concretas facultades atribuidas para la gestión patrimonial, aquel funcionario que informa de ese modo podría cometer el delito de malversación en calidad de inductor si, gracias a ese dictamen delictivo, se dicta la resolución ilícita por quien sí tiene esas facultades de gestión del patrimonio público (así, el alcalde, por ejemplo). Por tanto, ese funcionario que informó podría responder no como autor material de la malversación referida, sino como inductor de este delito.

Otra cuestión es que ese delito de malversación exige la producción de un resultado de perjuicio al patrimonio público administrado. Ciertamente en los supuestos habituales de investigación por el fiscal o por el órgano judicial penal de esos delitos sobre la ordenación del territorio, el posible perjuicio patrimonial a la Administración pública aparecerá normalmente como algo que podrá pasar en el futuro con gran probabilidad, como una consecuencia necesaria de la ilegalidad del acto. En estos supuestos podrá argumentarse que no se ha llegado a causar ese perjuicio y que este es algo eventual, que solo se producirá a partir de la revocación posterior de la licencia (judicialmente o mediante revisión de oficio), declarando su ilegalidad. Además se podrá alegar que ese perjuicio dependerá de que se llegue a producir una reclamación a la Administración por parte del beneficiario de ese acto ilícito posteriormente anulado.

Cuestión distinta es si durante la investigación penal de los hechos se puede determinar de manera clara ese perjuicio causado al patrimonio público, como cuando ya se conoce la suma que tendrá que abonar la Administración de modo firme debido a ese acto ilegal, en cuyo caso ya no habría problema para la aplicación de la malversación, pues se habrá acreditado claramente ese resultado.

Como ya hemos indicado antes, el régimen de la malversación prevista en el art. 432, núm. 1, del Código Penal, en su modalidad de administración desleal, da solución a muchos problemas que se habían ido planteando en la práctica, especialmente en el ámbito urbanístico. Uno de ellos ha sido el tratamiento penal de la disposición de los aprovechamientos urbanísticos por parte de entidades públicas a favor de empresas o particulares, por un precio inferior al que correspondería, normalmente vehiculado a través de convenios urbanísticos. Con la nueva regulación referida del art. 432, núm. 1, será po-

sible considerar ya sin dudas que estamos ante ese delito si quien realiza esa disposición a bajo precio llega a causar ese perjuicio patrimonial. Esto estaría claro en caso de una disposición definitiva de bienes a precio irrisorio a favor de un tercero, pero, en el caso de disposición de los aprovechamientos urbanísticos, en muchas ocasiones la disposición definitiva de estos suele quedar sometida a condiciones resolutorias que ponen en duda que aquel perjuicio llegue a producirse de manera efectiva, como cuando se condiciona expresamente la eficacia del acuerdo de disposición de ese aprovechamiento público a la posterior aprobación definitiva de una modificación del planeamiento urbanístico, que puede no producirse.

Sobre esta problemática de la disposición irregular de los aprovechamientos urbanísticos se había pronunciado en varias ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en supuestos realizados antes de la entrada en vigor de la reforma de 2015 con la aparición de la malversación mediante la administración desleal. Se suscitaba el problema acerca de si los derechos urbanísticos objeto de disposición a bajo precio podían ser considerados o no caudales o efectos públicos, a los efectos de la aplicación del delito de malversación entonces vigente. Podíamos hallar posturas distintas. Así, mientras la STS 533/2018, de 25 de octubre, considera que “la cesión a menor precio de un aprovechamiento urbanístico no equivale a la acción de apropiarse de la cantidad en metálico que forma parte de las arcas públicas, pues la acción de disponer fraudulentamente ha recaído sobre un bien inmueble, y a lo sumo podría ser subsumida en el delito de fraude a la Administración”, la ya mencionada STS 362/2018, de 18 de julio, consideró lo siguiente:

