

LOS CAUDALES PÚBLICOS COMO OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE MALVERSACIÓN*

Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE

Profa. Contratada Dra. UCM.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CAUDALES PÚBLICOS. 1. Concepto de caudales. 1.1 Los bienes inmuebles. 1.2. Mano de obra. 1.3. Los fondos reservados. 2. ¿Cuándo pueden considerarse dichos caudales como públicos?. 1.1 Administraciones públicas. 1.2. Organismos autónomos. 1.3. Entes de Derecho público. 1.4. Sociedades con participación pública. 1.4.a. Sociedades con exclusivo capital público. 1.4.b. Sociedades con participación mayoritaria pública. 1.4.c. Sociedades de economía mixta.

I. INTRODUCCIÓN

Los tres elementos que de forma esencial componen el delito de malversación son la cualidad específica del sujeto activo, el objeto material sobre el que se lleva a cabo la acción y la especial relación que se establece entre estos dos elementos, sujeto y objeto¹. De entre ellos, en esta ocasión nos ocuparemos del objeto material del delito, es decir, de los caudales públicos².

Podemos afirmar que los caudales públicos han de considerarse el elemento que, de manera definitiva, dotaba de entidad al delito de malversación³. De hecho, en la

* Publicado en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/ VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, 2016, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, pp. 861-877.

¹ Por todos, ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 128 y ss.

² A pesar de la propuesta de modificación que, en relación con el delito de malversación, se contiene en el Proyecto de Código penal de 2013, en lo que al objeto de análisis en el presente artículo atañe, no se produce una modificación sustancial.

³ En este sentido indica BLECUA que el delito debería analizarse como uno de los que componen los delitos contra la Hacienda Pública, para así trasladar el foco del delito del sujeto activo (funcionario público), al elemento verdaderamente central, como es el objeto material (caudales públicos), insistiendo así en el elemento definitorio por excelencia de la malversación, BLECUA, “La aplicación pública de caudales a

regulación previa al Código penal de 1995, el delito se denominaba como “malversación de caudales públicos”, por lo que la tradición histórica vinculaba de manera directa las conductas malversatorias únicamente con los caudales de procedencia pública. Ahora bien, el Legislador de 1995 quiso deshacer esta vinculación histórica al eliminar del título la expresión “caudales”, para contentarse con el título, mucho más amplio de “malversación”. De esta forma, y como veremos más adelante, podrán malversarse tanto bienes muebles como inmuebles, así como caudales tanto de procedencia pública como privada⁴. En cualquier caso, y como se analizará más adelante, a pesar de que caudales de carácter privado puedan incluirse también como objeto de la malversación, el círculo posible de estos es mucho menor⁵.

Para poder desentrañar correctamente a qué nos referimos cuando tenemos que concretar el objeto material del delito, será necesario hacer una doble aproximación. Por un lado será necesario saber a qué se refiere el Legislador cuando habla de caudales, y por otro en qué casos podemos adjetivarlos como públicos.

Aunque es cierto que el término caudales se ha interpretado siempre de forma muy amplia, también lo es que en numerosas ocasiones se ha visto necesitado de precisión en relación con determinados conceptos o términos⁶.

diferente destino, como delito de malversación. (estudio del artículo 397 del Código penal), ADPCP, 1985, p. 753.

⁴ Mantiene ROCA AGAPITO que el Legislador ha alterado la denominación del capítulo, omitiendo el calificativo de “públicos” respecto de los bienes para poder incluir dentro de la misma rúbrica tanto la malversación propia como la impropia, dado que esta última puede tener objeto bienes privados, y puesto que los bienes inmuebles no pueden incluirse dentro del concepto de caudales. ROCA AGAPITO, op. Cit., p. 265. Como ya veremos más adelante, el hecho de que se haya admitido la malversación impropia no obsta para considerar que el elemento esencial de este delito son los caudales públicos, puesto que se trata del único elemento que convierte en especialmente gravoso el delito y que orienta la completa definición del bien jurídico.

⁵ Para comprobar las reducidas posibilidades de malversar caudales de carácter privado basta leer el contenido del artículo 455 CP, concretamente en su apartado tercero, puesto que será el único caso en el que podrán malversarse caudales que no tengan carácter público.

⁶ En este sentido, baste destacar las discusiones acerca de la inclusión o no tanto de los bienes muebles como los inmuebles dentro de la calificación como caudales, de la utilización de los trabajadores al servicio de la Administración como posible beneficio de caudales por abuso de su función, o si los fondos reservados pueden considerarse caudales a efectos de un posible delito de malversación. Por todos, CASTRO MORENO, *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 153.

II. LOS CAUDALES PÚBLICOS⁷:

1. *Concepto de caudales:*

En primer lugar será necesario concretar a qué nos referimos cuando hablamos de caudales. Lo primero que remarcaremos es la diversidad terminológica⁸ con la que se encuentra definido el objeto material en cada uno de los tipos que componen este capítulo⁹. Se utilizan los siguientes términos para referirse al objeto material sobre el que recae la conducta típica: caudales, efectos, cosas, bienes, dinero, rentas, cantidades, importe y fondos. Tal y como ya ha indicado anteriormente la doctrina, nos encontramos ante una diversidad terminológica que resulta “caótica e incongruente”¹⁰. Parece, sin embargo evidente, que el Legislador, a pesar de la variedad de términos, no pretende alcanzar igualmente una variedad semántica, sino que prácticamente, en la mayoría de los casos, tiende a utilizarlos como sinónimos unos de otros, por lo que resulta apropiado e incluso conveniente para un estudio como el que se pretende, reconducirlos todos al término genérico de “caudales públicos”, término este que en principio parece reunir toda las características necesarias para poder convertirse en el término unívoco que aglutine todas las posibilidades del objeto material. El sustantivo que se sustituye en

⁷ Continuamos haciendo referencia al concepto de caudales, puesto que de momento continua siendo Derecho positivo a la espera de la aprobación de la Reforma del Código penal presentada como proyecto en 2013. En el caso que nos ocupa, el término caudales se ve sustituido por el término patrimonio, pero a efectos de determinación de su pertenencia o no a alguna de las Administraciones públicas no tiene mayor trascendencia. Si la tendrá a la hora de establecer la pertinencia o no de la inclusión de los bienes inmuebles como posible objeto material dentro de los delitos de malversación. Tal y como expone el prof. GÓMEZ LANZ en su comparecencia en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, la sustitución del término caudales públicos por patrimonio público parece sumamente adecuada para dar cabida dentro del objeto material del delito también a los bienes muebles. Aun así, entiende el mencionado autor, que si bien el cambio aclara la inclusión de los bienes inmuebles para todas las formas de malversación, la expresión “patrimonio” puede conducir a una limitación excesiva y no deseada del concepto, puesto que en el artículo 3 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas se contiene una definición estipulativa del concepto de patrimonio público, de la que se excluyen el dinero, los valores y los recursos de tesorería. Aboga GÓMEZ LANZ por aclarar dicho concepto o incorporar una definición de patrimonio a efectos penales, Diario de sesiones de la Comisión Constitucional, sesión 23, jueves 24 de abril de 2014, pp. 3 y 4.

