

---

# Entidades locales y corrupción pública

Marina MÍNGUEZ ROSIQUE

*Profesora Ayudante de Derecho Penal*

*Universidad Autónoma de Madrid*

**Palabras clave:** Derecho penal; Administración pública; funcionario público; corrupción; prevaricación; malversación; fraude a la Administración.

**Keywords:** Criminal Law; public administration; civil servant; corruption; administrative prevarication; embezzlement of public funds; fraud against the public administration.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CASOS Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL AÑO 2017:

1. Prevaricación: 1.1. Compilación de doctrina jurisprudencial sobre el delito de prevaricación. 1.2. Prevaricación por omisión: 1.2.1. Delimitación con la infracción administrativa: la importancia del elemento subjetivo. 1.2.2. La omisión del procedimiento legalmente establecido. 1.3. Prevaricación urbanística. 2. Delimitación entre el delito de prevaricación administrativa y el delito de gestión interesada: elementos, bienes jurídicos y relación concursal. 3. Malversación: 3.1. El patrimonio de las sociedades mixtas a efectos penales. 3.2. El partícipe «extraneus». 4. Fraude a la Administración.—III. BIBLIOGRAFÍA RECIENTE.

## I. INTRODUCCIÓN

Por segundo año consecutivo, durante el año 2017 no ha tenido lugar ninguna reforma del Código Penal; una circunstancia que, por sorprendente que pueda parecer, solo ha ocurrido tres veces desde la aprobación del mismo en 1995 y que ha convertido al periodo actual en el más largo hasta la fecha sin reformas<sup>1</sup>. En cualquier caso, no debe olvidarse que ciertos aspectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, guardan relación con el ámbito penal.

---

<sup>1</sup> El Código Penal de 1995 ha sido reformado en 30 ocasiones. Los únicos años en los que no ha tenido lugar una reforma del Código Penal han sido 1996, 1997, 2001, 2008, 2009, 2013, 2014, 2016 y 2017.

En primer lugar, resultan de especial interés las disposiciones relacionadas con la prohibición de contratar y los programas de *compliance*. A este respecto, ya en el año 2015 se modificó la normativa entonces vigente<sup>2</sup> de manera que ciertas condenas de carácter penal a (también) personas jurídicas se convirtieron en una causa de inhabilitación para contratar con el sector público. La actual LCSP, que entró en vigor el pasado día 9 de marzo de 2018, establece las prohibiciones de contratar en su art. 71, y, entre ellas, se incluyen el haber sido condenado por determinados delitos [apdo. *a*] y el haber sido sancionado por determinadas infracciones de carácter grave o muy grave [apdo. *b*]. En relación con el primer apartado, la prohibición de contratar alcanza tanto a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables como a aquellas cuyos administradores o representantes, de hecho o de Derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, hayan sido condenados mediante sentencia firme por determinados delitos<sup>3</sup> o hayan sido condenados a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. En consecuencia, las personas jurídicas deben ser precavidas a la hora de contratar, promocionar o incorporar a directivos o miembros de los órganos de administración, pues estos pueden «transmitir» a la empresa dicha prohibición de contratar con la Administración.

Por su parte, el art. 72.5 de la LCSP incorpora dos nuevos párrafos al antiguo art. 61.5 del TRLCSP, relacionados con la posibilidad de que no se declare esta prohibición de contratar o de revisar la misma en el caso de haber sido sancionado por determinadas infracciones administrativas<sup>4</sup> [art. 71.1. *b*]. Así, el primero de estos dos apartados establece que no procederá declarar la prohibición de contratar en aquellos casos en los que, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en esta prohibición acredite: 1) el pago (o compromiso de pago) de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución de las que derive dicha prohibición, y 2) la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar futuras infracciones. Por otro lado, el segundo apartado establece que esta prohibición de contratar podrá ser revisada en cualquier momento cuando se acredite el cumplimiento de los extremos del párrafo anterior. Así, la regulación actual reconoce como derecho de aquellos incurso en una causa de prohibición de contratar la posibilidad de aplicar medidas de autoseaneamiento o *self-cleaning* para evitar o levantar dicha prohibición (siempre que el órgano competente —el mismo que dictó la resolución de

---

<sup>2</sup> Art. 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>3</sup> Delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

<sup>4</sup> Debe remarcar que esta opción solo se prevé respecto de sanciones administrativas y no respecto de condenas de carácter penal —posibilidad esta última que, si bien inicialmente también fue planteada (cfr. Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 2 de diciembre de 2016), finalmente fue descartada (cfr. Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 10 de agosto de 2017)—.

declaración de prohibición de contratar— lo considere suficiente y adecuado). Por todo lo aquí expuesto, puede afirmarse que cobran gran importancia, por sus efectos positivos, los programas de cumplimiento normativo o *compliance*.