Por tanto, habría que recordar que por caudales o efectos públicos a su cargo ha de entenderse no solo el metálico, sino que el concepto penal de “caudales” es mucho más amplio abarcando, sin ánimo exhaustivo, billetes de lotería, el capital de sociedades públicas, los bienes muebles y en general cualquier clase de bienes y con valor económico, dinero, efectos negociables de otros bienes o derechos que formen parte de su activo de un patrimonio público y también cualquier bien o fuerza de trabajo, incluidos por consiguiente aquellos supuestos en los que se utiliza a un empleado municipal en horas en las que debe prestar su servicio en el ayuntamiento y se beneficia de dicho trabajo un particular. En tal sentido STS 608/1994, de 18 de marzo, 986/2005, de 21 de julio. En definitiva a los efectos del delito de malversación deberá entenderse por caudales públicos todo bien mueble susceptible de una valoración económica, así como la distracción de bienes o servicios públicos, cuyo importe corra a cargo de la Administración (STS 470/2014, de 11 de junio).

Desde esta perspectiva, en caso de enajenaciones de aprovechamientos urbanísticos de propiedad municipal a precio irrisorio puede entenderse factible la subsunción de tal conducta en el ámbito del delito de malversación propia del art. 432 CP en cuanto podrían incluirse en el concepto de efectos públicos...

La propia sentencia reconoce que tal criterio no es claro, pues afirma posteriormente:

La cuestión, está reiteradamente sometida a valoración jurisprudencial (más aún en la línea de los diversos y múltiples procedimientos que se han producido, a raíz de la intervención, como la presente, en el Ayuntamiento de Marbella, y con algunos de los acusados en esta causa) y ya la sección primera de esta Audiencia, en la conocida sentencia del denominado “Caso Malaya”, ratificada por el TS, estima que los denominados aprovechamientos urbanísticos (en caso de planes de ordenación territorial no aprobados, declarados nulos y sin que hayan tenido vigencia) que se han cedido vía convenios suscritos con particulares (se hayan ejecutado o no las edificaciones), son actos “inmateriales” y “excluidos” del concepto de caudales públicos sustraibles a efectos del art. 432 del CP, rechazándose una interpretación extensiva del concepto, en vía penal y contra reo, considerando así que no tiene cabida en este tipo penal.

Gracias a la reforma de 2015 esos actos de disposición del aprovechamiento urbanístico público, o de otros bienes inmuebles, o de derechos sobre estos a un precio inferior al que ostentan, entrarán de lleno en la modalidad de administración desleal del art. 432, núm. 1, del Código Penal, sin necesidad de plantearse ya la cuestión de si aquello de lo que se dispone a bajo precio tiene la condición de caudal o efecto público, para poder ser considerado delito de malversación, como sucedía con la redacción de la malversación anterior a esa reforma y como se ha puesto de manifiesto en esas sentencias del Tribunal Supremo.

La malversación del patrimonio público mediante la administración desleal y la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el denominado *procés*

Teniendo en cuenta el objeto de este trabajo se hace necesario ahora comentar de forma sucinta y muy parcial la muy reciente y extensa STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el denominado *procés*, pues en la misma se ha condenado a varios responsables públicos como autores del delito de sedición de los arts. 544 y 545, núm. 1, del Código Penal, en concurso ideal medial del art. 77, núms. 1 y 3, del citado cuerpo legal con un delito de malversación del patrimonio público en esa nueva modalidad de administración desleal del art. 432, núms. 1 y 3, párrafo último del referido Código (tipo agravado por superar los 250 000 euros el perjuicio causado).