⁸ Es calificada en algún caso como “polimórfica regulación”, SUAREZ MONTES, “El delito de malversación de caudales públicos”, Revista de Legislación y Jurisprudencia, enero-junio 1966, Instituto editorial Reus, Madrid, 1966, p. 831.

⁹ Tal y como se indica por la mayoría de la doctrina, el Legislador español a diferencia de los Legisladores de nuestro entorno, francés o italiano, no ha llevado a cabo una definición que permita conocer los elementos integrantes del concepto de caudal público. En este sentido, BLECUA, op. Cit., p. 753.

¹⁰ Utilizando exactamente esos calificativos, CASTRO MORENO, op. Cit., p. 153.

muchos de los preceptos por sinónimos, podríamos decir que para nuestro caso, perfectos¹¹.

Según la Doctrina y la Jurisprudencia¹², se entienden como incluidos en el término caudales todo bien material o corporal como capital, hacienda, numerario, moneda metálica, billetes del banco de España de curso legal, incluyéndose las divisas extranjeras, los títulos valores y los efectos o valores negociables y convertibles en dinero, tales como cheques, letras de cambio, acciones, bonos y pagarés, así como todo género de bienes, sean fungibles o no, cualquier objeto, bien o cosa, siempre que tengan un valor económico apreciable presente o futuro, es decir, aunque no sea actual incluso aun cuando no fuera posible determinarlo de forma exacta¹³.

Las características del objeto material por tanto, serán las siguientes: corporeidad, aprehensibilidad y valuable en dinero¹⁴. Dado que la conducta típica central del delito de malversación consiste en sustraer, para poder ser sustraídos, esto es, que alguien se apropie de ellos, es necesario que los bienes disfruten de las dos primeras características, la corporeidad y la aprehensibilidad¹⁵. En atención a estas dos características, quedarían por tanto fuera de la malversación los objetos incorporales

¹¹ Es evidente que no estamos hablando de una sinonimia perfecta a efectos semánticos tradicionales, sino de lo que el Legislador ha querido dar a entender en el ámbito de la creación de la norma. Por mucho que intente utilizar términos distintos, no parece que lo haga con ánimo de describir conceptos diferentes, más bien simplemente da la impresión de que el Legislador busca en ciertas ocasiones adornarse con cierta riqueza estilística, que, si bien consigue que los artículos o disposiciones no sean redundantes, gran parte de las veces crea dudas sobre la necesidad o no de la variedad terminológica.

¹² Confr. por todas, STS 14 de marzo de 1995.

¹³ Definición tomada de CASTRO MORENO, op. Cit., p. 155. En el mismo sentido, BLECUA, op. Cit., p. 753, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, “Malversación de caudales públicos”, en *Delitos contra la Administración Pública*, ASÚA BATARRITA (coord.), Instituto vasco de administración pública, 1997, pp. 187 y 188, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Malversación”, La Ley, 1996, tomo II, p. 1452, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1032 y ss, LAMARCA PÉREZ (Coord.), et al, *Delitos y faltas: la Parte Especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2013, pp. 652y ss., y SUAREZ MONTES, op. Cit., p. 834. BLECUA incluye en la definición incluso la moneda extranjera en posesión de los particulares, con base al compromiso contraído por éstos de efectuar la cesión parcial de lo recibido a consecuencia de las transacciones efectuadas en el mercado internacional, BLECUA, op. Cit., pp. 753 y 754.

¹⁴ Características descritas por ROCA AGAPITO, op. Cit., pp. 125 y ss.

¹⁵ En relación con la aprehensibilidad, será esta una característica que no se podrá predicar de los bienes inmuebles que puedan ser objeto de la malversación contenida en el art. 434, aunque, dado que la conducta ahí descrita no puede describirse como paradigmática de la malversación y que se trata de una aplicación distinta, no será determinante para la descripción de los caudales.

(derechos, energías, etc)¹⁶. En cuanto a la exigencia de que sea valuable en dinero¹⁷ se deducirá directamente de la referencia que los propios tipos penales hacen al valor económico de la sustracción para la agravación de la pena (art. 432.2 C) o la atenuación (art. 432.3 CP)¹⁸.

Aunque da la impresión de que la definición de caudales es relativamente amplia y que podría ser omnicomprensiva de todas las circunstancias con las que nos podríamos encontrar al hablar del término en cuestión, es cierto que una serie de supuestos suscitan determinadas dudas, por no quedar claro si es o no posible calificarlos como caudales a efectos del objeto material del delito de malversación. Así, será necesario determinar si los bienes inmuebles, la mano de obra e incluso los fondos reservados son considerados caudales públicos, y por lo tanto, posibles objetos materiales del delito de malversación.

1.1. Los bienes inmuebles:

A pesar de que la definición tradicional de los caudales se centraba en los bienes muebles¹⁹, el Legislador decidió alterar dicha definición dando entrada en la regulación de 1995 a los bienes inmuebles, concretamente en el artículo 434 CP²⁰. Es evidente que

¹⁶ Enumera ROCA AGAPITO los derechos de propiedad intelectual o industrial, las energías (calorífica o eléctrica) y se posiciona ya aquí sobre la dudosa conveniencia de admitir la mano de obra como caudal público. En caso de que nos encontremos con alguno de estos supuestos, para dicho autor, podría subsumirse en el delito de malversación, pero no porque se dispongan de dichas energías, sino por la apropiación o distracción del dinero con que la Administración paga las mismas. ROCA AGAPITO, op. Cit., pp. 125 y 126.

¹⁷ Un sector doctrinal muy reducido considera que el mero valor afectivo será suficiente para considerarlo como objeto material susceptible de malversación.

¹⁸ A pesar de la necesidad de que los caudales sean valuables en dinero, será necesario que se trate de una valoración de cierta entidad, teniendo que excluir las de aquellos objetos que tengan un valor ínfimo y que no lleguen a producir ningún daño a las arcas públicas. Este sería el caso, por ejemplo, de las pequeñas sustracciones de material de oficina MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, “De la malversación”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 9ª Ed., QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2011, p. 1816.

¹⁹ De la propia dinámica comisiva del delito de malversación difícilmente podía interpretarse su comisión sobre un bien inmueble, puesto que los verbos típicos parecían exigir un desplazamiento material o físico de los bienes. En este sentido, CASTRO MORENO, op. Cit., p 157.

²⁰ Tal y como afirman MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, la inclusión de este tipo penal respondía a un doble orden de cosas. Por un lado a un “censurable deseo político de personificar legalmente determinados episodios nacionales”, y por otro lado un “criterio de mayor envergadura política, cual era la necesidad de poner coto al creciente aprovechamiento privado de la infraestructura de una Administración Pública cada vez más presente y con mayores dificultades de control de quienes personifican su actuación”, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, op. cit, p. 1813. En el mismo sentido se manifiesta FEIJÓO SÁNCHEZ, “Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, La Ley, 1997, tomo II, p. 1687, cuando

en este supuesto admite la posibilidad de que los bienes inmuebles sea objeto del delito de malversación de caudales. Ahora bien, ¿es necesario entender, por tanto, que la posibilidad de que los bienes inmuebles sean objeto material del delito se concentra únicamente en el tipo descrito en el artículo 434 CP o cabe la opción de que el objeto de cualquiera de las modalidades de malversación puedan ser tanto bienes muebles como inmuebles?

