



Responsabilidad penal y ayuntamientos

María del Mar SCHARFHAUSEN PELÁEZ

Fiscal

Fiscalía Provincial de Madrid. Sección de Delitos Económicos

Palabras clave: funcionarios; prevaricación; cohecho; tráfico de influencias; malversación.

Keywords: civil servants; Breach of Trust; Bribery; Embezzlement.

SUMARIO: I. DELITOS COMETIDOS EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: 1. Concepto de funcionario público.—II. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: 1. Prevaricación administrativa. 2. El delito de cohecho. 3. Los delitos de tráfico de influencias.—III. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

I. DELITOS COMETIDOS EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Concepto de funcionario público

A la hora de analizar la relevancia que, desde el punto de vista penal, pueda tener la «*res publica*» tenemos necesariamente que atender a la doble vertiente desde la que el funcionario público se contempla en aquella jurisdicción, pues dentro del genérico título de los DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en el Título XIX del Código Penal (arts. 404 a 444) se regulan aquellos tipos penales en los que el funcionario público actúa como singular sujeto activo de una pluralidad de figuras delictivas cada vez más extensa, mientras que, desde el punto de vista contrario, como sujeto pasivo del delito, se encuentra protegido en el Capítulo II del Título XX del Código Penal (arts. 550 a 556), dedicado a los DELITOS COMETIDOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. En todos los supuestos, tanto sea el funcionario público actor como sea sujeto pasivo del delito, nos encontramos con que esa cualidad de servidor



de la «cosa pública» le convierte en un individuo singular, especialmente protegido o reprimido, en cuanto ostenta la representación del ejercicio de la función pública, que ha de «servir con objetividad a los intereses generales» (art. 103 CE) lo que, sin duda alguna, justifica la especial previsión que la condición de funcionario público tiene en el ámbito del Derecho penal, resultando especialmente importante determinar qué se entiende por tal en el ámbito de dicha jurisdicción.

A estos efectos la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 421/2014, de 16 de mayo*, define el concepto de funcionario público, en particular, en relación con los problemas que suscitan sus requisitos, cuando los acusados participan en un servicio público organizado por el ayuntamiento a través de una entidad que se rige por el régimen jurídico mercantil de las sociedades anónimas. Esta sentencia trata un supuesto en el que, por resolución de la Conserjería de Empleo de la Junta de Andalucía, se concedió una subvención a la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, de 900.000 euros para equipamiento de una escuela de hostelería que se iba a instalar en los terrenos de Mercasevilla, sosteniéndose en la inicial sentencia, dictada en primera instancia, como hechos probados que, tras conocer el delegado provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, la concesión de la subvención se puso en contacto con el director general de la sociedad mixta municipalizada Mercasevilla y gerente de la citada Fundación, y ambos acusados, de común acuerdo, decidieron exigir a los responsables del Grupo La Raza, una comisión de 300.000 euros a cambio de concederles la gestión técnica y explotación del citado centro de formación. Para ello el delegado provincial encargó al subdirector general de Mercasevilla, también acusado, mantener una reunión con los representantes de La Raza en la que debía realizar la anterior petición, y éste lo aceptó conociendo la ilegalidad de dicha pretensión.

En esa primera instancia se condenó a los tres acusados, como autores penalmente responsables de un delito de cohecho, si bien, el delegado provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, fue absuelto en casación al no quedar evidenciado que fuese la persona que planificó el soborno y llevó la iniciativa para que se perpetrara, confirmándose la condena de los otros dos acusados. En el recurso de casación contra la sentencia condenatoria, dictada en primera instancia, alega el acusado que actuaba por Mercasevilla, que su conducta no era típica ya que éste no reunía la *condición de funcionario público* que exige el art. 425 del CP y que tampoco era pública la función que desarrollaba en Mercasevilla y en la Fundación Socio-Asistencial cuando se constituyó la Escuela de Hostelería, siendo, respectivamente, gerente y secretario de aquéllas. Entendía que al ser la entidad Mercasevilla, S. A., una sociedad anónima con participación pública (una sociedad de economía mixta) no sería una entidad pública, sino sujeta al Derecho privado y sin delegación de funciones por parte del Ayuntamiento de Sevilla a su favor. De otra parte, también se argüía que no se daban las condiciones de funcionario público en el acusado porque no había accedido al cargo por nombramiento de autoridad competente ni participaba en el ejercicio de funciones públicas, ya que no se ejercía ninguna función de esta índole mediante el acto de concederse la explotación de la Escuela de Hostelería, pretendiendo la aplicación de la misma argumentación a la

Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, que fue considerada en la sentencia recurrida como un instrumento jurídico de la sociedad anónima.

En la precitada sentencia se acude al, pacíficamente aceptado por nuestra jurisprudencia, concepto amplio de funcionario público que contempla el Código Penal, remitiéndose a *Sentencias de esa misma Sala como las 186/2012, de 14 de marzo y 166/2014, de 28 de febrero*, entre otras, en las que se afirma que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 del CP («se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley, por elección, o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas»), es un concepto de Derecho penal independiente y más amplio de las categorías y definiciones que ofrece el Derecho administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública y los intereses de la Administración, sin exigirse las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente «la participación en la función pública», a la que debe haberse accedido por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Se contempla entonces la posible participación en el ejercicio de funciones públicas del Estado, entidades locales y Comunidades Autónomas, así como en la *administración institucional*, aquella que se presenta cuando una entidad pública, para prestar un mejor servicio, adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones, en forma de sociedad mercantil. De ese modo «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública». En lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas en el ámbito del Derecho penal nada importan cuestiones como los requisitos de selección para el ingreso, la categoría, el sistema de retribución, el estatuto legal y reglamentario, la estabilidad ni temporalidad, siendo suficiente un contrato laboral o, incluso, el acuerdo entre el interesado y la persona facultada para el nombramiento.

En consonancia con lo anterior, en *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 166/2014, de 28 de febrero*, se recoge que el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o la forma externa de naturaleza jurídica o administrativa. Se trata en todo caso de un concepto marcadamente funcional que obliga a acudir para su determinación a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone, dice la sentencia en este punto, más que en otros, un *ponderado «levantamiento del velo»*: estar a la realidad esencial. En este sentido se advierte de que la huida del Derecho administrativo, fenómeno largamente examinado por la doctrina especializada para impedir la criminalización de conductas que pueden ser corregidas en el ámbito administrativo, no puede ir acompañada de una «huida del Derecho penal», extrayendo de la tutela que otorga la jurisdicción penal bienes jurídicos esenciales por el hecho de que funciones propias de un organismo público, que son desarrolladas por personas que han accedido a su cargo por designación de una autoridad pública, presenten una formalidad jurídica privada externa que disimule esa verdadera realidad material.