Los hechos enjuiciados se cometieron una vez ya estaba en vigor la reforma de la malversación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, y el Tribunal Supremo había de pronunciarse en este asunto sobre esa modalidad de malversación por administración desleal, pues las acusaciones formuladas por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la acusación popular atribuían a varios responsables públicos acusados, que habían ostentado al tiempo de los hechos el cargo de consejeros, el haber generado gastos a cargo de la Comunidad Autónoma catalana destinados a organizar un referéndum el día 1 de octubre de 2017 que, supuestamente según los promotores, iba a implicar una posterior independencia inmediata de esa Comunidad catalana en caso de ganar el sí, conforme se establecía en la Ley 19/17 del Referéndum y la Ley 20/17 de Transitoriedad, dictadas previamente y a tales efectos por el Parlament de Catalunya, así como en decretos del Govern de la Generalitat, normas todas estas cuya vigencia estuvo en suspenso poco después de su aprobación debido a las resoluciones del Tribunal Constitucional al admitir los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, pues no tenían amparo constitucional ni estatutario alguno. Además, según esas acusaciones, dichos gastos se verificaron a pesar de los requerimientos previos y expresos, dirigidos a esos responsables políticos acusados, de paralización de esa consulta, por parte de dicho órgano constitucional.

Por tanto, sin perjuicio de la trascendencia histórica de esa sentencia y en el estricto marco del delito de malversación objeto de este trabajo, debía entrar a analizar el Tribunal Supremo en su sentencia algunos aspectos ya referidos antes al comentar esta modalidad de la malversación mediante la administración desleal. Así, tendría que valorar si los acusados tenían el

poder de disposición de esos recursos públicos a los efectos de poder ser considerados autores de ese delito. También había de examinar si esos gastos se produjeron y si tenían por finalidad clara realizar el referéndum prohibido, lo cual podría implicar una gestión desleal del patrimonio público, así como determinar si se produjo o no el perjuicio patrimonial que, como resultado típico, exige la administración desleal. Otra cuestión a decidir, en caso de condena por ese delito, era si el Tribunal estaba obligado a determinar en su sentencia el importe de la responsabilidad civil que correspondiera a las personas condenadas. Estas son las cuestiones que acto seguido serán objeto de comentario en relación con la referida sentencia.

La sentencia considera probado que se generaron esos gastos para la Administración autonómica catalana que estaban destinados a la realización de ese referéndum, afirmándose, por ejemplo, en la declaración de hechos probados de esa STS 459/19:

13.–Para hacer posible la celebración del referéndum, previsto como requisito habilitante para la supuesta declaración de independencia, conforme a lo dispuesto en leyes de transitoriedad y de referéndum aprobadas por el Parlament, se originaron obligaciones pecuniarias contra el patrimonio de la Hacienda pública catalana. Ello, pese a que ambas leyes fueron –como se ha expuesto supra– inicialmente suspendidas y luego anuladas por el Tribunal Constitucional...

13.2.–Los gastos del referéndum relacionados con la publicidad institucional, organización de la administración electoral, confección del registro de catalanes en el exterior, material electoral, pago de observadores internacionales y aplicaciones informáticas, son expresivos de la consciente y voluntaria desviación de destino de los fondos públicos. Supusieron gastos ajenos a cualquier fin público lícito y se ordenaron careciendo de cobertura presupuestaria. Fueron canalizados a través de la estructura de los departamentos de Vicepresidencia y Economía, Presidencia, Exteriores, Trabajo, Salud y Cultura. Se hicieron así realidad, con los matices que luego se expresan, unos gastos previsibles a partir del acuerdo plasmado por escrito el 6 de septiembre de 2017 y que fue la diáfana expresión de su consorcio delictivo.

Posteriormente se refieren en ese relato fáctico de la sentencia los diversos gastos generados y canalizados con esa finalidad ilícita a través de distintos organismos públicos, como el consorcio “Diplocat”, el Departamento de Exteriores (al que se hallaba adscrito el anterior consorcio), el de Presidencia, el de Vicepresidencia y Economía, el de Trabajo, el de Salud y el de Cultura. Destaca que en ese relato se mencionan gastos efectivamente producidos y finalmente abonados con dinero público, como por ejemplo:

a) *A través de la Presidencia de la Generalitat y el Departamento de Exteriores se hicieron posibles los gastos que a continuación se expresan. Fueron encauzados por medio del consorcio Diplocat, ente público adscrito al Departamento de Exteriores, de donde procede la partida presupuestaria transferida para sus gastos y funcionamiento. Su director del Pleno y del Consejo Ejecutivo es el presidente de la Generalidad: i) visitas de un nutrido grupo de parlamentarios europeos, entre los días 28 y 29 de septiembre y el 2 de octubre, orientadas a publicitar y legitimar el ilegal referéndum: 43 341 euros; ii) contratación de un equipo de investigación experto en elecciones internacionales, en inglés International Election Expert Research Team (IEERT), dirigido por Dña. Susana: 177 304,90 euros; iii) contratación con MN2S Managemet Limited de un equipo en el que estuviera el político holandés D. Jaime, en los días del referéndum: 54 030 euros; si bien este importe fue devuelto porque la prestación no se realizó.*

Sin embargo, aparecen relacionados también en ese relato un gran número de gastos acordados o promovidos por algunos acusados a través de sus respectivos departamentos, con esa finalidad de realizar el referéndum prohibido, pero resulta aquí que tales expensas no han sido abonadas a los acreedores del servicio prestado o bien estos han hecho una renuncia expresa a reclamar esas sumas.

Algunos ejemplos de este nutrido grupo son:

A través del Departamento de Vicepresidencia y Economía fueron acordados los siguientes gastos: i) encargo a la empresa Unipost para la distribución de las notificaciones del nombramiento de los integrantes de las mesas electorales: 193 899,98 euros. Por medio del Departamento de Presidencia se lideró: i) la puesta en marcha a través del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información (en adelante, CTTI), de la web referéndum.cat y los diversos aplicativos incorporados a la misma, relacionados directamente con el referéndum del 1 de octubre, tales como el referido a la crida extra: <https://connectat.voluntariat.gencat.cat/crida/66>, además de la actualización del registre.catalans.exteriors.gencat.cat. Estos servicios, pese a la propia normativa del CTTI y la intervención externa de DXC y T-Systems, no han sido cuantificados; ii) campaña de difusión del Registro de Catalanes en el Exterior, desarrollada entre febrero y mayo de 2017 que generó una facturación por importe de 220 253,34 euros (266 506,54 euros con IVA), que no ha sido abonada. Su finalidad primordial, sin excluir otras, era la elabo-

ración de un censo de residentes en el extranjero; iii) contratación de servicios con Dña. Luisa, para diseño de la web pactepelreferendum.cat, que luego fue utilizada para la inclusión de vínculos relacionados con el ilegal referéndum. Facturó por el servicio prestado 2700 euros, pero después emitió una factura negativa por ese importe; iv) difusión de la campaña Civisme, publicidad directa del referéndum del 1 de octubre, que antes había resultado declarada desierta, a través de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales (en adelante, CCMA), organismo que facturó por sus servicios, 227 804,41 euros, pero cuyo abono se paralizó por expediente administrativo; v) contratación de la cartelería del referéndum, en modo opaco por D. Julián, secretario de Difusión de la Generalitat, a pesar de lo cual, aunque las impresiones se realizaron, fueron intervenidas. Su valor era, al menos, de 47 151,70 euros. Aunque alguna imprenta reclamó su importe, sus representantes manifestaron en el plenario que no persisten en sus reclamaciones; vi) encargo a Unipost para la distribución de las notificaciones del nombramiento de los integrantes de las mesas electorales: 198 871,8 euros...

Ninguno de esos pagos fue finalmente ejecutado a favor de Unipost. Su administradora concursal decidió no reclamarlo a las consejerías que habían efectuado los respectivos encargos.