Para confirmar la primera de las posibilidades, esto es que los bienes inmuebles sólo sean objeto material del delito del artículo 434 CP, se esgrime como argumento inicial que si el Legislador hubiera querido que se ampliara dicho concepto a todos los tipos de malversación, lo habría incluido en la descripción típica de todos, y no únicamente y de manera expresa en el tipo del 434 CP.

En opinión de MUÑOZ CUESTA²¹ los bienes inmuebles no pueden ser considerados como objetos materiales idóneos del delito de malversación fuera de las conductas descritas en el artículo 434 CP, por los siguientes motivos:

a.- La conducta de sustracción materialmente sólo puede abarcar cosas que puedan trasladarse de un lugar a otro sin menoscabo de su sustancia, incorporándolas el sujeto a su patrimonio. El Legislador utiliza verbos típicos que implican un desplazamiento del objeto, tales como sustraer y distraer, mientras que lo habitual es que para el caso de los bienes muebles únicamente se tenga en cuenta la posibilidad de uso no adecuado, que es la posibilidad que contiene el ya mencionado art. 434 CP²².

b.- Tampoco es posible realizando una interpretación sistemática de los propios preceptos del Código penal, en concreto del delito de hurto y robo de uso, en donde se utiliza el vocablo sustracción referido solo a cosas muebles y por otra parte en el artículo 245 CP, delito de usurpación de bienes inmuebles, no se describe la conducta mediante “una sustracción”, sino mediante una ocupación²³.

afirma que en relación con determinados supuestos que habían causado una gran conmoción pública, “la picaresca había superado las posibilidades de reacción del Código penal”.

²¹ MUÑOZ CUESTA, “El Delito de malversación”, La Ley, 1996, tomo V, pp. 1571 y 1572.

²² MUÑOZ CUESTA, op. Cit., p. 1571. En el mismo sentido, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, op. Cit., p 188, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, op. Cit., pp. 1816 a 1820, ROCA AGAPITO, op. Cit., pp 124, 125, 265 y 266.

²³ Coincide en este argumento CASTRO MORENO, op. Cit., p. 160.

c.- Por último un argumento derivado de la propia naturaleza del artículo 434 que no es un delito de apropiación, más bien un delito de uso de bienes muebles o inmuebles, y por tanto diferente a los demás (el uso de inmuebles con ánimo de lucro es perfectamente posible, no así su apoderamiento).

Por otro lado, también existe la opción de considerar a los bienes inmuebles como posible objeto material de todas las formas posibles de malversación. A juicio de determinados autores²⁴ resulta excesivamente limitadora la opción de que los bienes inmuebles únicamente puedan ser objeto del delito del art. 434 CP, y esto es así, porque no tendría sentido que el artículo 435.3 CP se remitiera también al artículo 432 CP dado que dicho supuesto de malversación incluye también como sujetos activos a los propietarios de los bienes, que nunca podrían apropiarse de los bienes que ya le son propios, y lo único que podrá hacer será disponer de los mismos. Es imposible afirmar que quien tiene la propiedad del bien esté sustrayéndolo en el sentido de traslación física del mismo, sino únicamente traslación jurídica, variante que es posible respecto de los bienes inmuebles. De esta manera se interpretaría el verbo “sustraer” para que no sólo contuviera la aprehensión física que implica traslación física del bien, sino que también admita los actos de enajenación o disposición que no requieren traslado material de la cosa, por lo que cabría perfectamente en relación con los bienes inmuebles. En opinión de CASTRO MORENO, si se interpretara de otra manera se produciría la anulación inmediata del artículo 435.3 en relación con el tipo de malversación definitiva del artículo²⁵. Item mas se cuestiona dicho autor sobre las posibilidades de castigo de aquellos sujetos que enajenan bienes inmuebles pertenecientes a la Administración de forma definitiva, entendiendo que no puede aplicarse la modalidad del artículo 432 CP por no poderse sustraer ni distraer los bienes (al ser una disposición definitiva), y por otro lado no poderse aplicar el tipo del artículo 434 CP porque contempla conductas de mero uso no apropiatorio. Ciertamente, nos encontramos ante un vacío²⁶ que únicamente

²⁴ Así CASTRO MORENO, op. Cit., pp 160 y 161

²⁵ No comparte la imposibilidad de que se admita la malversación en relación con los bienes inmuebles cuando se produzca la enajenación de bienes inmuebles públicos por un valor muy inferior al que verdaderamente poseen o el gravamen de los mismos como garantía de derechos de crédito realizables de terceros insolventes, CASTRO MORENO, op. Cit., p. 162.

²⁶ Entiende CASTRO MORENO que las únicas opciones serían un posible delito de desobediencia grave del artículo 556 CP pero que lleva aparejada una pena muy inferior a la malversación de bienes muebles, un delito de fraudes de funcionario del artículo 436 CP, también con una pena muy baja en relación con la malversación o la impunidad de la conducta. CASTRO MORENO, op. Cit., p. 162

puede ser superado si se entiende que todos los tipos de malversación pueden aplicarse tanto a bienes muebles como inmuebles, y que ambas categorías pueden componer el objeto material del delito de malversación.

1.2. Mano de obra:

Otro de los supuestos problemáticos que necesita de concreción en relación con su posibilidad de calificarse como caudal es la inclusión de los casos en los que se utiliza mano de obra que se encuentra al servicio de la Administración para realizar tareas de carácter privado²⁷. De esta forma, los “subcontratadores” se ahorran el montante económico que les hubiera supuesto la verdadera contratación de dichos trabajadores²⁸. En este caso, aunque pudiera parecer que se trata de un bien que no cumple los requisitos establecidos para los caudales públicos²⁹, convendría determinar si es posible malversar la mano de obra en sí, o realmente lo que se malversaría sería el coste económico que dicha mano de obra tiene para las arcas públicas, de tal manera que el objeto material del delito podría ser el dinero y por tanto sería posible confirmar la lesión al patrimonio del estado³⁰.

La Jurisprudencia³¹ no encuentra problema alguno en considerar la mano de obra como caudales públicos y por tanto aplicar el delito de malversación de caudales en estos supuestos. La Jurisprudencia interpretaría el concepto de caudal como “recursos”, por lo que el funcionario que utiliza a los empleados públicos para la realización de trabajos en su favor, estaría malversando los recursos públicos³².

²⁷ Parece que es necesario que la aplicación de esta fuerza de trabajo a usos distintos de los pretendidos por la administración pública se haga en horario laboral.