En definitiva, al trasladar estos criterios jurisprudenciales al caso enjuiciado antes citado, en relación con la entidad Mercasevilla, S. A., se concluyó que se trataba de una empresa mixta del sector público local con una indudable función pública, encargada

de la prestación de un servicio público de competencia local, con capital mayoritariamente público y, en consecuencia, se hizo aplicación del tipo penal del art. 425.1 CP previsto para funcionario público. En esta misma línea *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 600/14, de 3 de septiembre de 2014* (caso *Pacheco*): se condena por prevaricación y malversación de caudales públicos a P. Pacheco quien, valiéndose de la condición de teniente de alcalde de Jerez de la Frontera y de representante de dos sociedades municipales, ordenó pagos en beneficio de los otros dos condenados, J. L. Benítez y M. V. Cobacho, por un total de 206.833,66 euros, justificando dichos pagos bajo la apariencia de unos contratos de asesoría jurídica que contrató con ellos con cargo de las dos sociedades municipales y para cuyo nombramiento no siguió procedimiento alguno, no efectuando los nombrados ninguna contraprestación.

II. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Si atendemos a la histórica regulación de estas figuras delictivas debemos necesariamente convenir que, a punto de entrar en vigor la reforma que ya ha sido aprobada en el Congreso de los Diputados el 21 de enero de 2015 y en el Senado a fecha de 13 de marzo de 2015 (*Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*), el legislador, fundamentalmente a impulso de la iniciativa del delincuente y las necesidades de la actual sociedad, ha ido intentando corregir las conductas desviadas de aquél y proteger la integridad de ésta mediante una cada vez más prolija —hasta la extenuación— regulación de todas aquellas figuras delictivas que atacan unos de los valores más esenciales sobre los que se asienta nuestra sociedad: el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios constitucionales frente a ilegalidades severas y dolosas.

En la actualidad, tanto desde el punto de vista del ciudadano que deposita su confianza en la Administración pública, como desde el punto de vista del servidor público que se ve obligado a demostrar la probidad de su actuación, resulta fundamental llevar a cabo una impecable política criminal en la regulación de estos tipos delictivos, que permita establecer un valladar infranqueable a la arbitrariedad y la impunidad de quienes han conseguido que la corrupción se haya colocado en la cima de los asuntos que más preocupan a los ciudadanos; así se recoge en *el último barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)* de 4 de marzo de 2015 en el que, a pesar del descenso, la corrupción mantiene el segundo lugar entre las principales preocupaciones de la población, sólo por detrás del paro, cuya tasa supera el 23 por 100.

En esta lucha contra la corrupción se hace imprescindible un esfuerzo integral que contemple medidas tanto preventivas como represivas, algunas de ellas recogidas en el último informe GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción) del mes de octubre de 2014 que insta a «las autoridades a perseverar en sus esfuerzos por mejorar la transparencia de las cuentas políticas y las fuentes de los ingresos y los gastos correspondientes (incluidos los de sus ramas locales), el seguimiento de la situación de endeudamiento de

los partidos, y la garantía de que cualquier infracción de la normas se traducirá, no sólo en la ley, sino también en la práctica, en sanciones efectivas».

1. Prevaricación administrativa

Siendo, de los delitos cometidos por funcionarios públicos, sin duda, el más presente en nuestros tribunales, este delito se define por ser el ejercicio contrario al deber de los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. En este sentido, siguiendo la doctrina y jurisprudencia tradicional la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª) núm. 815/2014, de 24 noviembre*, recuerda que «el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación».

Tratándose de un delito especial, únicamente puede ser cometido como autor por un funcionario público o autoridad, cualidad que se predica, como vimos *ut supra*, de toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, sin necesidad de que goce del estatuto formal de funcionario, aunque cabe exigir responsabilidad a quien no lo es, el *extraneus*, en los términos que luego veremos.

Una cuestión relevante en este tipo delictivo es la posible responsabilidad de los miembros de los órganos colegiados. Esta posibilidad está prevista expresamente en los tipos especiales de los arts. 320, 322 y 329 (en sus respectivos párrafos 2.º), pero, no aparece recogida en el tipo general del art. 404, aunque es pacíficamente admitida por la jurisprudencia, que recuerda reiteradamente que no sólo pueden llevar a cabo la acción delictiva los funcionarios en cuanto ejercientes de un órgano unipersonal, sino también los miembros de un órgano colegiado, ya sea quienes lo presidan como los que de él forman parte. A este respecto debemos tener en cuenta la disposición contenida en el art. 27.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que recoge que «cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos». No obstante, es posible que existan situaciones en las que esa regla general no dé una respuesta ajustada a Derecho y a la verdad material que busca el Derecho penal, como ocurriría en el supuesto, no poco frecuente, del miembro de un órgano colegiado que vota sin conocer todos los elementos que hagan la resolución «arbitraria e injusta» y que sí son conocidos por otros miembros del órgano; o, al contrario, el supuesto del miembro del órgano colegiado, que, conociendo o, incluso, impulsando esa resolución prevaricadora, se excusa de participar en la reunión donde se vota, una vez que sabe cuál será el resultado de la misma pese a su inasistencia y gracias a su impulso previo de la misma. Todas estas situaciones deberán, lógicamente, resolverse atendiendo al requisito subjetivo de obrar de manera injusta «a sabiendas».

Conforme a lo anterior, es éste un tema resuelto de forma especialmente elocuente en la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª) núm. 773/2014, de 28 de octubre*, que, analizando la responsabilidad penal del alcalde que recibe 30 millones de pe-

setas en efectivo y una vivienda a cambio de favorecer los intereses urbanísticos de determinada promotora, le condena a éste quedando al margen de dicha condena los restantes miembros de la corporación municipal, que también votaron a favor de la resolución prevaricadora. En este supuesto, se analizaban en concreto dos resoluciones que tenían como fin aprobar el Estudio de Detalle que autorizaba un incremento importante de la edificación en el SAU-13. En su descargo el alcalde condenado alegaba que siempre solicitó informes del secretario municipal sobre las cuestiones a debatir y resolver, informes a los que se atuvo. Se recoge, no obstante, en la sentencia, que figuraban en la causa datos objetivos claramente indicativos de que el acusado era sabedor de que los acuerdos que aprobaron el Estudio de Detalle antes citado, que permitió un incremento sustancial del volumen de viviendas a construir por la empresa del promotor (quien le pagó los 30 millones), contradecía de forma patente varias disposiciones de la normativa en vigor. Así, mientras él sostenía que actuó convencido de la legalidad de los acuerdos a tenor, precisamente, del contenido de aquél informe emitido por el secretario del ayuntamiento, en el expediente se recogieron datos que acreditaban su conocimiento de las ilegalidades que concurrían en las resoluciones administrativas anuladas, tildándose el informe del secretario como «informe de complacencia», en cuanto no recogió las graves ilegalidades que contenía el Estudio finalmente aprobado, tales como las relativas a la ilegal clasificación del suelo en urbano consolidado, la patente superación de los índices de densidad y de edificabilidad privada que imponía el Plan General de Ordenación Urbana, ni la ilegalidad que suponía una patrimonialización del 100 por 100 del suelo. Concluye así la Sala la existencia de datos que acreditaban la arbitrariedad de la resolución dictada al amparo del precitado informe: «Las graves ilegalidades objetivas que albergaba el Estudio de Detalle, los escritos de un grupo de concejales del ayuntamiento y las reclamaciones vecinales, el ilustrativo y preclaro informe del Servicio Territorial de Fomento en cuanto a las llamadas infracciones, y el soborno que había aceptado el acusado del empresario que se beneficiaba con la conducta prevaricadora, son datos indiciados (*sic*) más que suficientes para inferir que el acusado conocía las injusticias que contenía el Estudio de Detalle, aprobándolo y confirmándolo el recurrente a sabiendas de la grave injusticia en que incurría en perjuicio del interés general de la comunidad. Sin que pueda, pues, ampararse en los informes confeccionados por el secretario del ayuntamiento que daban una apariencia de legalidad que el recurrente sabía perfectamente que no era cierta».