Lo anterior tiene mucha importancia a los efectos de la interpretación de la nueva figura de la malversación mediante la administración desleal, pues conforme a esta STS 459/2019, de 14 de octubre, el perjuicio patrimonial exigido en ese tipo penal se produce ya desde el momento mismo en que mediante ese exceso en la gestión simplemente se genere una obligación de pago para la Administración. Se considera en la sentencia que no es necesario que se produzca una pérdida o un menoscabo patrimonial efectivo fruto de esa administración desleal, como sucedería en caso de que esos gastos comprometidos se hubieran abonado a los distintos acreedores que prestaron sus servicios para poder hacer ese referéndum. Insistimos en que, según la sentencia, bastará originar una obligación para la Administración como consecuencia del exceso en la gestión. Sobre esta interesante cuestión en el apartado núm. 5 del juicio de tipicidad de los fundamentos jurídicos de la sentencia se afirma lo siguiente:

A lo largo de los debates del plenario, un argumento hecho valer de forma insistente por las defensas estuvo relacionado con la idea de que muchos de los gastos comprometidos por la Administración autonómica, sin embargo, no habían generado un perjuicio porque los proveedores habían renunciado a su abono o, en algunos casos, habían presentado no una verdadera factura sino una de las llamadas “facturas proforma”.

Tampoco podemos identificarnos con esta línea argumental.

En efecto, existe coincidencia en que el momento en el que el acreedor realiza correctamente la prestación a su cargo es el momento en el que debe entenderse producido el menoscabo a los caudales o fondos públicos, desde el punto de vista del procedimiento de ejecución del gasto público. Es ese momento, aun cuando todavía no pueda hablarse de una salida material de fondos para el abono de las prestaciones ya recibidas, cuando el procedimiento resulta ya irreversible o inevitable para la Administración.

Es cierto que en aquellos casos en los que se produce una renuncia por parte del proveedor o el pago se reivindica después del plazo de prescripción de la obligación, la salida material de fondos podrá eludirse. Pero incluso en estos casos de renuncia o mora accipiendi, el perjuicio ya se tiene por producido. En términos contables no puede hablarse de un ingreso con efectos compensatorios respecto del gasto ya aprobado. De hecho, ese ingreso se contabiliza de forma autónoma y por separado de dicho gasto. De ahí que, en sentido estricto, no existe un mecanismo compensatorio que permita ver en esa renuncia una reparación del perjuicio por parte de quien lo generó.

Esos principios, admitidos comúnmente por la doctrina administrativo-financiera, fueron expuestos con absoluta claridad por las expertas que dictaminaron en el plenario –Dña. Gema, Dña. Inés, Dña. Joaquina y Dña. Juana–. Llegaron a calificar el pago ulterior como “irrelevante” a los efectos de la contratación pública. Lo verdaderamente definitivo, a efectos de determinar si se ha producido o no un perjuicio en las arcas públicas, era cuándo se entiende realizado el gasto, que se produce con el reconocimiento de la obligación. Explicaron que si hiciéramos una foto fija al patrimonio, este ya aparecería disminuido. Lo que sucede con posterioridad no elimina el dato real de que el gasto ya se realizó. Los gastos tienen que ser reconocidos con independencia del momento en que se realiza la corriente del pago. Con el reconocimiento de la obligación no nace la obligación de exigibilidad, sino cuando se ha prestado el servicio. El procedimiento presupuestario –concluyeron– no deja de ser un escenario de la realidad. El perjuicio se produce en el momento en que se presta el servicio por el empresario. Incluso en la hipótesis en que no hubiera existido ni siquiera procedimiento administrativo, siempre que haya habido un encargo aceptado de buena fe por el contratista, siempre va a haber un gasto...

Por otra parte, en la sentencia se condena por ese delito de malversación únicamente a aquellos acusados que ostentaron el cargo de consejeros de la

Generalitat y que, más allá del acuerdo previo de voluntades de todos los miembros del Govern para hacer el referéndum a toda costa, contribuyeron de manera efectiva a la creación de esas obligaciones derivadas de las prestaciones de servicios para hacer aquella consulta popular, considerando además que tenían capacidad para administrar dicho patrimonio en atención a sus cargos de consejeros. Sobre esta cuestión se afirma en el anterior apartado de los fundamentos jurídicos lo siguiente:

En el juicio oral las defensas y los propios acusados relativizaron el alcance jurídico de ese acuerdo. Se llegó a argumentar que el Gobierno, como tal, no puede ser sujeto de contratación. Esa línea defensiva, sin embargo, no es técnicamente correcta.