De otra parte, merece la pena señalar el nuevo art. 118 de la LCSP, referido al expediente de contratación en contratos menores. En virtud de este precepto no solo se reduce el umbral máximo previsto en el TRLCSP de los 50.000 euros a los 40.000 euros en los contratos de obras y de 18.000 euros a 15.000 euros en los contratos de suministro o servicios, sino que, en su tercer apartado, este artículo establece la obligación de que en el expediente se justifique: 1) que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y 2) que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, de manera conjunta o individual, superen el umbral máximo referido. Con ello, se pretende evitar el fraccionamiento de los contratos; una práctica irregular lamentablemente habitual que resulta penalmente relevante, pues, tal y como ha reiterado el Tribunal Supremo (*vid. infra*), la prescindencia del procedimiento legalmente establecido puede constituir, por sí misma, un delito de prevaricación.

## II. CASOS Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL AÑO 2017

### 1. Prevaricación

#### 1.1. *Compilación de doctrina jurisprudencial sobre el delito de prevaricación*

En la STS 548/2017, de 12 de julio, el Tribunal Supremo confirmó la condena impuesta al exalcalde-presidente del Ayuntamiento de Humanes de Madrid por un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación. Los hechos del caso refieren que, en septiembre de 2008, el administrador de una autoescuela solicitó reserva y uso de espacio público para práctica de actividades relacionadas con su negocio, siendo esta utilización concedida y encontrándose gravada por tasas municipales que no fueron abonadas, iniciándose la vía de apremio por tasas impagadas. En febrero de 2010, el entonces alcalde y el mencionado administrador de la autoescuela acordaron suscribir contrato de prestación de servicios para la impartición de un curso de seguridad vial en los colegios públicos de la localidad, con la finalidad de que el ayuntamiento realizase el pago acordado sin prestación de servicio alguno. Tras ello, el administrador solicitó la compensación de créditos (el débito en su contra, consecuencia del impago de tasas, y el abono de la factura del ayuntamiento), siendo esta compensación concedida en abril de 2010. Señala el Tribunal Supremo que todo ello conformó un montaje que se inició con la finalidad de condonar una deuda a costa de las arcas municipales, con la fabricación de un contrato irregular<sup>5</sup> suscrito entre el alcalde y el administrador de la autoescuela.

---

<sup>5</sup> La irregularidad consistió en crear un contrato para un servicio que no se iba a prestar para justificar el pago de una factura ficticia que no obedecía a dicho servicio.

En su razonamiento, la sentencia ofrece una compilación de la doctrina jurisprudencial de la Sala 2.<sup>a</sup> sobre el delito de prevaricación, que pasa a resumirse a continuación.

En primer lugar, para apreciar la existencia del delito de prevaricación recogido en el art. 404 del CP es necesario: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario público en asunto administrativo; 2) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal, pudiendo esta contradicción manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el contenido sustancial de la resolución; 3) que esa contradicción con el Derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto, y 5) 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.

En relación con el elemento objetivo, las resoluciones administrativas serán prevaricadoras cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o cuando muestren una desviación o torcimiento del Derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea apreciable el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal. Asimismo, se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, que tendrá lugar cuando la autoridad o el funcionario dicten una resolución que sea pura y simplemente producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Así, cuando se actúe de este modo y el resultado sea una injusticia (una lesión de un derecho o del interés colectivo), se realizará el tipo objetivo de la prevaricación administrativa. En cualquier caso, no basta la simple contradicción con el Derecho, sino que es necesario un plus que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas de las conductas constitutivas de infracción penal: la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. Estas condiciones aparecen 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, 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 admitidos. En estos casos, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario no orienta su resolución al funcionamiento de la Administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

En cuanto al elemento subjetivo, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. El Código Penal de 1995 recogió lo ya expresado por la doctrina jurisprudencial anterior al calificar como «arbitrarias» las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir, aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón o las leyes dictados solo por la voluntad o el capricho.

Por último, por «resolución» se entiende todo acto de contenido decisorio que resuelve sobre el fondo de un asunto con eficacia ejecutiva: cualquier acto administrativo

que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno.