En su recurso argumenta el condenado haber sido discriminado con relación a los restantes miembros de la Corporación Municipal, ya que todos ellos votaron el Acuerdo de 15 de marzo de 2005, sin que se les incriminara ni condenara por ello, si bien se pone de manifiesto en la sentencia que en el procedimiento se evidenciaba, frente a la actuación del alcalde condenado, la falta de vinculación personal de otro concejal respecto del que la Audiencia acordó el sobreseimiento con el empresario favorecido por los actos prevaricadores, al menos en lo concerniente a la recepción de obsequios o regalos de ninguna clase que insinuaran que estuviera al tanto de la ilicitud y de los fines de los acuerdos, aunque, eso sí, abre la puerta a considerar que quizás no estaban en ese procedimiento encausados todos los que debieron serlo, afirmando que: «En cualquier caso, tanto en lo que se refiere

a ese concejal como a los otros que votaron a favor del acuerdo municipal emitido en el Pleno del 15 de marzo de 2005, ha de estarse al referido criterio jurisprudencial de que el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un “imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad”, o “igualdad contra ley”, de modo que aquel a quien se aplica la ley “no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido”.

Esta cuestión se analiza igualmente, junto con la participación del *extraneus* en el delito que examinamos, en la *Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 303/2013, de 26 de marzo*, en la que se sanciona la conducta llevada a cabo por quienes, sin ser los funcionarios que dictaron la resolución «injusta y arbitraria», llevaron a cabo una actuación consistente «en manipular el proceder de la Junta de Gobierno ya que los acusados conocían que tanto la Mesa de Contratación (órgano proponente) como la Junta de Gobierno (órgano decisor) actuaban mediante automatismos, aceptando de forma mecánica las proposiciones de los informes técnicos, informes con los que manipularon la voluntad de la Mesa y la resolución de la Junta de Gobierno, con pleno conocimiento de que el órgano decisor dictaría una resolución objetivamente arbitraria aunque no existiera culpabilidad en los miembros de la Junta de Gobierno». El Tribunal de instancia reconoce que los acusados —que elaboraron los informes previos a la decisión tomada por la Junta de Gobierno por la que se aprobó la propuesta de la mesa de contratación y se procedió a la adjudicación provisional de las obras a llevar a cabo en el Pabellón Quiroga Palacios a la empresa «Monte Balsa, S. L.»— carecían de la capacidad de resolución del expediente administrativo, participando como *extraneus* en calidad de cooperadores necesarios, en la toma de decisión arbitraria de otros funcionarios (absueltos), que sí tienen esa capacidad de resolución, cerrando posibilidad alguna a la tesis presentada por los condenados recurrentes, que sostenían su inocencia al presentarse como cooperadores necesarios de un autor que no existía. Recoge un supuesto semejante al que ya se analizó en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 222/2010, de 4 de marzo*, en el que los funcionarios que dictaron la resolución arbitraria no eran culpables, desarrollando la idea de la responsabilidad que pudiera tener el *extraneus* en tales delitos cuando la conducta del funcionario público que dicta una resolución «objetivamente injusta y arbitraria» lo hace sin conocimiento de dicha arbitrariedad, supuesto en el que comete una acción típica, prevista en el tipo penal y de la que puede ser responsable como cooperador necesario un *extraneus*, aunque el propio funcionario esté «exonerado» de responsabilidad: «Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el art. 28 del CP, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de prevaricación por no actuar “a sabiendas” de la injusticia de su resolución».

Al analizar los elementos que han de concurrir en esta figura delictiva se resumen por nuestra jurisprudencia en los siguientes: una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; que esa contradicción con el derecho o ilegalidad (que puede manifestarse en la falta absoluta

de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución) sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; que ocasione un resultado materialmente injusto, y, en último término, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del Derecho (*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sección 1.ª, núm. 235/2014, de 23 de enero*).

Al analizar estos requisitos (objetivo y subjetivo) del delito, concluimos que, desde el punto de vista del elemento objetivo, la acción típica del delito de prevaricación general (art. 404) exige que el sujeto activo dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo, teniendo capacidad para ello (*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 166/2014, de 28 de febrero*). Esto comporta, en primer lugar, que nos hallemos ante una resolución (oral o escrita) emitida por funcionario público, dirigida a un administrado, que decida definitivamente sobre el fondo de un asunto de naturaleza administrativa y que afecte a los administrados en sus derechos y a la colectividad en general, quedando excluidas, por tanto, las resoluciones de naturaleza jurisdiccional o política (*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 586/2009, de 1 de junio*).

En cuanto a la posibilidad de que este delito se pueda llevar a cabo a través de comportamientos omisivos atendemos a la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 731/2012, de 25 de septiembre*, que aborda la cuestión de la modalidad de comisión por omisión referida al delito prevaricación, buscando amparo para su entendimiento en el acuerdo de la Sala 2.ª en Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997, que permite comprender que la equiparación entre la comisión activa y omisiva se circunscribe a los supuestos en que «la omisión imputada resulta jurídicamente equivalente, como resolución presunta, a una resolución expresa». En sentido contrario, habrá que concluir que los supuestos de mera inactividad administrativa, que no generen expectativas para los administrados y carezcan de eficacia jurídica, no podrán ser considerados resoluciones a los efectos del art. 404 CP.

El segundo elemento objetivo que describe la acción típica es la necesaria *arbitrariedad* de la resolución, no bastando al efecto una mera ilegalidad: «El delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona» (*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sección 1.ª, núm. 815/2014, de 24 de noviembre*).