Es cierto que la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su art. 323.1, al enumerar los órganos de contratación estatales, puntualiza que “los ministros y los secretarios de Estado son los órganos de contratación de la Administración General del Estado y, en consecuencia, están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de su competencia”. En el apartado 2 de ese mismo artículo se establecen los supuestos en que los órganos de contratación del sector público estatal necesitarán la autorización del Consejo de Ministros para celebrar contratos.

Esta idea se repetía en la Ley 16/2008 de 23 de diciembre, de medidas fiscales y financieras, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña núm. 5288, de 31 de diciembre de 2008: “los consejeros son los órganos de contratación ordinarios de la Administración de la Generalitat y están facultados para adjudicar y formalizar en su nombre, y dentro del ámbito de las competencias de cada departamento, los contratos correspondientes” (art. 45). Sin embargo, en fecha muy próxima los hechos que enjuiciamos, la Ley 5/2017, 28 de marzo, en su art. 160.6 fijó que el Govern podrá actuar como órgano de contratación en relación con los grandes proyectos estratégicos de carácter horizontal y de especial trascendencia, con la deliberación previa del Consejo Técnico, siempre que se aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales.

La Sala considera que esos acuerdos reglamentarios –con el matiz introducido en el plano legislativo por la Ley 5/2017, 28 de marzo– refuerzan el significado de la actuación concertada de los acusados. Pero ni la dogmática ni la jurisprudencia actual admiten la suficiencia del simple acuerdo de voluntades para proclamar la coautoría en supuestos de codelinuencia ya consumada. De ahí que, como expresamos infra, al analizar el juicio de autoría, solo aquellos consejeros que materializaron actos de dispendio en ejecución de ese acuerdo, van a ser objeto

de condena (cfr. SSTs 314/2010, 7 de abril; 434/2007, 16 de mayo y 850/2007, 18 de octubre, entre otras muchas).

Respecto a los condenados por este delito, que no fueron todos los consejeros, se afirma en ese mismo apartado 5 de los razonamientos jurídicos referido al delito de malversación:

Los miembros del Govern finalmente condenados por este delito no solo ejecutaron actos de manifiesta deslealtad en la administración de fondos, sino que, además, lo anunciaron públicamente mediante el Decreto de 6 de septiembre de 2017, por el que se aprobaron las Normas Complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña y, de modo especial, mediante el Acuerdo del Govern de fecha 7 de septiembre. En él se autorizaban –en línea con lo que anunciaban los decretos 139 y 140 de 2017–, la utilización, en general, de los recursos humanos, materiales y tecnológicos necesarios para garantizar la adecuada organización y desarrollo del referéndum de autodeterminación de Cataluña, así como aquellos de los que ya se dispone. Se puntualizaba que las decisiones y actuaciones nombradas serían tomadas de forma colectiva y colegiada por parte de los miembros del Gobierno, y asumidas de manera solidaria.

Este aspecto de la deslealtad también aparece en el apartado 2 sobre el juicio de autoría de los fundamentos jurídicos de la sentencia, donde destaca lo siguiente:

2.1.3. El control del gasto de la Comunidad Autónoma, los acuerdos de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y los intentos de elusión por parte del Govern de la Generalitat, constituyen otro de los capítulos cuyo desarrollo avala la plena convicción de esta Sala acerca de la consciente y deliberada deslealtad en la administración de los fondos públicos al alcance de los acusados.

Esta contumaz persistencia en la celebración del referéndum, pese a la plena conciencia de su ilicitud, encontraba una dificultad en su materialización, debido al control de las cuentas de Cataluña por el Estado. Ello determinó al acusado Sr. Ignacio –en concierto con los acusados que luego se dirán– a intentar ocultar los gastos realizados para la celebración del referéndum, ya disimulando su finalidad mediante un cambio de etiquetado, ya canalizándolos como parte de muy diversas partidas presupuestarias, atribuyéndoles la finalidad o destino que eran propios del resto de la partida presupuestaria. Se disimulaba así su específico destino a la ilícita consulta.