Por otro lado, en la *STS 729/2017, de 10 de noviembre*, el Tribunal Supremo se pronunció sobre los hechos acontecidos en el Concello de Melide (La Coruña). En el año 2008, la alcaldesa firmó un convenio de colaboración con la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia con el objeto de instalar una depuradora en esta localidad. En virtud del mismo, la Consellería aportaría el 75 por 100 del importe total de la obra, estableciéndose, entre otras cláusulas de resolución, que este convenio se resolvería por el transcurso de un determinado plazo sin que se hubiesen ejecutado las obras. La obra apenas había sido comenzada cuando, transcurrido el plazo establecido, y tras un requerimiento de la administración autonómica solicitando una determinada certificación para poder liberar los fondos y comprobar la ejecución de las obras, se procedió a la firma del contrato, emitiendo al día siguiente el director de obra una certificación en la que afirmaba que se habían ejecutado obras por casi el importe total previsto. Dicha certificación, en la que se incorporaba una descripción detallada de las partidas, fue firmada por la alcaldesa, el director de obra y el representante de la empresa, siendo posteriormente incorporada al expediente —creyéndose esto necesario para no perder la aportación de la Consellería—. La empresa, asimismo, elaboró una factura por dicho importe para justificar que había cobrado dicha cantidad del Concello, pese a que dicha cantidad realmente no había sido desembolsada. El expediente administrativo siguió su tramitación, si bien la interventora del ayuntamiento emitió un informe de reparo con efectos suspensivos respecto de la aprobación de los documentos mencionados (la certificación y la factura), alegando que se habían omitido requisitos y trámites esenciales. Ante esta circunstancia, la alcaldesa dictó un decreto afirmando que la obra había sido realizada (a sabiendas de que no había sido así), y acordando, en consecuencia, dejar sin efecto la suspensión del expediente y aprobar tanto la certificación como la factura, todo ello con plena conciencia de la ilegalidad de su conducta y habiendo sido advertida de las consecuencias. Pese a esta maniobra, el Concello de Melide no desembolsó cantidad alguna con cargo a esta obra ni recibió subvención alguna por ella, siendo finalmente resuelto el convenio por la Consellería. La alcaldesa de Melide fue condenada por falsedad en documento oficial y prevaricación; una condena que fue confirmada por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

En su recurso, la alcaldesa sostuvo que no podía sustentarse que el Decreto se hubiere dictado «a sabiendas de su injusticia», pues lo que pretendía con él era que no se perdieran los fondos que garantizarían que se construyera una infraestructura que todos los miembros de los órganos de gobierno local consideraban imprescindible. El Tribunal Supremo consideró que en el caso concreto se apreciaba una aplicación radicalmente torcida del Derecho, así como que la recurrente era plenamente consciente de la desviación jurídica de su decisión, pues no puede calificarse de otro modo el hecho de que certificara la realización de una costosa obra inexistente, o que aceptara como abonada una factura con una causa tan irreal como su pago para, con conocimiento de estas

circunstancias, dictar un Decreto en el que se insistía en la veracidad de lo inexistente (reactivándose así un expediente administrativo que había sido paralizado por la intervención municipal como consecuencia de esta falsedad). Así, si bien la alcaldesa tomó la decisión en el ejercicio de una facultad que le correspondía, esta potestad se ejerció con pleno conocimiento de que se conculcaba el convenio que regía la concesión de la subvención y con la intención de que el expediente administrativo condujera al pago de una subvención pública, pese a concurrir las circunstancias previstas para su impago.

Asimismo, el Tribunal Supremo recordó en esta sentencia que el delito de prevaricación administrativa sanciona conductas relacionadas por aquellos que forman parte de los órganos administrativos, con capacidad resolutoria, y dentro del ámbito propio de funcionamiento de la Administración pública. El bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución, en consideración a sus arts. 103 (obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho) y 106 (sometimiento al principio de legalidad de la actividad administrativa, con absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines).

Por otro lado, en relación con la delimitación entre el ámbito administrativo y el penal, la Sala volvió a señalar en esta ocasión que la mera ilegalidad de la decisión no es suficiente para integrar el delito de prevaricación. De hecho, las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que sea precisa la aplicación del Derecho penal, que queda restringido a los casos más graves: aquellos en los que la resolución arbitraria comporte una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, y que se caracterice por la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho.

## 1.2. *Prevaricación por omisión*

### 1.2.1. Delimitación con la infracción administrativa: la importancia del elemento subjetivo

En el año 2017, el Tribunal Supremo reafirmó su posición con respecto a admitir la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión. En este sentido encontramos la *STS 82/2017, de 13 de febrero*, que, entre otros extremos, desestima el recurso interpuesto por el alcalde de Arona (Santa Cruz de Tenerife), confirmando así su condena por un delito continuado de prevaricación. En esta ocasión, el alcalde de la localidad, teniendo pleno conocimiento de que se estaban realizando obras de gran entidad sin la licencia necesaria en uno de los hoteles más relevantes de la localidad, y sabiendo que dicha licencia no podía concederse legalmente, permitió que estas obras continuasen durante casi un año (hasta su práctica terminación) sin acordar la paralización de las mismas, con plena consciencia de la injusticia de su decisión.

En relación con la pasividad del sujeto, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión en aquellos casos en los que resulte imperativo para el funcionario dictar una resolución, pues la prevaricación se configura como un delito de infracción de deber que se consuma por acción u omisión al apartarse la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad (siendo esta actuación, por tanto, arbitraria). Para que la omisión constituya el comportamiento típico de este delito, la autoridad o funcionario debe verse impedida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano (y el silencio equivalga legalmente a la denegación de la petición) o bien porque exista una norma que, de forma imperativa, imponga la adopción de una resolución (y la Administración haya realizado alguna actuación tras la que resulte legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que su omisión equivalga a una resolución denegatoria, implicando un reconocimiento o denegación de derechos). En el caso que aquí se refiere, nos encontramos ante esta segunda posibilidad: el Ayuntamiento de Arona había realizado una inspección urbanística en el hotel, comprobando que las obras no se ajustaban a la licencia solicitada, y había abierto un expediente de actuaciones previas por infracción urbanística que finalmente quedó paralizado por la inactividad del alcalde<sup>6</sup>.