A la hora de determinar los criterios de valoración de la entidad suficiente que debe alcanzar esta injusticia o arbitrariedad para dar lugar al delito de prevaricación la jurisprudencia vino acudiendo a expresiones tales como «clamorosa, grosera o esperpéntica»,

dando lugar a una interpretación de la norma que no resista ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. A esta concepción objetiva se refiere la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 743/2013, de 11 de octubre*: las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando «contradi-gan la norma de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del Derecho de tal ma-nera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal». La última Jurisprudencia, no obstante, ha ido matizando, sin abandonarla, esa concepción objetiva para introducir un elemento voluntarista determinado por el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 de la Constitución, de manera que, cuando se dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino nacida de su mera voluntad y el resultado es una injusticia (lesión de un derecho o interés colectivo) se realiza este tipo delictivo. Al analizar los supuestos en los que esa arbitrariedad se pone de manifiesto se cita como tales la falta ab-soluta de competencia de quien dicta la resolución, la omisión de trámites esenciales del procedimiento, la ausencia total de fundamento o motivación y los aquéllos en los que el contenido sustancial de la resolución no pueda ser explicado con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.

Atendiendo a las últimas resoluciones dictadas en esta materia nos encontramos con la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 815/2014, de 24 de noviembre*, en la que se analiza ese elemento del tipo, llegando a la conclusión de que, en el supuesto analizado, existe un delito de prevaricación administrativa por parte del alcalde que hace dos pagos a un tercero al que encarga trabajos con absoluta falta de procedimiento admi-nistrativo, sin consignación presupuestaria y con el contundente reparo de ilegalidad del secretario-interventor del ayuntamiento cuando, además, debía haber efectuado dichos pagos una empresa mercantil municipal, para la que se hicieron los trabajos, resaltándose al efecto que la normativa citada por el secretario interventor en sus informes era clara: solamente podían pagarse gastos presupuestados (art. 24 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril), ignorando el acusado ese hecho deliberadamente para alegar, a renglón se-guido, ignorancia del mismo, después de llevar varios años ejerciendo la alcaldía. Frente a la alegación del alcalde condenado acerca de que no puede ser confundida la ilegali-dad administrativa con el delito de prevaricación, recuerda la sentencia que no basta, ciertamente, que sea contraria a Derecho para que constituya delito, pues la injusticia que se predica de la resolución prevaricadora es que sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa, que suponga un ejercicio arbitrario del poder, y que se dicte caprichosamen-te al margen de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico», recogiendo la Sala, en tal sentido, los argumentos de la Audiencia que le condenó, acerca de que aquél conocía que ambas resoluciones eran clamorosamente ilegales, por carecer de cualquier soporte válido en el orden administrativo y de consignación presupuestaria, habiendo sido advertido, además, el alcalde, de dicha ilegalidad.

Se hace mención en esta resolución a otras sentencias de esa Sala que, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el art. 404 a la

resolución como arbitraria y dictada «a sabiendas de su injusticia» (requisito subjetivo del delito que examinamos), vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora ese «ejercicio arbitrario del poder», proscrito por el art. 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, de manera que nos dice: «La prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos generalmente admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable».

Por su parte, la exigencia del elemento subjetivo de actuar «a sabiendas» obliga a concluir que se comete el delito cuando el funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve el margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa porque quiere este resultado y antepone su voluntad a cualquier otra consideración.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 597/2014, de 30 de julio, con la misma conclusión condenatoria que la anterior trata el supuesto del alcalde que, por decreto, levantó los reparos de la intervención de fondos para el pago de facturas por obras realizadas sin ajustarse a un procedimiento de adjudicación, amparándose las obras en un contrato de mantenimiento que no podía incluirlas y motivando, así, una resolución injusta; se excluyó, no obstante, la responsabilidad del director general de área del ayuntamiento, que emitió distintos informes-propuestas para que el alcalde levantara los reparos de intervención de fondos al pago de facturas, al no constar que estuviese de acuerdo en que se dictasen las resoluciones arbitrarias por el alcalde, y se condenó como cooperador al teniente de alcalde, que decidió la contratación de obras a una determinada empresa con aplicación de un contrato que no las abarcaba, haciendo éste la propuesta de su pago y llevando a cabo la decisión de solicitar informe a asesoría jurídica para justificar su abono mediante el levantamiento de reparo formulado por la intervención de fondos. En este caso, en el análisis de qué ha de entenderse por «resolución arbitraria», recalca la sentencia que, «cuando se trata de infracciones del procedimiento, decíamos en la Sentencia núm. 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013/6936), que la Jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales» de manera que se aprecia la existencia de una resolución arbitraria cuando el omitir las exigencias

procedimentales suponga, principalmente, «la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto», pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que «con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución».

Por su parte, en este mismo sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 18/2014, de 13 de enero*, recuerda que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque «las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho».

En el ámbito de las Audiencias, durante el año 2014, encontramos sentencias, que, siendo traducción de la expuesta línea jurisprudencial, resuelven asuntos como los recogidos en *Sentencia de Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.ª) núm. 272/2014, de 22 de julio*, en relación a la adjudicación directa de 26 proyectos de arquitectura, sin que concurrieran razones artísticas tales que justificaran un modo de contratación sin publicidad ni concurrencia alguna, condenando también como cómplice al interventor del ayuntamiento que siguió tramitando la documentación como contrato menor, sin serlo, y sin formular reparo o informar de la ilegalidad de la actuación administrativa, así como al arquitecto adjudicatario de los contratos ilegales que, aunque llevó a cabo una actuación que supuso aportación al delito «sustituible», actuó dolosamente, facturando el importe adecuado para aparentar que se trataba de un contrato menor, lo que permitía acudir a aquél procedimiento (adjudicación directa) que abrió la puerta a la arbitrariedad.

En este mismo sentido se pronuncian el *Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orense, en Sentencia núm. 273/2014* que condena al presidente de la Diputación de Ourense que contrató a 104 personas por el procedimiento de urgencia, que se tramitó sin sujetarse a la ordenanza reguladora de los procedimientos de contratación temporal o la *Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia (provincia de Cáceres), núm. 288/2014, de 10 de julio*, que condena al alcalde y miembros de la corporación que adjudicaron ilegalmente diversos contratos a determinado constructor y, haciendo dejadez de su seguimiento, permitieron que se produjeran pagos mayores al valor de las obras realizadas. En este caso los miembros del ayuntamiento fraccionaron «torticeramente» diversas obras a ejecutar, de manera que el importe de cada parte dividida no superara los límites legales para poder adjudicarla directamente, beneficiando siempre al mismo constructor.