²⁸ Tal y como indican MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, la duda radica en si lo que el funcionario ha de tener a su disposición es la mano de obra en sí misma o el valor económico de su adquisición, pues no parecen asimilables los supuestos en que estando asignada la mano de obra a una finalidad concreta el funcionario la desvía a fines particulares con aquellos en que la conducta del funcionario se constriñe a destinar los caudales al pago de la mano de obra utilizada en fines particulares. En el primero de los supuestos según dichos autores nos encontraríamos con una prevaricación (siempre que se partiera de la imposibilidad de convertir la mano de obra en su equivalente económico), mientras que en el segundo nos encontraríamos realmente ante una malversación, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, op. Cit., pp. 1816 a 1820.

²⁹ Puesto que estaríamos hablando de efectos incorporales.

³⁰ Como bien indica CASTRO MORENO, no se trata en ningún caso de cosificar a los empleados públicos, al tratarlos como bienes, valores o efectos, sino que se objetiviza el valor de su trabajo; el autor de la malversación no sustrae ni distrae a los trabajadores al servicio de la Administración, sino el valor que representa su mano de obra. CASTRO MORENO, op. Cit., p. 163.

³¹ En este sentido amplio las SSTs 20 de marzo de 1992 y 18 de marzo de 1994.

³² Explicación que aporta CASTRO MORENO para poder justificar la amplia concepción que del objeto material presenta la Jurisprudencia en este sentido. CASTRO MORENO, op. Cit., p. 165.

Sin embargo, esta no puede tenerse en cuenta como opinión mayoritaria³³. Es posible admitir tanto un criterio de carácter intermedio como uno de carácter estricto en relación con la inclusión del uso de la mano de obra al servicio de la administración. El criterio intermedio incluiría la posibilidad de admitir la mano de obra únicamente en los supuestos a los que se refiere el art. 434 CP³⁴, mientras que el criterio más estricto no admitiría en ningún caso la posibilidad de que la malversación, tal y como está regulada en la actualidad pudiera comprender dichos supuestos³⁵. Los defensores del criterio estricto entienden que es el más respetuoso con el principio de legalidad, puesto que no parece posible admitir que la fuerza del trabajo o la mano de obra sean caudales, efectos o bienes muebles, al igual que tampoco parece viable que dicha mano de obra sea objeto de los verbos típicos que orientan las conductas malversatorias, esto es, sustraer o apropiarse³⁶.

³³ Criticando la posición mayoritaria de la Jurisprudencia, ROCA AGAPITO, op. Cit., p 148, puesto que entiende que en ningún caso puede considerarse que se pueda afirmar que se esté malversando la mano de obra como caudal público, sino que únicamente se está malversando el contenido económico relativo a esa mano de obra, por lo que no habrá malversación de mano de obra, sino de los fondos públicos con los que se sufraga. Entendemos que el hecho de que el contenido económico al que necesariamente han de referirse los caudales públicos no sea el que de forma inmediata se distrae o sustrae, no empece para que pueda considerarse esta conducta como de malversación de caudales. En el caso de otra clase de bienes muebles de contenido económico únicamente determinable cuando estos entran en el mercado, no existe ningún problema en admitir que el sujeto está malversando caudales públicos. No entendemos, por tanto, porqué en los casos en los que se trata de mano de obra, cuando lo que se lleva a cabo es un mal uso de recursos de la administración que repercuten directamente en una pérdida patrimonial de la propia administración puesto que está invirtiendo el sueldo de los trabajadores públicos en la realización de tareas de carácter privado

³⁴ Tal y como indica CASTRO MORENO, con la inclusión de este artículo se habría colmado una laguna de punibilidad anteriormente existente puesto que era inviable incluir la mano de obra como objeto material dentro de las conductas descritas en los arts. 432 y 433 CP. CASTRO MORENO, op. Cit., p. 166.

³⁵ MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, op. Cit., pp. 1816 a 1820, entienden que la aplicación a estos supuestos del tipo básico sólo será plausible en cuanto se equiparen los conceptos caudal y mano de obra, entendida esta última como valor realizable económicamente y CASTRO MORENO, op.cit., p. 166. En este sentido se manifiesta ROCA AGAPITO, op. Cit., pp. 145 y ss., entendiendo que tal y como se contiene en el CP español es inviable entender la mano de obra como objeto material del delito de malversación, puesto que carecemos de un precepto como el contenido en el CP italiano en el que se considera la energía cosa mueble y por tanto susceptible de ser sometida a todas las posibilidades comisivas admitidas por los verbos típicos del delito de malversación. Tampoco se muestra inclinado a admitir la consideración como objeto material de la malversación la utilización de empleados públicos para actividades privadas, FEIJÓO SÁNCHEZ, op. Cit., p. 1687.

³⁶ CASTRO MORENO, op. Cit., pp. 166 y 167, representa este criterio restrictivo, a pesar de ser consciente de la conveniencia político- criminal de incluirlos en la tipificación del delito mediante la creación de un tipo autónomo de malversación que contemplara expresamente dicho supuesto, y no de su inclusión como supuesto dentro de los definidos en el artículo 434 CP, puesto que, en palabras del autor, dicha posibilidad dejaría impune los casos más graves, en los que el funcionario no tenga intención de devolver el valor de la mano de obra aprovechada.

1.3. Los fondos reservados:

El último supuesto que nos exige una especial atención es el relativo a calificar los fondos reservados como objeto material del delito de malversación. La duda en relación con su posible calificación como caudales, proviene tanto del hecho de que no hayan sido asignados a una actividad concreta como al carácter secreto de su uso. Puesto que en la actualidad no es típica la aplicación de los caudales a un destino público diferente, en este sentido no podrá ser típica la conducta de aquel que destine los fondos reservados a actuaciones de carácter público no previstas inicialmente. Dado que estos fondos forman parte de los Presupuestos Generales del Estado, son objeto de control a través de una Comisión Parlamentaria del Congreso de los Diputados, hay que informar al Presidente del Gobierno sobre su utilización y sus responsables han de informar al Presidente del Congreso de los Diputados de su situación patrimonial personal, parece que no hay duda que nos encontramos con caudales públicos³⁷, que podrán ser malversados cuando el responsable de los mismos los destine a usos de carácter privado.

2. ¿Cuándo pueden considerarse dichos caudales como públicos?

El segundo elemento que es necesario analizar para concretar el objeto material de delito es el adjetivo que debe acompañar al concepto de caudales: esto es que sean públicos.

A pesar de que en la malversación impropia pueden malversarse caudales de carácter privado³⁸, es cierto, como ya se ha indicado, que la esencia de la malversación reside en la dilapidación, el gasto indebido o el mal uso de los caudales calificados como públicos, por lo que resulta imprescindible determinar cuando y dependiendo de su origen podemos calificarlos como tales.

Los caudales pueden considerarse públicos cuando pertenecen a la Administración pública³⁹. Aunque esta definición pueda parecer redundante, nos sitúa

³⁷ CASTRO MORENO op. Cit., pp. 167 a 171.

³⁸ Así lo establece el artículo 435 en su apartado 3º, lo que confunde sobre la esencialidad o no del carácter público de los caudales.