El Tribunal Supremo rechazó que esta conducta supusiera una mera irregularidad administrativa, señalando que se cumplían todos y cada uno de los elementos del delito de prevaricación, y apuntando que lo que calificó la conducta del alcalde como comportamiento penalmente sancionable y no como una mera ilegalidad administrativa fue la concurrencia del elemento subjetivo: su actuación a sabiendas de que, de manera arbitraria, estaba cometiendo un acto de injusticia. Así, la sentencia reitera una vez más la idea de que el elemento subjetivo —la clara conciencia de la arbitrariedad o ilegalidad— es determinante para diferenciar entre un ilícito administrativo y una conducta penalmente relevante. En este sentido, la prueba del elemento subjetivo exige constatar que concurren indicios que expliquen el carácter espurio de la resolución.

### 1.2.2. La omisión del procedimiento legalmente establecido

La *STS 188/2017, de 23 de marzo*, entre otros extremos, confirma la condena del por aquel entonces primer teniente de alcalde, coordinador general del Área de Política Territorial, delegado de Urbanismo y vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera (Cádiz), quien, aprovechándose de su situación, había ideado y llevado a cabo una serie de actuaciones para que una Hermandad rociera pudiera reformar la casa que tenía en la Aldea del Rocío (Almonte,

---

<sup>6</sup> A mayor abundamiento, el art. 176 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias establece que, cuando un acto de construcción o edificación sujeto a previa licencia urbanística se lleve a cabo sin contar con la misma, el alcalde deberá acordar la inmediata suspensión de la obra.

Huelva) con cargo a las arcas municipales. En concreto, este primer teniente de alcalde, con la aceptación del gerente de la Gerencia Municipal de Urbanismo, decidió que la reforma de la casa de la Hermandad se financiara mediante la facturación falsa de obras (fraccionadas para que fueran menores) de los Planes Especiales que dependían de la Gerencia Municipal de Urbanismo, destinándose así el dinero previsto para las mismas a la reforma de la casa de la Hermandad. Por estos hechos fue condenado por prevaricación, falsedad en documento mercantil y fraude a la administración, recurriendo al Tribunal Supremo. En relación con el delito de prevaricación que aquí nos ocupa, el recurrente adujo en su recurso que se había aplicado indebidamente el art. 404 del CP, alegando que no existía resolución administrativa alguna que pudiera considerarse ilegal, pues ni existían las obras que pretendían adjudicarse y cuyo importe iba a utilizarse para reformar la casa de Almonte, ni existió un fraccionamiento de las obras a realizar, ni existió resolución administrativa alguna que acordara la adjudicación.

La sentencia de instancia había considerado que la resolución administrativa arbitraria fue el encargo verbal de las obras de mejora en unas barriadas de Jerez a una empresa constructora, extremo que fue confirmado por el Tribunal Supremo. Con respecto al concepto de resolución que exige el tipo de prevaricación, este Tribunal ha manifestado en reiteradas ocasiones que dicho término no ha de entenderse de manera rígida y formal, admitiéndose también los actos verbales. Así, ha señalado que ha de entenderse por resolución cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno, así como los denominados actos de trámite que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva.

El Tribunal Supremo también ha apuntado en diversas ocasiones que una de las más evidentes manifestaciones del delito de prevaricación es la vía de hecho, omitiendo cualquier atisbo de procedimiento. Esta prescindencia de procedimiento será penalmente relevante si lo que se pretende es eliminar los mecanismos establecidos para asegurar que la decisión se sujeta a los fines que la ley señala para la actuación administrativa concreta. Así, podrá apreciarse la existencia de una resolución arbitraria cuando la omisión de estas exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el 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, 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. Y es que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden, acierto y justicia en las resoluciones de la Administración.

### 1.3. Prevaricación urbanística

La prevaricación administrativa recogida en el art. 404 del CP se configura como un tipo residual, pues resulta desplazado cuando la conducta en él descrita se realiza en ámbitos determinados, como la ordenación del territorio (art. 320 del CP), el patrimonio histórico (art. 322 del CP) o el medio ambiente (art. 329 del CP). Las penas previstas para estas modalidades específicas añaden penas tanto de prisión como multa a las penas previstas en el art. 404 del CP (pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años). Esta importante agravación se debe a que estos tipos penales protegen, además del correcto funcionamiento de la función pública, los mencionados bienes jurídicos. En concreto, la prevaricación en el ámbito urbanístico (art. 320 del CP) es la que lleva asociada una pena mayor, pues el marco penal previsto es de un año y seis meses a cuatro años de prisión, y de doce a veinticuatro meses de multa.