En sentido contrario, como ejemplos de conductas que nuestros Tribunales consideran que podrán ser sometidas a fiscalización y reproche en la vía contencioso administrativa pero que carecen de relevancia penal, nos encontramos con algunos supuestos como los siguientes:

La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 3.ª) en Sentencia núm. 300/2014, de 29 de mayo, considera penalmente irrelevante el incumplimiento de un deber legal de abs-

tención al dictar resolución de suspensión cautelar de la tramitación del expediente de restauración de legalidad urbanística solicitado por la esposa del acusado. En este caso, el acusado, como concejal delegado de obras del Ayuntamiento de Villena, por Decreto y con competencia en materia de obras públicas, el día 30 de mayo de 2008 dictó una resolución acordando la suspensión cautelar por tres meses de la tramitación del expediente de restauración de la legalidad urbanística núm. NUM002, incoado contra su esposa, teniendo conocimiento de la identidad de la promotora, e infringiendo así el régimen de abstención previsto en la Ley 7/1985. En el análisis de la arbitrariedad que dicha conducta podría conllevar y su relevancia jurídico-penal, la sentencia concluye que la ausencia de abstención por parte del concejal acusado en el expediente de Infracción Urbanística NUM002, en el que la promotora de las obras era su esposa que, además, radicaban en una finca propiedad del matrimonio, supone, sin duda, una clara vulneración de las normas indicadas, al existir causa de abstención pero, recordando la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo, expuesta en la *STS núm. 189/2008, de 25 de abril*, señala que el incumplimiento de un deber legal de abstención, por sí sólo, no genera el presupuesto fáctico del tipo penal de la prevaricación y añade, «la infracción de las normas de abstención no supone la comisión de un delito de prevaricación y se compadece mal la consideración del Derecho penal como “ultima ratio” máxime en esta materia donde el control jurisdiccional del Derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional». En este sentido, recuerda la sentencia el ordenamiento jurídico administrativo señala que la no abstención en los casos en que proceda (art. 28.3 LRJAP y PAC Ley 30/92, de 26 de noviembre) no implica, necesariamente la invalidez de los actos en que haya intervenido. Las posibles irregularidades que el acusado haya podido cometer, deberán ser objeto de control, contencioso-administrativo o disciplinario (no haber cumplido con su obligación de abstención).

Finalmente, la *Sentencia núm. 1/2014, de 8 de abril, ARP 2014/403, Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Civil y Penal)* absuelve al exconsejero de cultura y el gerente de CANTUR en relación con la contratación y construcción de la «Casa de los Gorilas» de Cabárceno entendiendo que las decisiones adoptadas por este exconsejero y el director general de la empresa pública CANTUR no fueron actos administrativos, sino del ámbito del Derecho privado pese a la existencia de concurrencia y publicidad en el procedimiento y lo hace con cita en un supuesto semejante resuelto en la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 166/2014, de 28 de febrero*, en el que, condenando por delito de cohecho y malversación de caudales públicos, absolvió por delito de prevaricación al concluir que no habían existido resoluciones recaídas en asunto administrativo como exige el art. 404 CP ya que, siendo la empresa denunciada una empresa sometida al Derecho privado, la presencia de capital público, aunque fuese mayoritario, no alteraba la naturaleza de su actuación en el ámbito mercantil. Una cosa, se dice, es que tales sociedades estén sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación y otra que eso mute la naturaleza jurídica de su actuación, de manera que, no por el hecho de que dicha contratación deba sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia, se convierte en una contratación propia de Administraciones públicas

u Organismos Autónomos. No obstante, esta concepción (huida del Derecho penal) ha sido muy discutida y corregida en *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 600/2014, de 3 de septiembre* (caso *Pacheco*) que, conforme se analizó al exponer el caso de Mercasevilla, reconoce que los contratos realizados en el seno de una sociedad municipal atendiendo a sectores implicados en el ejercicio una función social deben ser considerados resoluciones administrativas realizados por funcionarios públicos.

2. El delito de cohecho

A través de la tipificación del cohecho se trata de proscribir la conducta de aquellos funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus competencias, realicen actos que sean constitutivos de delito o injustos, así como que se abstengan de actuar cuando la ley les impone el deber contrario, siempre y cuando dichas conductas u omisiones nazcan de un acto de «corrupción» (*vicio, soborno o perversión*, cit. *RAE*), sancionándose igualmente, pero independiente de la anterior, la conducta del particular que con su actuación impulse tales comportamientos. De la misma manera que, el ya examinado, delito de prevaricación, este tipo penal tiene por finalidad primordial preservar el correcto ejercicio de la función pública por quienes son los encargados de desarrollar la misma, evitando el torcido ejercicio que los funcionarios públicos puedan hacer de su función en atención a las recompensas solicitadas, entregadas u ofrecidas; se pretende, en definitiva, preservar la «objetividad» de la Administración pública y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública.

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incrementó notablemente la pena prevista para los delitos de cohecho, simplificó su regulación e introdujo modalidades hasta entonces no reguladas, como el retardo malicioso de actos administrativos con base en las recomendaciones entonces recogidas en el Informe de evaluación sobre la situación de la corrupción en España aprobado el 15 de mayo de 2009 por GRECO.

La nueva regulación de los delitos de cohecho resulta más simple, manteniendo la distinción entre el cohecho pasivo y el activo, en función del protagonista del ilícito actuar: el funcionario público que tuerce su actuación (cohecho pasivo) o el particular que le invita a hacerlo mediante dádiva, favor o retribución (cohecho activo). Atendiendo a su naturaleza hemos de tener en cuenta que, frente a la tradicional postura mantenida por la doctrina y jurisprudencia españolas, que defendieron su carácter bilateral, la doctrina y jurisprudencia actual superan dicha concepción definiendo al cohecho por su naturaleza unilateral de manera que se considera que no es necesaria la existencia de pacto entre ambos protagonistas (particular y funcionario público) para apreciar tal figura delictiva y que, aun cuando haya formas bilaterales, la existencia de dos personas en la realización del acto de corrupción es irrelevante: cada uno responde de su actuación de manera independiente sin quedar vinculado por la actuación que haya llevado a cabo el otro sujeto del delito.

En este tipo penal se describe como instrumento del delito «la dádiva o regalo, favor o retribución de cualquier clase, ofrecimiento o promesa», siendo todos ellos conceptos sinónimos, aunque en los ofrecimientos no se producirá la inmediata entrega de lo comprometido, sino que tendrá lugar más tarde. Normalmente, existirá conexión entre dicho instrumento y el posterior acto del funcionario, pero ambas cosas pueden aparecer desconectados, como ocurre en el cohecho subsiguiente o de recompensa, castigándose entonces aquella actuación dirigida a preparar un singular entramado de relaciones entre funcionario y particular que predispone favorablemente a aquél para con éste último, sin necesidad de que se persiga en todo caso la adopción de actos concretos justos o injustos. En todo caso la dádiva puede tener un contenido tanto económico como de otro tipo y al utilizarse expresamente el término «favor» se amplía el alcance típico del precepto, que comprenderá los supuestos en los que lo prometido o entregado es un favor de cualquier naturaleza, eso sí, siempre que tenga una cierta entidad, impidiendo la sanción penal de aquéllas conductas que, por el principio de insignificancia o de la adecuación social, se han de considerar atípicos, como luego veremos.