³⁹ SUAREZ MONTES, op. Cit., p. 834. Admite este autor que se trataría de la Administración en sentido estricto (Estado, provincia, Municipio), así como la Administración en sentido lato, integrada por las diversas entidades de derecho público que, bajo la suprema ordenación del Estado, desarrollan alguna función al servicio de la satisfacción de necesidades de carácter general y social.

frente al problema que tenemos que encarar: esto es, cuando nos encontramos realmente ante una Administración pública o cuando ante una de sus ramificaciones y por tanto los bienes que gestiona, distribuye, etc, pueden considerarse como públicos.

En la actualidad, y con el pretexto de flexibilizar la acción administrativa, el Legislador está llevando a cabo un proceso que comúnmente se denomina como “huída del Derecho administrativo”, y mediante el cual, usando la técnica de las personas jurídicas instrumentales se actúa tanto en el mercado libre y a nivel de los demás empresarios como se prestan servicios públicos⁴⁰. Serán estos los casos que generarán mayor controversia a la hora de determinar si nos encontramos ante entes u organismos que gestionan caudales públicos y por lo tanto en su seno puede cometerse malversación de dichos caudales. No va a resultar, por tanto, tan evidente, calificar algunos de los caudales de los que presumiblemente se están gestionando por parte de determinados organismos pertenecientes o vinculados en cierta medida con la Administración como bienes públicos. Se trata, en cualquier caso de precisar si dicha “huída del Derecho administrativo”, comporta asimismo una “huída del Derecho penal” y por tanto una desprotección de los fondos que son materialmente públicos⁴¹, o incluso, analizándolo a la inversa, si el hecho de que se haya generalizado la “huída del Derecho administrativo”, mediante la creación de sociedades públicas de naturaleza mercantil para evitar los controles de su actividad, ha sido el caldo de cultivo propicio para la generalización de ciertas prácticas corruptas⁴².

La Jurisprudencia ha entendido que los caudales son públicos cuando presentan las siguientes características:

“- la incorporación de los bienes a las actividades que la Administración realiza, no solamente como función intrínseca de su propia naturaleza, sino también las que efectúa a través de la organización institucional del servicio público;

- la vinculación de estos mismos bienes a la conducta del agente obligado a su custodia y vigilancia, debido a las funciones públicas que le están encomendadas

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 2013, pp.445 a 447.

⁴¹ DOLZ LAGO, “Caso Bitel: confirmada condena por malversación, cohecho, fraude y absolución por prevaricación”, *Diario La Ley*, nº 8318, 26 de mayo de 2014, p. 2.

⁴² DOLZ LAGO, op. Cit., p. 3.

- la relación de responsabilidad que asume la Administración, a causa del deber que tiene del cumplimiento y vigilancia de su normal funcionamiento”⁴³.

De esta definición jurisprudencial, podemos deducir que identifica el adjetivo de públicos con su pertenencia a la Administración y con su vinculación directa a esta. Será conveniente, por tanto, determinar qué se entiende por Administración, puesto que de la amplitud o no de que dotemos a este término, dependerá que los caudales de sus diferentes ramificaciones puedan considerarse públicos.

El concepto que utilizaremos para definir la Administración pública será por tanto un concepto amplio. Por un lado tendremos lo que desde el punto de vista administrativo se considera Administración. En este sentido, la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas⁴⁴ nos indica en su segundo artículo lo siguiente:

“1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

a) La Administración General del Estado

b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas

c) Las Entidades que integran la Administración local

2.- Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.”⁴⁵

⁴³ STS de 12 de febrero de 1979.

⁴⁴ Artículo 2 de la ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones públicas.

⁴⁵ El Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del sector público, en su artículo segundo amplía la descripción de Administraciones públicas que acabamos de referenciar: Artículo 2. Ámbito subjetivo. 1 Se entiende, a los efectos de esta Ley, por Administraciones públicas: a) La Administración general del estado, b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, c) Las entidades que integran la Administración local. 2. La actuación administrativa de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, el Senado, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, el Centro Nacional de Inteligencia, las Asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas y las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas, al Consejo de Estado y al Defensor del Pueblo se regirá por lo previsto en su normativa específica y en lo no previsto en ella, en cuanto sea compatible con su naturaleza y funciones propias, por la presente Ley. 3. Tendrán asimismo la consideración de Administración Pública cualesquiera otros organismos públicos y entidades vinculados o dependientes de las Administraciones públicas incluidas en el apartado primero. Quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a los mismos y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. 4. Las Universidades públicas tendrán la consideración de Administración pública y se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones

Y por otro lado, al realizar una interpretación sistemática de la propia regulación de la malversación vemos como la Administración no ha de ser entendida en sentido estricto, comprensiva solamente del Estado, las Comunidades Autónomas las Provincias y los municipios, sino en un sentido amplio, incluyendo también otros entes públicos como consorcios y organismos autónomos. El Código penal en su artículo 434 sustituye el término públicos por la expresión “pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u organismos dependientes de alguna de ellas”⁴⁶.

Para completar el concepto que de Administraciones públicas vamos a tener que servirnos y por tanto saber si nos encontramos con que los caudales manejados por las distintas administraciones y organismos son públicos, vamos a tener que recurrir a criterios de carácter contable, presupuestario, patrimonial y de contratación.

Por un lado, el Tribunal de Cuentas tiene encomendadas las tareas de fiscalización y enjuiciamiento desde la perspectiva contable del sector público⁴⁷. Los componentes de dicho sector público y por ende de lo que se encuentra obligado dicho tribunal a fiscalizar y enjuiciar⁴⁸ se encuentran descritos en el artículo 4 de su LO:

Art. 4: “Uno. Integran el sector público:

a) la Administración del Estado

b) Las Comunidades Autónomas

c) Las Corporaciones locales

d) Las entidades gestoras de la Seguridad Social

e) Los organismos autónomos

f) Las sociedades estatales y demás empresas públicas”

de la presente Ley”. Como se percibe en su apartado tercero, por primera vez califica con Administraciones públicas a las empresas públicas dependientes

⁴⁶ ROCA AGAPITO, op. Cit., p. 129.

⁴⁷ El artículo segundo de la LOTCu describe dichas funciones: “son funciones propias del TCu: a) La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico- financiera del sector público. b) el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”.

⁴⁸ Tal y como indica BLECUA, la malversación tiene íntima relación con el alcance, es decir, el déficit en los fondos públicos, surgido como consecuencia de la rendición de cuentas, controles o arqueos exigidos por la inspección correspondiente, BLECUA, op. Cit., p 762.

Desde el punto de vista de su perspectiva presupuestaria, la Ley General Presupuestaria, en su artículo 2 contiene asimismo una definición de lo que considera sector público.

Art. 2: Sector público estatal:

A los efectos de esta Ley formarán parte del sector público estatal:

a) La Administración general del estado

b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración general del Estado

c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración general del estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella

(...).

e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas

f) Las fundaciones del sector público estatal

g) las entidades estatales de Derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b y c de este apartado

(...)