En el año 2017, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este precepto en su *STS 575/2017, de 19 de julio*, confirmando la condena al exalcalde de Madroñera (Cáceres) por la comisión de un delito continuado de prevaricación urbanística. En este caso, cuando el condenado se encontraba al frente del ayuntamiento, concedió múltiples licencias de obra que, aparentemente, tenían por objeto la construcción de diversas edificaciones para uso agrícola o ganadero, pero sin respetar el proceso establecido (inexistencia de —o defectos en la— memoria valorativa o proyecto técnico, inexistencia de informe real del arquitecto municipal sobre la adecuación del Proyecto a la legalidad, inexistencia de informes jurídicos en contravención del art. 4.2 del RDU, e inexistencia de actuaciones de control sobre la adecuación de la obra realizada a la licencia concedida). A mayor abundamiento, en todas estas concesiones las construcciones se encontraban en terreno no urbanizable y, además, tras la concesión, se habían efectuado obras distintas (en la mayoría de los casos, viviendas residenciales). El exalcalde fue condenado en virtud de la antigua redacción del art. 320.2.º del CP, que castigaba a «la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia»<sup>7</sup>, y, tras su recurso por la indebida aplicación de este precepto, el Tribunal Supremo se remitió a lo establecido en la sentencia de instancia, señalando que la omisión de los controles debidos, establecidos para asegurar el cumplimiento de las normas de ordenación territorial y urbanística vigentes, supone el otorgamiento de las licencias de obras a sabiendas de su injusticia, 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

---

<sup>7</sup> Desde 2010, este precepto explicita que se castigará a «la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia».

que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución».

Ya en relación con el precepto vigente desde el año 2010, encontramos la *SJP Puerto del Rosario (Las Palmas)-2 324/2017, de 30 de noviembre*, que condena por este delito al alcalde de Tuineje (Las Palmas). En este caso, tras los informes desfavorables a la concesión de una licencia por parte del arquitecto municipal y de los servicios jurídicos, y tras la denegación de esta licencia por parte de la concejala delegada de urbanismo (y la desestimación de un recurso de la empresa solicitante), el alcalde de Tuineje, con pleno conocimiento de estas circunstancias, se había avocado la competencia de la concejala de urbanismo mediante decreto y había concedido la licencia solicitada.

## **2. Delimitación entre el delito de prevaricación administrativa y el delito de gestión interesada: elementos, bienes jurídicos y relación concursal**

En la *STS 60/2017, de 7 de febrero*, el Tribunal Supremo abordó la cuestión de la delimitación y la posible relación entre el delito de prevaricación administrativa (art. 404 del CP) y el delito de gestión interesada (art. 439 del CP) a propósito de los varios hechos constitutivos de delito que tuvieron lugar en el Ayuntamiento de Puerto Serrano (Cádiz) entre los años 2007 y 2011. En dicho caso, el alcalde y el primer teniente de alcalde de esta localidad, prevaleciendo de su participación en los procedimientos de adjudicación que se tramitaban en dicho ayuntamiento, habían celebrado una serie de contratos menores de suministro de flores, plantas y artículos de papelería con el establecimiento regentado por la esposa del alcalde, pese a las advertencias recogidas en múltiples informes, realizados por hasta cuatro secretarios-interventores del ayuntamiento en los que se ponía de manifiesto la nulidad de dicha contratación por la prohibición de contratar que concurría en la esposa del alcalde. El alcalde fue condenado como autor responsable de los delitos continuados de prevaricación y gestión interesada; el teniente de alcalde, como autor de un delito continuado de prevaricación y como cooperador necesario de un delito de gestión interesada; y, por último, la esposa del alcalde fue condenada como cooperadora necesaria de un delito continuado de gestión interesada. El primero de los motivos del recurso del regidor de Puerto Serrano consideraba indebidamente aplicado el art. 439 del CP, lo que llevó al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre los elementos típicos tanto de este delito como del art. 404 del CP, sobre los bienes jurídicos protegidos por ambos, y sobre su relación concursal.

Para ello, en primer lugar, reiteró una vez más que *el delito de prevaricación exige*: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que dicha 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; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto, y 5) 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.

Por otro lado, el Tribunal Supremo estableció que *el delito de gestión interesada exige*: 1) que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación; 2) que el sujeto, abusando o aprovechándose de las funciones públicas que ejerce, tome interés en dicho contrato, que casualmente tendrá naturaleza económica (aunque puede referirse a cualquier otra compensación privada), y se inmiscuya en él para obtener un beneficio, y 3) que el dolo consista en la voluntad concreta de asumir a la vez su intervención como cargo público y como interesado en la operación, no siendo necesario que haya engaño o lucro, por tratarse de un delito de mera actividad. Así, este delito se configura como un delito de infracción de deber, pues se sanciona el incumplimiento de un deber de abstención e incompatibilidad del funcionario que se deriva del deber de imparcialidad que define la actuación de la Administración (art. 103 del CP). Tal y como ha señalado jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, el art. 439 del CP no exige como presupuesto un taxativo y preciso deber de abstención que se encuentre recogido en la normativa funcional, pues no se trata de una norma penal en blanco; la conducta prohibida consiste en aprovecharse del cargo público desempeñado, poniéndolo al servicio de intereses personales.