Cuando hablamos de cohecho pasivo, aquél en el que es autor el funcionario público, distinguimos entre el cohecho pasivo propio (art. 419: tiene por objeto un acto contrario a los deberes inherentes al cargo), el cohecho pasivo impropio (art. 420: tiene por objeto un acto propio del cargo), el cohecho pasivo subsiguiente o de recompensa (art. 421: el que persigue la gratificación de un acto ya realizado) y el cohecho pasivo de facilitación (art. 422: en consideración al cargo o función pero sin vinculación con el acto del cargo determinado o determinable). Estos tipos penales exigen, en todo caso, que la acción u omisión sean propias «del cargo del funcionario», entendido como de la competencia genérica del funcionario, aunque no le hayan sido específicamente adjudicadas y puede ser realizado «por sí o por persona interpuesta». No obstante, cabe la participación de un *extraneus*, salvo que hablemos de los particulares a los que se refieren los arts. 424 y 425, que serán autores de un delito de cohecho activo.

En cuanto a la interpretación que debe darse a los actos propios del cargo que manejan tales preceptos, el Tribunal Supremo lo ha interpretado de manera extensiva: «...no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita la dádiva» (*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 16 de mayo de 2014*). Tal concepción se analiza en *Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.ª) núm. 273/2013, de 7 de junio*, que absuelve a la secretaria de un centro escolar del delito de cohecho del que venía siendo acusada por aceptar la suma de 600 euros, en la absoluta convicción de que podía hacerlo, por su gestión en un servicio extraescolar realizado fuera de su jornada como funcionaria. El Jurado concluyó que no existía el nexo causal entre el dinero recibido y la función pública de la acusada al estimar que, aunque la gestión del servicio «Primeros del Cole», por la que cobraba la cantidad de 600 euros, la asumió como secretaria del centro, quedaba extramuros de las obligaciones propias de su función, al ser una actividad extraescolar y realizarla fuera de su jornada como funcionaria. Además, también estimó que faltaría el

elemento subjetivo, es decir, la conciencia de que el dinero se le ofreció por razón de su cargo, pues, a pesar de su formación y presumible conocimiento que excedía de un regalo propio de los usos sociales y de cortesía, tenía la absoluta convicción que era exclusivamente por su gestión de la actividad extraescolar, lo que, incluso aunque concurriese la conexión con la función, excluiría el dolo por error invencible.

En el art. 419 se comprenden los supuestos más graves del funcionario que recibe la dádiva para llevar a cabo «un acto contrario a los deberes inherentes al mismo», que se equipara al «no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar», y que refunde los antiguos cohechos para realizar acciones «constitutivas de delito». Estos supuestos son analizados en la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 773/2014, de 28 de octubre*, antes citada, en relación con la responsabilidad penal del alcalde que recibe 30 millones de pesetas en efectivo y una vivienda a cambio de favorecer los intereses urbanísticos de determinada promotora (se condena por delito de cohecho y prevaricación) y en el *Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 18 de septiembre de 2014*, que impide el sobreseimiento (vía recurso de apelación) al examinar la conducta derivada de la entrega de diversos regalos a autoridades municipales provenientes de una promotora, que se vio beneficiada con una bonificación del 50 por 100 en la licencia de obras.

En cuanto a la conducta del no hacer, la encontramos reflejada en la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 186/2012, de 14 de marzo*, en relación con el personal contratado administrativamente por un ayuntamiento con el fin de controlar las zonas rurales del término municipal y denunciar infracciones urbanísticas y medioambientales: el acusado, amparándose en su condición de encargado municipal del Ayuntamiento de Cártama del servicio de supervisión, control y vigilancia de las zonas rurales del término municipal, solicitó a varios particulares que le entregaran importantes cantidades de dinero para conseguir evitar, con su supuesta intermediación, que fuera sancionado con una multa por la Concejalía de Medio Ambiente del ayuntamiento, por arrojar escombros de modo ilegal.

Aunque el cohecho es un delito de mera actividad, que se consuma tan pronto como se hace el ofrecimiento o promesa, sí que resulta imprescindible que el acto, omisión o retraso injustificado sean determinados o determinables, de manera que, esa conducta lo sea con alguna de las finalidades antes descritas, excluyendo la posibilidad de que se pueda cometer de forma culposa o por imprudencia. De esto se concluye, por ejemplo, que, en el supuesto del agente provocador no comete ningún delito de cohecho activo al no dirigir su conducta a perturbar las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración, sino a impedir dicha perturbación.

Un supuesto especialmente particular, fundamentalmente por la prueba aportada al procedimiento para acreditación de los hechos, lo encontramos en la *Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal, núm. 45/2014, de 7 de febrero* (caso *Camas*), en la que se aportó la grabación de la conversación realizada por uno de los interlocutores y coetánea a la comisión del delito de cohecho en el que intentan sobornar a una concejal

con 12.000 euros, a cambio de que votara favorablemente en determinados puntos del pleno municipal, entendiéndose que quedaba acreditado por las declaraciones de testigos de cargo y las grabaciones que fueron entregando a la policía. Los hechos se centran en el equipo de Gobierno del Ayuntamiento de Camas, en el que un fuerte enfrentamiento del alcalde de dicha localidad con concejales de su misma formación llevó al ayuntamiento a una situación de bloqueo, al estar el Equipo de Gobierno en minoría. Los acusados eran, respectivamente, alcalde, primer teniente de alcalde y segundo teniente de alcalde del mencionado ayuntamiento, todos ellos miembros del Equipo de Gobierno municipal, que, con la idea de poner fin a la situación del bloqueo del ayuntamiento y poder aprobar determinados proyectos urbanísticos, a mediados del año 2005 se pusieron de acuerdo con un empresario, también acusado, para obtener el voto favorable de la concejal, Sra. L., en los diversos plenos en que esos proyectos fueran sometidos a aprobación, a cambio de contraprestaciones económicas. El acusado EGR concertó al efecto una entrevista con la Sra. L. que ésta aceptó poniéndolo en conocimiento de la policía. En ella EGR le ofreció a la Sra. L. que, a cambio de su voto en los Plenos del ayuntamiento para apoyar una serie de modificaciones urbanísticas, le entregaría grandes cantidades de dinero e, incluso, un piso en la playa, circunstancia que la Sra. L. puso en conocimiento de la policía. Al día siguiente el acusado EGR entregó a la Sra. L. un sobre conteniendo 12.000 euros, como primera entrega a cuenta de parte del dinero prometido, a cambio de que ésta votara favorablemente en unos determinados puntos del Pleno del Ayuntamiento de Camas, que se celebraría el día 23 de septiembre de 2005. Los puntos a votar se recogían en una nota escrita que se entregó junto con el dinero. Terminada la reunión que se efectuó también con el conocimiento de la policía, la Sra. L. acudió a las dependencias policiales a denunciar, entregando el sobre con el dinero a la policía. Al día siguiente, 13 de septiembre, la Sra. L. en el Pleno Municipal del ayuntamiento, votó en contra de los puntos para cuyo voto favorable había recibido los 12.000 euros. Dictada sentencia condenatoria se admitió sin ambages como prueba la grabación efectuada por la concejal (Sra. L.) con cita, entre otras, en la STC 56/2003, de 24 de marzo, que al analizar el contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluye toda lesión de relevancia constitucional al mismo derivada de la grabación y ulterior utilización en juicio de lo grabado por uno de los interlocutores.