Desde una perspectiva patrimonial, la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones públicas, nos indica que su ámbito de aplicación será el siguiente:

Art. 166. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones de este título serán de aplicación a las siguientes entidades:

a) Las entidades públicas empresariales, a las que se refiere el capítulo III del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

b) Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración general del estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado

c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme

a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

d) Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.

2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.(...)

Y por último, será necesario hacer mención a la Ley de contratos del sector público, en la que claramente se establece qué entidades se encuentran obligadas a contratar siguiendo las reglas establecidas para la Administración:

Artículo 3. Ámbito subjetivo

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

(...)

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

(...)

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

A pesar de que tanto la Jurisprudencia, como el Derecho Administrativo y el Derecho penal intenten definir el carácter de público que califica no solo a una Administración sino a los Entes que de ella dependan, será necesario confirmar que los caudales de dichas ramificaciones de la Administración pueden considerarse públicos, por lo que pasaremos a analizarlos a continuación.

1.1. Administraciones públicas

En este primer nivel podremos tener en cuenta lo que consideramos como Administración en sentido estricto, es decir, la Administración estatal, la Autonómica y la Local⁴⁹. De esta manera, estaríamos hablando de lo que la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas califica como tales en el apartado primero de su artículo segundo. Es de reconocimiento unánime y sería imposible admitir otra cosa, que los caudales manejados por estas Administraciones en sentido estricto no pueden sino calificarse como caudales públicos.

⁴⁹ Entendemos que no puede hablarse de una única Administración pública, sino una pluralidad de Administraciones públicas, titulares todas ellas de relaciones jurídico- administrativas, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, op. Cit., p. 61.

1.2. Organismos autónomos:

Dentro de las denominadas por la Ley como “Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia”, nos encontramos en primer lugar con los Organismos autónomos⁵⁰.

Los Organismos Autónomos⁵¹ son un tipo de Organismo público vinculado a la Administración General del Estado que gozan de personalidad jurídica propia y autonomía de gestión, rigiéndose, en todo caso, por Derecho administrativo⁵². Dependen de un Ministerio, que se encargará de su dirección estratégica, así como de la evaluación y el control de los resultados de su actividad. Poseen fondos públicos y, aunque no son estrictamente Administración pública, tampoco tienen estructura empresarial ni mercantil; se encuentran incluidos en el concepto de Hacienda Pública, puesto que ésta se constituye por “el conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico, cuya titularidad corresponde al Estado o a sus Organismos Autónomos”⁵³.

En el caso de estos Organismos Autónomos, tampoco existen dudas sobre su inclusión dentro del ámbito de la malversación⁵⁴

1.3. Entes de derecho público:

Se definen como entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia patrimonio propio y autonomía en su gestión⁵⁵. Junto al ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. A pesar de que por ley ajustan sus actividades al Derecho privado, deben ser considerados sus caudales como públicos por los siguientes motivos⁵⁶:

⁵⁰ La Ley Orgánica de Organización y Funcionamiento de la Administración general del Estado (LOFAGE), denomina a las Entidades de Derecho público como “Organismos públicos” y distingue entre “Organismos Autónomos” y “Entidades públicas empresariales” (art. 43), e incluye en dicho concepto las “Sociedades Mercantiles estatales” en la disposición adicional de la Propia Ley.

⁵¹ Sus características se encuentran definidas en le LOFAGE, artículos 45 a 52.

⁵² Ejemplos de Organismos Autónomos son el Fondo de Garantía Salarial, Los parques nacionales, el Servicio público de empleo, la Jefatura de tráfico, la Biblioteca Nacional de España, las diversas Confederaciones Hidrográficas, etc

⁵³ Artículo 2 de la Ley general Presupuestaria

⁵⁴ En este sentido se manifiestan, SUAREZ MONTES, op. Cit., p. 834,, ENTRENA FABRÉ, *El delito de malversación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 57.

⁵⁵ Ejemplos de las mismas podrían ser las distintas Autoridades portuarias, los Centros Universitarios de la Defensa, la Comisión nacional de la energía, etc.

⁵⁶ LUZÓN CÁNOVAS, op. Cit., p. 3 y ENTRENA FABRÉ, op. cit, p.57.

a) Son entes que no adoptan la forma societaria mercantil

b) La administración ejerce un control sobre sus caudales y efectos. Si el control por la Administración es indicativo de su carácter público, sus fondos, cuyo control financiero determina dicho carácter, deben tener en principio la misma naturaleza.

c) Asimismo, desde el punto de vista presupuestario, también es necesario afirmar que los presupuestos de dichos entes integran el Presupuesto general del Estado.

d) Y por último, y desde el punto de vista contable, el Tribunal de Cuentas somete a dichos entes no solo a la fiscalización de sus cuentas, sino también al enjuiciamiento de las mismas por responsabilidad contable.

1.4. Sociedades con participación pública:

Este último caso es el que plantea mayores problemas de cara a su inclusión dentro del sector público⁵⁷. Las Administraciones públicas han adoptado las figuras de personificación del Derecho privado y se han constituido en sociedades con participación pública, puesto que permiten una mayor agilidad y eficacia en la gestión que aquellas necesitan llevar a cabo⁵⁸.

Para definir las empresas públicas, nos remitiremos a lo que el Tribunal de Cuentas considera como empresa pública a los efectos de llevar a cabo sus tareas tanto de fiscalización como de enjuiciamiento:

“1.- En tanto legalmente no se disponga otra cosa acerca de la definición de empresas públicas, tendrán aquella consideración:

⁵⁷ Ejemplos de sociedades con participación pública son AENA, Agencia EFE, Sociedad pública de alquiler, etc

⁵⁸ Tal y como indicaba ENTRENA FABRÉ, para poder afirmar que se ha cometido un delito de malversación en el seno de una empresa pública no era bastante con la afirmación de que sus caudales eran públicos, siendo necesarios los siguientes tres criterios de manera cumulativa a) la aceptación de la actividad desarrollada en el seno de las mismas como función pública. B) La consideración de caudales públicos de los fondos de dichas entidades mercantiles y c) la consideración de autoridades o funcionarios de los representantes de la Administración pública en tales empresas. ENTRENA FABRÉ, op. Cit., p.57. Ahora bien, ante dicha afirmación, puede mantenerse que el elemento verdaderamente relevante es la calificación de los caudales como públicos, puesto que en la actualidad la práctica totalidad de las sociedades mercantiles públicas se crean de forma instrumental para el ejercicio de funciones públicas y por otro lado, la malversación impropia permite aplicar las penas por malversación, a los particulares que llevarán a cabo sobre caudales públicos las conductas inicialmente previstas para los funcionarios.

a.- las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporación locales o de sus organismos autónomos.

b.- Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades autónomas o de las corporaciones locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.”