La Sala 2.<sup>a</sup> dio la razón al recurrente en lo relativo a que en su comportamiento se encontraban comprendidos simultáneamente los elementos fácticos tanto del art. 439 del CP como del art. 404 del CP. Sin embargo, negó que este debiera ser absuelto del delito de gestión interesada, puesto que, pese a tratarse de los mismos hechos cometidos por el mismo autor, ambos delitos protegen bienes jurídicos diferentes, debiéndose acudir al art. 77 (1 y 2) del CP. Así, en relación con la gestión interesada, la sentencia establece que este delito pretende defender el interés de la Administración pública (más moral que patrimonial), así como preservar la integridad y rectitud del funcionario, o incluso la moralidad en la actuación de este: trata de proteger el patrimonio público del peligro que supone la duplicidad de posiciones del funcionario cuando actúa simultáneamente como gestor de la Administración y como particular interesado en el negocio. Por otro lado, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación (art. 103 del CP): la sanción de esta conducta garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. Por ello, el bien jurídico resulta lesionado con el dictado de la resolución arbitraria, pues queda menoscabado el ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios exigibles por la Constitución, no siendo necesario que la resolución injusta se ejecute y materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración.

En supuestos como el que motivó esta sentencia, la conducta que integra el delito de prevaricación se materializa en conductas ilícitas también previstas como delictivas en el art. 439 del CP, razón por la que el delito de prevaricación no abarca y absorbe este segundo delito. El art. 77 del CP establece que, en los casos de concurso ideal, se castiga al autor con la pena más grave de las previstas en su mitad superior, salvo que la suma de las penas por separado resulte más beneficiosa para el reo. En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo afrontó la dificultad a la hora de determinar la pena a imponer, pues, si bien la pena de inhabilitación especial prevista para la prevaricación es considerada una pena grave (art. 33 del CP), el delito de gestión interesada lleva aparejada varias penas menos graves, pero entre las que se encuentra la pena de prisión, lo que le otorga una mayor gravedad. A este respecto, debe recordarse aquí que, en aquellos casos en los que existan dudas, debe oírse al reo, aplicándose analógicamente lo dispuesto en el art. 2 del CP para la retroactividad.

### 3. Malversación

#### 3.1. *El patrimonio de las sociedades mixtas a efectos penales*

En mayo de 2017, el Tribunal Supremo abordó la cuestión referida a la determinación del carácter del patrimonio de las sociedades mixtas, es decir, de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u organismos públicos. En este sentido, en su *Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2017* señaló que los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de estas sociedades deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación recogido en el art. 432 del CP siempre y cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad o mayoritariamente por las personas públicas mencionadas o cuando la misma pueda ser considerada como pública en función de las circunstancias concretas. A estos efectos, pueden valorarse, entre otras, las siguientes circunstancias: 1) que su objeto sea la prestación de servicios públicos o que participen del sector público; 2) que la sociedad se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones públicas, o 3) que la sociedad haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante para desarrollar su objeto social y actividad.

Este acuerdo fue referido en la *STS 606/2017, de 7 de septiembre*, que confirmó la condena por malversación del exteniente de alcalde de Marbella (Málaga). Los hechos del caso establecen que el condenado, como presidente del Consejo de Administración de una sociedad municipal del Ayuntamiento de Marbella, eludió fiscalizar las obligaciones asumidas y pagadas por esta ante terceros, permitiendo así que se desviarán fondos de las arcas municipales y pagando facturas de trabajos ficticios por un importe superior a 13.000.000 de euros.

### 3.2. *El partícipe «extraneus»*

La STS 651/2007, de 3 de octubre, confirma las condenas del alcalde y de un constructor de Letux (Zaragoza) por los hechos acontecidos durante los años 2008 y 2009 en dicha localidad. En los hechos del caso se establece que el alcalde autorizó el pago de facturas duplicadas (e incluso triplicadas) presentadas por un constructor al que habían sido adjudicadas unas obras en dicho municipio. El constructor fue condenado por un delito continuado de falsedad en documento mercantil a título de autor y por un delito continuado de malversación como cooperador necesario, delito este último por el que también fue condenado el alcalde a título de autor.