En el análisis de los tipos penales regulados en los arts. 421 y 422 CP, en particular, como límite con el acto socialmente reprochable pero no constitutivo de infracción penal previsto en el art. 422 CP (anterior art. 426 CP), es reiteradísima la jurisprudencia que recuerda que se pretende reprimir los obsequios hechos al funcionario público, no como premio explícito a un acto anterior al cargo, sino como forma de ganar su favor o para predisponer su ánimo a favor del donante en el ejercicio futuro de su profesión recordando, en todo caso, *la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 14/2015, de 26 de enero*, la necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, expresada por la jurisprudencia: «...el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada» y recuerda que, si bien no es

tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones, la existencia de módulos sociales generalmente admitidos, en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuándo, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social debiendo atender al caso concreto, huyendo de la rigidez de fórmulas generales. En esta *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 14/2015, de 26 de enero*, se analiza particularmente la distinción entre las distintas figuras del cohecho pasivo impropio en relación con el siguiente supuesto: entre los meses de noviembre y diciembre de 2006, el acusado, presidente del Govern Balear, valiéndose de su posición, contactó con el administrador de la compañía mercantil «Hotel Valparaíso, S. A.», propietaria del Hotel Valparaíso de Palma, al que solicitó que le entregase a su esposa 3.000 euros cada uno de los meses del año 2007 y a efectos de aparentar que se trataban de ingresos legítimos, el acusado pidió al citado empresario que simulase un contrato de trabajo con su esposa, a través de la empresa de éste, de un año de duración, para recibir esos 3.000 euros mensuales bajo su apariencia. Dice la sentencia: «Ante la ascendencia que le otorgaba al acusado el ser presidente del Govern Balear y la capacidad de influencia que esto le suponía, el citado empresario se sintió comprometido y presionado ante su proposición y accedió a ella, sin que la esposa del acusado desplegara actividad alguna durante el año que se prolongó la simulación de dicha relación laboral».

El acusado, condenado por tal conducta, alega en su recurso de casación ante el Supremo que no es correcto el criterio mantenido por la sentencia recurrida en el sentido de considerar incluido en el art. 426 CP (actual art. 422 CP) tanto la aceptación como la solicitud por parte del funcionario, y que el provecho pueda ser propio o de tercero citando al efecto una sentencia (*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 684/2013, de 3 de septiembre*), que no resulta directamente aplicable, en tanto lo que se analiza en tal resolución judicial es la diferencia existente entre los entonces vigentes arts. 425 CP (actual art. 421 CP) y 426 CP (actual art. 422 CP). En todo caso, recuerda la resolución que examinamos que, en el cohecho pasivo impropio, basta para su consumación la recepción de la dádiva, sin que se precise la solicitud, pues ciertamente «el art. 426 (actual art. 422) no contempla la modalidad de “solicitud” del funcionario o autoridad, sino que se limita a sancionar a los que “admiten” el ofrecimiento», pero considerar que la solicitud seguida de entrega de la dádiva convierte el hecho en atípico, según pretende el condenado-recurrente, sería absurdo.

El segundo tema discutido, lo centra el recurrente en la identidad del beneficiario, diciendo que la dádiva no la recibió el acusado, sino su esposa. Pero en este punto es concluyente nuestra jurisprudencia (y la dicción literal del precepto aplicado) señalando que no se trata de que reciba la prebenda precisamente el acusado, sino quién se aproveche de la misma, y en este caso, tal aprovechamiento quedaba fuera de toda duda.

La *Sentencia núm. 323/2013, de 23 de abril, del TSJ de la Comunidad Valenciana* (caso *trajes de Camps*) puso fin a dicho procedimiento absolviendo a los acusados, bien

porque no se acreditó que los «regalos» fueran recibidos o bien porque fueron abonados por los acusados.

Los hechos probados de dicha sentencia se centran en los años 2005 a 2008 en los que tres empresarios, movidos por un interés común y con el fin de ganarse la amistad, el mejor trato y el favor de algunos funcionarios públicos y autoridades con importantes responsabilidades en altas instituciones y organismos de la Comunidad Valenciana, realizaron las gestiones necesarias para hacer llegar a éstos de forma continuada y en consideración particular a la naturaleza y el rango de sus cargos, determinados regalos para su uso personal, tales como trajes confeccionados a medida, calzado y otras prendas de vestir.

Se recuerda en la sentencia que los objetivos del particular que ofrece dádivas o regalos en consideración a la función, en general, están vinculados, hablando de manera coloquial, al «engrasamiento» (*sic*) general de la maquinaria burocrática administrativa por la vía del agradecimiento o complacencia de la autoridad o funcionario que los recibe, de manera que si el regalo se presenta y acepta de manera evidente, no en consideración a la función desempeñada por la autoridad o funcionario, sino, en virtud, por ejemplo, de relaciones familiares o amistosas, la acción quedaría fuera del ámbito típico del art. 426 CP 1995 (actual art. 422 CP), reconociéndose, no obstante, la dificultad de distinguir en la práctica cuándo el regalo se ha hecho por meras relaciones amistosas y no en consideración a la función.

Por regalo, señala la sentencia, habría que entender objeto de valor material (económico) más o menos grande «pero suficiente para descartar toda idea de afección», independiente de su valor económico. Concluye que, en caso de regalos cuya cuantía sea moderada o de lo que en los usos sociales se consideran forma habitual de relación amistosa, el precepto no debiera ser aplicado, por más que el regalo se realice en consideración a su función, por faltar la voluntad de corromper, no pudiendo hablarse en tales supuestos de retribución por un acto del cargo, sino de pequeños obsequios hechos a título de mera cortesía. Como fórmula orientadora, se acude al art. 54.6 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) al incluir, entre los deberes de los empleados públicos como principio de conducta: «Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal».

En todo caso, desde el punto de vista de la culpabilidad debe exigirse que el sujeto activo se comporte dolosamente: el funcionario o autoridad ha de poseer la voluntad libre y consciente de aceptar los regalos con conciencia o en la convicción de que éstos le son presentados por razón de su cargo.

3. Los delitos de tráfico de influencias

A través de los delitos de tráfico de influencias se trata, como en los casos anteriores, de dar respuesta a los abusos y procesos de contaminación intereses privados en la

actuación de los cargos públicos en demérito del correcto ejercicio de su función social, estableciéndose a través de estos tipos penales los mecanismos necesarios para garantizar su imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y, en definitiva, la probidad de su actuación. Se sancionan en estos tipos penales conductas dirigidas a ejercer u ofrecer influencia en un funcionario público, con un reproche penal de gran similitud con el delito de cohecho (en cuanto ambos comparten la finalidad de protección de la corrección de la actuación pública frente a cualquier ataque «corrupto» que se le dirija) del que se diferencia en que en este delito de tráfico de influencias no se presentan como instrumento para obtener la parcial actuación del funcionario las «dádivas o presentes». En este caso son las relaciones personales o jerárquicas entre particular/funcionario y funcionario las que sirven de instrumento para forzar la voluntad de este último que no ve, sin embargo, castigo alguno a su actuación.