Las empresas públicas se rigen por normas de Derecho privado, puesto que actúan dentro del tráfico mercantil⁵⁹, pero tal y como indica la disposición adicional duodécima de la LOFAGE; *“Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”*. Esto significa que se lleva a cabo un control de la Administración en relación con determinadas materias, en las que se supera la normativa de carácter privado para pasar a regirse por la normativa de carácter público. Este control que se ejercita por la Administración se llevará a cabo en los ámbitos presupuestarios, contables, patrimoniales, de control financiero y de contratación, es decir, en todos aquellos ámbitos en los que entre en consideración la gestión de los caudales y patrimonio de la empresa. El hecho de que la Administración considere necesario realizar un control más riguroso sobre dichas sociedades con participación pública y que no es necesario realizar sobre empresas estrictamente privadas, indica claramente que quiere extremar el cuidado y control sobre un elemento clave de la estructura empresarial como son las rentas, caudales o patrimonio de la empresa. Todo lo que tenga valor económico en el ámbito de dichas empresas tendrá que ser sometido al control por parte de la Administración.

⁵⁹ ALMONACID LAMELAS, “Sociedades mercantiles municipales: “regreso al derecho””, El Derecho, 1-12-2013, Madrid, 2013. Afirma este autor que independientemente de la procedencia mixta o totalmente pública del capital, no existe per se el concepto “empresa pública”, ya que ninguna empresa es pública, todas son privadas.

Ahora bien, dentro de las denominadas Sociedades con participación pública nos encontramos ante tres posibilidades distintas que requerirán de un posicionamiento diferente en relación con la consideración de sus caudales como públicos⁶⁰:

- Las denominadas sociedades anónimas con participación mayoritaria
- Las sociedades anónimas de economía mixta
- Las sociedades anónimas de exclusivo capital público

1.4.a. a) Sociedades con exclusivo capital público:

Se trata de sociedades que únicamente se encuentran participadas por el sector público. Como hemos visto, se regulan por el Derecho privado, pero en los ámbitos contable, presupuestario, patrimonial, de control financiero y contratación se rigen por la normativa de carácter público. Estas sociedades mercantiles con exclusivo capital público reciben un tratamiento particular en relación con la aplicación de la normativa correspondiente a las sociedades anónimas, ya que, para facilitar su gestión se someten a un régimen de funcionamiento con competencias compartidas entre el Ministerio de tutela responsable de la política instrumental y el Ministerio de Hacienda⁶¹.

Así se nos muestran como supuestos a primera vista dudosos a la hora de poder calificar sus caudales como públicos.

La Jurisprudencia ha entendido que no debe haber dudas sobre la calificación de dichos caudales como públicos.

Entiende en primer lugar que es consecuencia inevitable si dichas sociedades realizan funciones de carácter público, afirmando que “cuando las sociedades de capital

⁶⁰ Tal y como acertadamente indica LUZÓN CÁNOVAS, nuestro Ordenamiento jurídico acoge bajo la expresión empresa pública diversas entidades que estrictamente no lo son, y no se diferencia entre sociedades de capital público exclusivo y sociedades de capital mixto y se ocupa de las empresas públicas de una manera desordenada y fragmentaria, incurriendo en frecuentes imprecisiones terminológicas. LUZÓN CÁNOVAS, op. Cit., p. 2.

⁶¹ De esta forma queda establecido en la Exposición de motivos de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones públicas y más adelante en su articulado arts. 166 y ss.)

exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato, sus caudales tendrán necesariamente carácter público”⁶².

Del mismo modo, entiende que refuerza la idea de que sus caudales sean públicos el hecho de que el destino de los mismos sea el erario público. En el mismo sentido, resulta esclarecedor que las cuentas de las empresas públicas sean fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas, dado que, como ya hemos indicado están incluidas en el sector público, y por tanto también les alcanza la responsabilidad contable en la que pueden incurrir sus administradores⁶³.

Y por último, han de considerarse que dichas sociedades manejan caudales de carácter público dado que “si bien esas sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceros una forma personificada de carácter privado, ad intra, tanto en sus relaciones con su ente público matriz, como al desarrollo de la función o servicio que se le ha encomendado e, incluso, al funcionamiento interno de sus órganos, las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues están gestionando intereses públicos y colectivos. Aunque en aquella gestión utilicen los medios más ágiles del *ius privatum* lo que están ejerciendo es una función pública”⁶⁴.

Se ha llegado a afirmar que el hecho de que la Jurisprudencia haya admitido que los caudales que manejan las sociedades con exclusivo capital público puedan calificarse también como públicos, supone un “levantamiento del velo” que se realiza de la empresa pública para, desde su realidad material, aplicar los tipos penales pensados para conductas realizadas contra la Administración pública⁶⁵.

La doctrina, sin embargo, no admite de manera unánime dicha consideración. Por un lado se entiende que en las sociedades de exclusivo capital público la calificación como públicos o no de sus caudales dependerá de las funciones que adopte. La existencia de un único socio frente a la necesidad de la pluralidad de socios exigida por la Ley de Sociedades Anónimas, determina que el capital de la sociedad sea exclusivamente

⁶² SSTs de 28 de febrero de 2014, ponente ANTONIO DEL MORAL y 7 de octubre de 2014, ponente JUAN RAMÓN VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

⁶³ SSTs de 28 de febrero de 2014, ponente ANTONIO DEL MORAL y 7 de octubre de 2014, ponente JUAN RAMÓN VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

⁶⁴ STS 432/1993, ponente CÁNDIDO CONDE PUMPIDO. En el mismo sentido se manifiesta LUZÓN CANOVAS, op. Cit., p. 3

⁶⁵ DOLZ LAGO, op. Cit., p. 3.

público, produciéndose una identidad entre patrimonio social y patrimonio del socio. En estas empresas de capital exclusivamente público, la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades públicas unipersonales guarden una gran semejanza con los de las entidades de Derecho público⁶⁶. Por tanto, considerando que el patrimonio pertenece a la sociedad y no al socio, será necesario determinar y concretar el concepto de empresa de servicio público como categoría o tipo de sociedad diferente de las sociedades comerciales o industriales. Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones públicas, sus caudales tendrán necesariamente el carácter de públicos, pues aunque jurídicamente no lo tienen, económica y funcionalmente, sí⁶⁷.

En contra, se afirma que no pueden en ningún caso hablarse de caudales públicos dado que nos encontramos ante una personificación de carácter privado y que los delitos que de mejor forma protegen el patrimonio de las sociedades (no sólo la de exclusivo capital público, sino éstas, las mixtas y las participadas), son los delitos patrimoniales clásicos, dado que tienen naturaleza jurídico mercantil⁶⁸.

1.4.b. Sociedades con participación mayoritaria pública

En este caso, y dado que la intervención pública en la empresa no es exclusiva, sino que como mínimo es de un 51 por ciento, sin llegar a ser total, la combinación de patrimonios de origen público y privado puede complicar la calificación de los caudales como públicos inicialmente y así se dificulta interpretar que se produce una lesión al patrimonio público.