La absolución de ese delito de malversación respecto a los otros exconsejeros acusados, que también se habían puesto de acuerdo con los demás

para hacer el referéndum a toda costa según la sentencia, se justifica por el Tribunal en el apartado 2 del juicio de autoría de los razonamientos jurídicos de la sentencia de la siguiente manera:

Como ya hemos anticipado, los acusados Sres. Agustín, Alfonso, Andrés, Álvaro y la Sra. Alejandra, no van a ser considerados autores del delito de malversación de caudales públicos que les atribuye el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la acusación popular.

Es cierto que todos ellos suscribieron el acuerdo gubernativo que anunció la asunción solidaria de todos los gastos que se promovieran por el Govern para la realización del referéndum. Pero la codelincuencia exige, como presupuesto conceptual aceptado por la jurisprudencia de esta Sala, algo más que el previo acuerdo de voluntades para delinquir. Es indispensable –conforme a la doctrina que hemos anotado supra, al justificar la concurrencia del delito de malversación de caudales públicos para otros acusados– que el copartícipe realice actos materiales, nucleares o no, de ejecución. Pues bien, no ha quedado acreditado –pese al esfuerzo probatorio desplegado por las acusaciones– que la consejera Sra. Alejandra o los consejeros Sres. Alfonso, Agustín, Andrés y Álvaro hubieran puesto la estructura de los departamentos que dirigían al servicio de gastos concretos justificados para la celebración del referéndum ilegal. Alguno de ellos, incluso, como alegaron algunos testigos, dieron órdenes específicas para la no aplicación de partidas presupuestarias a la consulta prevista para el día 1 de octubre. Es el caso, de modo especial, de los Sres. Andrés y Álvaro y de la Sra. Alejandra. Y esta es la diferencia respecto de los otros miembros del Govern que sí van a ser condenados por este delito, ya que no se limitaron a una retórica e irrelevante penalmente exteriorización compartida de su voluntad de sustraerse al control financiero propio de las sociedades democráticas –un meramente simbólico y solidario “todos a una”–, sino que ejecutaron actos concretos de dispendio económico que no era otra cosa que la genuina expresión de su deslealtad.

En el apartado 5 de los fundamentos jurídicos y dentro del juicio de tipicidad, expone el Tribunal Supremo en esa resolución las razones de la aplicación del tipo más agravado de malversación y descarta la existencia de un delito continuado, sancionando a los acusados que realizaron actos destinados a obligar a la Comunidad Autónoma a hacer ese referéndum por un único delito, a pesar de la existencia de distintos actos generadores de obligaciones, al entender el Tribunal que hubo una unidad de acción:

La disposición de fondos públicos que damos por acreditada supera ampliamente la cantidad de 250 000 euros. Y fue ejecutada por quienes

tenían la condición de autoridad. Lo hicieron para conseguir la celebración de un referéndum ilegal, respecto del cual carecían absolutamente de competencias y que, con en el ropaje constituyente con el que fue presentado, implicaba una conculcación flagrante de la Constitución y del propio Estatuto de Autonomía catalán. Todos ellos habían sido personalmente advertidos y reiteradamente requeridos por parte del Tribunal Constitucional, en su doble condición de titulares de sus departamentos y miembros del Govern, de su obligación de abstenerse de cualquier acto tendente a su preparación y celebración. También lo habían sido de su obligación de impedirlo y de la existencia de responsabilidades penales en caso de inobservancia. Todo ello integra la actividad típica del delito de malversación del artículo 432 del Código Penal. Como un solo delito, dada la unidad de acción que determina la común e inequívoca finalidad y estricta motivación de los gastos ilícitamente empleados.