El Código Penal en relación con dichas conductas tipifica tres clases de delitos: el cometido entre funcionarios públicos (delito interno), el cometido por particulares (delito externo), y los denominados despachos de influencias. En el año 2014 sólo nos encontramos con el dictado de una sentencia condenatoria en relación con dicho delito que analizamos a continuación: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.ª) Caso Palau de la Música. Sentencia de 28 de mayo de 2014*, que condena a los responsables de una fundación cultural de gran prestigio que se aprovechan de ello para modificar un plan urbanístico, que favorece económicamente a la misma, mediante la construcción de un hotel anejo al edificio que es su sede, si bien no se da la obtención de beneficio económico porque nunca se llegó a ejecutar la modificación urbanística al haber sido suspendida su tramitación y, ulteriormente, declararse caducada. Se absuelve, no obstante, al supervisor de la propuesta de modificación del Plan General Municipal (PGM) y al arquitecto director de la ejecución del hotel, que no se prueba que conociesen el propósito lucrativo que guiaba la actuación descrita que se despliega de la siguiente manera: la Fundación cuyos responsables son condenados, es una fundación benéfica de tipo cultural e inscrita en el Registro de Fundaciones de la Generalitat, cuya finalidad es la de estimular y fomentar toda clase de actividades culturales especialmente de tipo musical. Se trataba de una Institución Cultural de primer orden y de gran prestigio internacional, declarada patrimonio cultural por la UNESCO, auspiciada por el Ministerio de Cultura, la Generalitat, la Diputación de Barcelona y el Ayuntamiento de Barcelona. Los acusados, el presidente de la Fundación y el director de esa Fundación, que actuaba siempre bajo la supervisión del presidente, obrando en representación de la misma, «aprovechándose de esa ascendencia moral y de las ventajas que les proporcionaban sus respectivos cargos», lograron convencer a A y B (autoridades competentes para adoptar decisiones trascendentes en dicha materia), incidiendo en su voluntad, para que aprobaran de forma definitiva la modificación de un PGM, no motivada suficientemente en cuanto a su necesidad, oportunidad y conveniencia en relación al interés público por el que se guía la función pública del urbanismo y que generaba un beneficio económico directo para la institución cultural benéfica que representaban la Fundación y un beneficio económico indirecto para el

tercero que se había convertido en titular de las fincas y que iba a ser el constructor y gestor del futuro hotel.

En dicha sentencia y con cita de la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 657/2013, de 15 de julio*, se recuerda que dicho tipo penal (art. 429 CP) incluye todas las actuaciones que se traducen en influencias o motivaciones durante el proceso que lleva a dictar la resolución definitiva, entendiéndose acreditado en ese caso que los acusados, con sus actos de influencia pertinaz y continuada en el tiempo, consiguieron su objetivo: el dictado de una resolución favorable a sus intereses (si bien el tipo tan sólo exige «influir para conseguir», es decir, se comete aunque no se llegue a dictar la resolución). Esa resolución, para encajar en este tipo penal, no tiene por qué ser arbitraria o injusta y, mucho menos delictiva, aunque sí debe buscar un beneficio económico; y la pretendida en este supuesto (modificación puntual del PGM impulsada por la Fundación), de haberse ejecutado, llevaba ínsito, *ab-initio*, un beneficio económico directo para la Institución en nombre de la cual obraron los acusados (la Fundación) e indirecto para el tercero que construiría y gestionaría el hotel del Palau. Esta sentencia, no obstante, ha sido declarada nula por Sentencia del Tribunal Supremo hecha pública el 23 de marzo de 2015, al entender que no se había llevado a cabo una completa y correcta valoración de la prueba documental que llevó a la absolución de los responsables del PGM, primando, sin justificación suficiente, el valor de la prueba testifical practicada sobre la abundantísima documental obrante en autos. De esta manera, formulado recurso de casación por el Ministerio Fiscal se estimó el mismo y, confirmando la sentencia en cuanto a la condena de los responsables del Palau (que también recurrieron y vieron desestimadas sus pretensiones) obliga a la Audiencia de Barcelona a dictar nueva sentencia llevando a cabo una nueva valoración del total de la prueba documental aportada en el proceso que, anuncia el Tribunal Supremo, podría llevar a entender acreditada la responsabilidad penal de los precitados responsables de la modificación PGM.

III. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

«Con la finalidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia» el pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 21 de enero de 2015 y el Senado, en sesión de 13 de marzo de 2015, ha aprobado el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, llevando a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales con reformas orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal desde el punto de vista de la ejecución de las penas. En cuanto a la revisión técnica de la parte especial del Código Penal en relación con los delitos cometidos en el ámbito de la función pública destacan los siguientes: la administración desleal, insolvencias punibles, corrupción privada, malversación, corrupción de agentes públicos extranjeros, delitos de atentado y desobediencia y alteraciones del orden público.

Como novedad más sustancial, en relación con el *delito de malversación de caudales públicos*, destaca que en esta nueva regulación dicho tipo penal se pone en relación con el delito de administración desleal, regulado en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2015, dentro del Capítulo VI del Título XIII, en la nueva Sección 1.^a bis «de la administración desleal», en la que se incluye un artículo único (art. 252 CP), que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva y que se correlaciona con el delito de malversación de caudales públicos cometido por funcionario público (art. 432 CP).

La reforma aborda la delimitación, ya definida por nuestra jurisprudencia, entre las figuras delictivas de la apropiación indebida y la administración desleal, distinguiendo la conducta de quien incorpora a su patrimonio o ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble, que ha recibido con obligación de restituirla (cometerá un delito de apropiación indebida del art. 253 CP) y la de quien recibe, como administrador, facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, obligado a devolver otro tanto de la misma calidad y especie, y que lleva a cabo un acto de apoderamiento sobre la misma, dándole un destino distinto al propio (cometerá un delito de administración desleal del art. 252 CP); esta nueva regulación de la administración desleal obliga a la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación en cuanto ésta constituye, en realidad, una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

En este sentido, la reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos, incluyendo dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. De la misma manera que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal. Se incluye, además, un supuesto agravado aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad. Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los Tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas.

Como novedad se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP, una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero). Esta modificación se aprovecha para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de

estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas, previéndose la actuación del funcionario público «sobornado» en el art. 286 ter CP. En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código.

La regulación se completa con la inclusión de un tipo agravado aplicable en los casos de especial trascendencia, la regulación de los criterios de conexión que permitan extender la jurisdicción de los Tribunales españoles para perseguir esta forma de delincuencia y, en el caso del cohecho, la remisión a la nueva definición funcional de funcionario público introducida en el nuevo art. 427 CP (funcionarios europeos y de organismos internacionales).