En los supuestos de sociedades con participación mayoritaria pública, tanto la Jurisprudencia como la doctrina, alcanzan la conclusión de que no puede hablarse en ningún caso de caudales públicos

El Tribunal Supremo ha negado el carácter público del capital, bienes y mercancías de este tipo de sociedades, argumentando que la naturaleza de la sociedad es

⁶⁶ LUZÓN CÁNOVAS, op. Cit., p. 5

⁶⁷ LUZÓN CÁNOVAS, op. Cit., p. 5. ENTRENA FABRÉ, op. Cit., p. 59.

⁶⁸ CASTRO MORENO, op. Cit., p. 198

esencialmente mercantil y persigue una finalidad lucrativa, por lo que no hay razón alguna para hablar de caudales públicos.

Para la doctrina, más allá de la naturaleza mercantil de la sociedad, lo que verdaderamente impide que sus caudales sean considerados como públicos es su condición específica de sociedad anónima⁶⁹. En el caso de este tipo de sociedades, no puede identificarse el capital social con el concepto de fondos públicos, puesto que se encuentra integrado también por aportaciones privadas. El patrimonio social es distinto del de los socios que lo integran por lo que si uno de sus socios es de naturaleza pública, ésta no se traspa al patrimonio social, que goza de autonomía del privativo de sus socios, por lo que el capital de la sociedad nunca será público⁷⁰.

Ahora bien, hay una serie de factores que nos pueden llevar a afirmar que sí nos encontramos ante caudales públicos.

En primer lugar baste recordar que estas sociedades sí se reconocen como empresas públicas a efectos del régimen del Tribunal de Cuentas⁷¹.

Por otro lado, las empresas mixtas, si su capital es público en un 51% también forman parte del sector público⁷², incluso si el capital no procede directamente de la Administración mater, sino de un organismo dependiente de la misma⁷³.

También hay que tener en cuenta lo que se indica en la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones públicas, concretamente en su exposición de motivos, “Las previsiones sobre el patrimonio público empresarial emplazan dentro de ámbitos de actuación regladas tanto a sujetos de Derecho público como a agentes de Derecho privado. La amplitud con que se definen los sujetos a los que serán de aplicación sus previsiones pretende abarcar todas las unidades económicas vinculadas a la Administración General del Estado susceptibles de ser consideradas empresas,

⁶⁹ LUZÓN CÁNOVAS, op. Cit., p. 4.

⁷⁰ En este sentido CASTRO MORENO, op. Cit., p. 197. ENTRENA FABRÉ, op. Cit., p 59.

⁷¹ Ver el artículo 2 LOTCu anteriormente transcrito

⁷² Tal y como se ha comprobado en la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas y la Ley General Presupuestaria

⁷³ ALMONACID LAMELAS, op. Cit., p 2.

incluyendo las sociedades mercantiles en las que el Estado ostenta posiciones de control aun sin tener la mayoría del capital”⁷⁴.

En los casos de estas empresas, a pesar de que el capital pueda ser desembolsado total o parcialmente por una Administración, el régimen jurídico de las mismas no puede ser el correspondiente a una sociedad mercantil, puesto que según el Derecho Europeo la regulación totalmente privada de una entidad que presta servicios públicos con capital público supone por diversos motivos una perversión del sistema⁷⁵.

Así en el caso de las sociedades con participación mayoritaria pública, habrá que analizar si la sociedad cumple una función pública, cuestión esencial, tal y como demuestra el hecho de que se contenga la agravante del art. 432 CP, puesto que se agravaría la pena cuando el hecho tuviera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. Es decir, se atiende no sólo a la cuantificación patrimonial, sino también a la función a la que estuviera consignado el patrimonio público⁷⁶.

De esta manera, si se cumple una función de carácter público y la participación de la Administración es mayoritaria sus caudales deberían ser considerados públicos, puesto que, de no hacerlo, estaríamos instaurando una especie de fraude de ley⁷⁷.

1.4.c. sociedades de economía mixta

Este tipo de sociedades se encuentran reguladas en la Ley de entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 y se definen en su artículo 4 de la manera siguiente:

⁷⁴ Exposición de motivos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de la Administraciones públicas.

⁷⁵ ALMONACID LAMELAS, op. Cit., p. 2. Tal como afirma este autor, “Una cosa es flexibilizar las fórmulas para la prestación de los servicios públicos otra huir del derecho público y sus garantías”.

⁷⁶ ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, op. Cit., p 185.

⁷⁷ CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Bayer Hnos., Barcelona, 1999, p 259. Entiende este autor que carece de sentido aplicar el delito de malversación al funcionario que gestiona una sociedad urbanística de capital íntegramente público y no a otro que gestiona una sociedad urbanística con idénticos fines pero cuyo capital social fuera de cien millones y tan solo 500.000 pesetas correspondieran a aportaciones de particulares.

“aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte u otras análogas de naturaleza y finalidad predominantemente económicas”

Estas sociedades no se encuentran incluidas ni dentro de las previsiones del Tribunal de Cuentas ni dentro de la Ley general presupuestaria.⁷⁸

En este caso, coincidimos con doctrina⁷⁹ y Jurisprudencia en que los caudales de estas sociedades en ningún caso pueden considerarse públicos.

Me gustaría aprovechar las siguientes líneas para manifestar mi profundo aprecio y admiración por el Prof. D. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. La admiración nació tras las lecturas de “Sobre el concepto del Derecho penal”, obra que me obligó a argumentar mejor muchos de mis planteamientos, dado que no era posible rebatir a Emilio con argumentos simples, y por otro lado, mi aprecio comenzó cuando, recién entrada en el Departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid y siendo yo una simple becaria, Emilio, a la sazón Director del Departamento por entonces, me insistió en que ambos éramos compañeros. Lo importante para mi no fue que me lo dijera, sino que siempre, y desde el principio, me trató como tal. Muchas gracias por todo Emilio.

⁷⁸ Cuanto más privada es una sociedad de capital más lejos parece que está de los controles y garantías del Derecho público.

⁷⁹ Para LUZÓN CÁNOVAS, tanto estas sociedades como las de participación mayoritaria del Estado son sociedades participadas y controladas por el estado, por lo que la mayor o menor participación en el capital social carece de relevancia. La anónima es una sociedad siempre mercantil en la que apenas interesan las condiciones personales de los socios, sino su participación en el capital social. En la sociedad anónima el concepto patrimonio es totalmente diferente al concepto capital: aquel es el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social, no a los socios. El capital social es la suma escriturada de los valores nominales de las acciones y solo coincide necesariamente con el patrimonio en el momento fundacional. En estos casos, el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea. El estado tiene la condición de socio, y con ella, independientemente de que sea o no el socio mayoritario, determinados derechos, entre ellos el de participar en las ganancias sociales, el de participar en el patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad y el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones. Estos derechos del Estado en la sociedad explican que los caudales de la empresa pública- sociedad mercantil anónima no tengan naturaleza pública. Los fondos no son del estado-socio, sino de la sociedad, por lo que aquel no puede ingresar en el Tesoro los géneros, fondos o productos de las ventas de la sociedad. Los caudales de la sociedad serán públicos cuando, como cualquier otro socio, el Estado haga suyos sus derechos en la sociedad LUZÓN CÁNOVAS, op. Cit., p. 4.