El constructor argumentó en su recurso que ni reunía la condición de funcionario ni tuvo en ningún momento a su disposición dinero o caudales públicos, razón por la que no pudo realizar el tipo de malversación. El Tribunal Supremo sostuvo que, si bien la malversación se configura como un delito especial, ello no implica que no pueda castigarse la aportación del *extraneus*, pues, en estos delitos, existiendo un autor, nada impide la participación a título de cooperador necesario (quien no realiza la acción típica, pero interviene en el hecho del autor). Así, en la sentencia se recuerda que, si bien el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación o la malversación, sí puede realizar los tipos de participación (inducción y cooperación necesaria) que se equiparan a la autoría a efectos penales, sin menoscabo alguno del principio de legalidad. En este sentido, la sentencia señala que el art. 65.3 del CP establece en estos supuestos la evitación de la ruptura del título de imputación, permitiendo asimismo atenuar la pena prevista. Por todo ello, la Sala 2.<sup>a</sup> consideró que la participación del constructor resultó bien calificada, pues, pese a carecer de la condición de funcionario y no tener disponibilidad de caudales públicos, responde como cooperador necesario de acuerdo con su conducta de concertación con el alcalde para que se pagaran las sucesivas facturas que él mismo había emitido por duplicado o triplicado.

## 4. Fraude a la Administración

En la STS 63/2017, de 8 de febrero, la Sala 2.<sup>a</sup> se pronunció sobre el caso de la venta de la antigua estación de autobuses de Jerez de la Frontera (Cádiz). Los hechos del caso establecen que el gerente de la empresa municipal del suelo de Jerez (EMUSUJESA) y el por aquel entonces primer teniente de alcalde y delegado de Urbanismo, Infraestructura y Vivienda (y también vicepresidente de dicha empresa municipal) se pusieron de acuerdo para favorecer intereses particulares en perjuicio de la Administración durante el proceso de venta de esta antigua estación. En primer lugar, el ayuntamiento vendió dicho bien de manera razonada y procedente a la mencionada empresa pública. Si bien se trataba de un precio inferior al de mercado, dicho aspecto no resultaba tan relevante en esta instancia, al tratarse de una venta entre la Administración y una empresa de capi-

tal municipal. Sin embargo, lo cierto es que esta compraventa era la primera operación de un proceso de venta sucesiva a una segunda y a una tercera empresa inmobiliaria en un proceso plagado de irregularidades. Así, se realizó una venta de un bien que no había sido desafectado del servicio público (y que había sido tasado y valorado afectado a un destino), se declaró un precio de valor de reposición sin la desafección (circunstancia que habría repercutido en el precio de venta), y todo ello tuvo lugar sin establecer garantías ni respetar las exigencias de publicidad y libre concurrencia (pues, pese a concurrir varias ofertas, todas ellas fueron remitidas por los socios de una misma inmobiliaria, utilizando a testaferros para simular competencia). Como consecuencia de todo ello, el ayuntamiento dejó de percibir una importante cantidad de dinero, favoreciéndose intereses propios en perjuicio de la Administración. La Audiencia Provincial de Cádiz condenó a los sujetos mencionados como autores responsables de los delitos de prevaricación en concurso medial con el delito de fraude a la Administración, siendo condenados también por estos delitos los socios de la inmobiliaria y los testaferros a título de cooperadores necesarios.

En relación con el delito de fraude a la administración, el Tribunal Supremo reiteró que la tipicidad exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la Administración, no siendo precisa la existencia de un perjuicio concreto —tal y como sucede con la estafa—, pues basta con que los funcionarios públicos persigan dicha finalidad. Resulta, por tanto, indiferente para su consumación que el funcionario se haya enriquecido o que se haya dañado el patrimonio público: el delito queda consumado con el quebrantamiento de los deberes especiales del funcionario, generándose un peligro para el patrimonio del Estado. A efectos de prueba, la Sala 2.<sup>a</sup> señaló que la venta por un precio inferior al procedente puede acreditar la concurrencia de esta finalidad, pero también señaló que su existencia no es necesaria, apuntando que puede darse el caso de que, aun persiguiendo esta finalidad defraudatoria, por otras causas, el precio satisfecho sea superior al de mercado y se cumplan los elementos del tipo (pues lo relevante es dicho propósito y el riesgo generado)<sup>8</sup>. En conclusión, y según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la tipicidad de este delito se alcanza con «la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de artificios con la finalidad de llevarlo a cabo». El Tribunal Supremo confirmó las condenas impuestas por la Audiencia Provincial a los miembros del ayuntamiento y a los empresarios (si bien redujo la pena de inhabilitación impuesta a estos últimos como consecuencia de una modificación del Código Penal). Por otro lado, absolvió a los testaferros, pues se consideró que su colaboración supuso un aporte no esencial dirigido a ayudar a los empresarios, que no eran sino unos «no funcionarios» que no podían ser autores, pero sí cooperadores necesarios (pues el Código Penal no incorporó al particular como sujeto activo del delito de fraude a la Administración hasta el año 2010, con posterioridad a los hechos del caso).

---

<sup>8</sup> De nuevo, a diferencia de lo que sucede con el delito de estafa, en el que la no acreditación del valor de mercado como valor distinto al de venta a terceros impide la subsunción de la conducta en este delito al no acreditarse la causación del perjuicio.