Otra cuestión a resolver era si el Tribunal Supremo en caso de condena por ese delito de malversación establecería las sumas que, en concepto de responsabilidad civil, deberían satisfacer y reponer los acusados condenados por ese delito a la Comunidad Autónoma perjudicada por esa infracción. La respuesta es negativa, pues tanto el Ministerio Fiscal como la Abogacía del Estado no ejercitaron la acción civil junto a la penal y solicitaron la remisión de particulares y de la sentencia al Tribunal de Cuentas para que, conforme al art. 18, núm. 2, de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y los arts. 16, 17 y 49, núm. 3, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril, estableciera la suma total desviada por los acusados y se hiciera la reclamación a estos. La acusación popular, que cifró la suma malversada en más de 4 millones de euros, solicitó esa indemnización, pero el Tribunal Supremo no atendió dicha petición civil al considerar que no tenía dicha acusación popular legitimación para poder instar un pronunciamiento civil en ese caso, pues no podía ser considerada perjudicada por esos delitos.

Aunque la realización o el compromiso de esos gastos para hacer un acto prohibido podía ser considerada una manifestación de la actuación “fuera de las vías legales” prevista en el delito de sedición del art. 544, núm. 1, del Código Penal, por el que también fueron condenados, la apreciación por el Tribunal del citado delito de malversación por administración desleal para aquellos cuatro exconsejeros acusados, como medio para la comisión de la sedición, supuso la aplicación para aquellos de la regla penológica del concurso medial del art. 77 del Código Penal entre dichas infracciones. Esto supuso que para aquellos cuatro acusados la pena de prisión finalmente impuesta en esa sentencia fuera sensiblemente superior (entre 13 años y 12 años de

prisión), mientras que para los tres exconsejeros que solo fueron condenados por el delito de sedición la pena impuesta fue algo inferior (entre 11 años y 6 meses y 10 años y seis meses).

10 Conclusión

Como fácilmente se advierte de la lectura de esta ponencia, la actual redacción del delito de malversación del patrimonio público, que incluye la nueva modalidad de la administración desleal comentada del art. 432, núm. 1, del Código Penal, supone una importante ampliación de los supuestos en que la autoridad o funcionario público podrá incurrir en responsabilidad penal. Sin perjuicio de otros aspectos tratados en este trabajo, esa ampliación es uno de los aspectos más relevantes y que no podrán pasar por alto aquellos responsables públicos, ya sean políticos o técnicos, a la hora de gestionar el patrimonio de todos. Es evidente que los sistemas de fiscalización interno y externo de los organismos públicos habrán de seguir jugando un papel muy importante, bien para evitar esos actos de exceso o mala gestión de ese patrimonio o bien, una vez realizado el hecho delictivo, para descubrirlo y ponerlo en conocimiento de los órganos encargados de su investigación penal. No obstante, deberán tener en cuenta esas personas u órganos encargados del control de la actividad económica de la Administración la existencia de esta nueva figura.

Quizá aún no se ha advertido la trascendencia que la creación de ese delito puede tener en el ámbito de la Administración pública, pero puede avanzarse que ofrecerá un amplio recorrido, pues no son pocos los casos en que se cometen ilegalidades por los responsables públicos, algunas de ellas delictivas, sabiendo que van a comportar unas consecuencias negativas para el erario público, sea en forma de indemnizaciones o en pérdida de ingresos.

11 Bibliografía

- Comentarios al Código Penal español*. Edición abril 2016. QUINTERO OLIVARES. Editorial Aranzadi.
- Comentarios al Código Penal*. Edición 2015. MIR PUIG. Editorial Tirant lo Blanc.
- Malversación: Comentario del art. 432 del Código Penal*. GARCÍA PÉREZ. Editorial jurídica Sepin.

“Derecho urbanístico, derecho a una buena administración y buena regulación urbanística: una revolución jurisprudencial silenciosa. A propósito de la obra del profesor Bassols”. PONCE SOLÉ. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Junio-agosto 2019.