También en relación con el delito de fraude a la administración, y en idéntico sentido, se encuentra la ya mencionada *STS 188/2017, de 23 de marzo*, que confirmó la condena del por aquel entonces primer teniente de alcalde, coordinador general del Área de Política Territorial, delegado de Urbanismo y vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera (Cádiz), quien, aprovechándose de su situación, había ideado y llevado a cabo una serie de actuaciones para que una Hermandad rociera pudiera reformar la casa que tenía en la Aldea del Rocío (Almonte, Huelva) con cargo a las arcas municipales. En aquel caso, tal y como se ha referido anteriormente (*vid. supra* II.1.2.2), se llevó a cabo una contratación no formalizada documentalmente en virtud de la cual se acordó pagar con cargo al erario público una obra privada de manera fraudulenta (simulación de obras que no existían y fraccionamiento de contratos), evitándose así que la Administración activara los controles oportunos. El Tribunal Supremo confirmó la presencia de todos los elementos del tipo: una contratación pública, intervención en la misma de funcionarios públicos, un concierto con el interesado (el Hermano Mayor de la Hermandad y el contratista o empresario favorecido) y una Administración defraudada, afectada por la maquinación de estos sujetos. Nuevamente recuerda aquí el Tribunal Supremo que el delito de fraude a la administración del art. 436 del CP es un delito de mera actividad que se consuma en el momento mismo en el que se produce el concierto entre los sujetos intervinientes. Así, resulta irrelevante que en el caso concreto no se hubiera consumado un perjuicio para el erario como consecuencia de la celebración de elecciones y la entrada de una nueva corporación municipal.

### III. BIBLIOGRAFÍA RECIENTE

Durante el año 2017 se han publicado varios libros colectivos en los que se ha abordado el fenómeno de la corrupción desde una perspectiva penal. En primer lugar, encontramos «Corrupción y delito: aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada» (dirs. CASTRO MORENO y OTERO GONZÁLEZ, Dykinson, 2017). Además de contribuciones sobre indultos, blanqueo y perspectiva comparada, en dicho volumen se encuentra un artículo específico sobre el delito de prevaricación urbanística, «El buen gobierno del territorio: una aproximación al delito de prevaricación urbanística» (GARROCHO SALCEDO), en el que se realiza un detallado y exhaustivo análisis sobre este delito. El segundo de estos volúmenes monográficos sobre corrupción es «La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal» (dir. PUENTE ABA, Comares, 2017). En la segunda parte de este monográfico se recogen diversas contribuciones sobre delitos concretos vinculados con la corrupción, entre los que destacan, en lo que al objetivo de estas páginas se refiere, los referidos a las tres modalidades específicas del delito de prevaricación: «La prevaricación urbanística: análisis de los principales supuestos problemáticos de su aplicación» (PUENTE ABA), «El tipo especial de prevaricación en el ámbito del patrimonio histórico: análisis normativo, jurisprudencial

y valorativo del art. 322 del código penal» (RODRÍGUEZ MORO) y «El delito de prevaricación medioambiental. Cuestiones problemáticas en el marco de la inspección» (FUENTES LOUREIRO). De otro lado, encontramos el libro «Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho» (dirs. QUERALT JIMÉNEZ y SANTANA VEGA, Tirant lo Blanch, 2017). Además de contar con una segunda parte centrada en la corrupción pública en general, en dicho volumen pueden encontrarse trabajos referidos a la corrupción en la contratación pública («La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos: ¿realidad o fantasía?», MEDINA ARNÁIZ), o a las consecuencias jurídicas de la corrupción en el sector público («La alternativa entre ejecutar o suspender la ejecución de las penas impuestas por “delitos de corrupción pública”», CARDENAL MONTRAVETA), así como una quinta parte dedicada a la perspectiva comparada. Por último, en «Regeneración democrática y estrategias penales contra la corrupción» (dirs. GÓMEZ RIVERO y BARRERO ORTEGA, Tirant lo Blanch, 2017), se encuentran artículos como «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido» (GÓMEZ RIVERO), «Contratación pública y corrupción: a la búsqueda de la regeneración democrática mediante la transparencia y la integridad» (MELLADO RUIZ), o «Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho pasivo impropio del artículo 422 CP» (GARCÍA ARROYO).

Por otro lado, durante el último año también se han publicado numerosos artículos o contribuciones tanto desde una perspectiva general (por ejemplo, sobre la corrupción en la contratación pública, JAREÑO LEAL, «Conductas delictivas en materia de contratación pública», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 5) como sobre delitos concretos del Título XIX del Libro II: «Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales» (SANZ MULAS, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-05, 2017); «El delito de cohecho, tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo» (PELEGRÍN LÓPEZ, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017); «La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho» (QUINTERO OLIVARES, *Nuevos debates en torno a la justicia española* —dir. CASTILLEJO MANZANARES—, Tirant lo Blanch, 2017).