

Consulta núm. 3/2024, de 16 de mayo, sobre el concepto penal de patrimonio público del artículo 433 ter CP

Índice: 1. Planteamiento y objeto de la consulta. 2. Cuestiones preliminares. 3. Antecedentes históricos. 4. Estado de la cuestión. 5. Conclusiones

1. Planteamiento y objeto de la consulta

La Fiscalía consultante plantea el criterio a seguir en la interpretación de los delitos de malversación tras la reforma del Código Penal operada en virtud de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de uso*, a raíz de la definición auténtica de patrimonio público que ofrece el nuevo art. 433 ter CP.

La controversia se suscita en torno a si, a la vista del tenor literal del art. 433 ter CP, el objeto material de los delitos de malversación debe quedar encorsetado por el concepto de patrimonio público y/o de Administración pública ofrecidos por el derecho administrativo.

En concreto, se señala que el hecho que el art. 433 ter CP defina el patrimonio público como el patrimonio propio de las Administraciones públicas pudiera producir el efecto, con arreglo al principio de taxatividad, de excluir de dicho concepto a los fondos, rentas o efectos de los entes que, a pesar de integrarse en el sector público institucional no son Administración pública con arreglo al derecho administrativo. Esta interpretación impediría subsumir en el delito de malversación la sustracción del patrimonio de las sociedades mercantiles de derecho privado vinculadas o dependientes de una Administración pública, las fundaciones del sector público o las universidades públicas.

La cuestión, atendida su trascendencia práctica y complejidad jurídica, merece un detenido análisis, así como un posicionamiento por parte de la Fiscalía General del Estado en aras de asegurar el principio de unidad de actuación (art. 124.2 CE).

2. Cuestiones preliminares

La naturaleza jurídica del patrimonio de las entidades del sector público institucional que no ostentan la condición de Administración pública con arreglo al derecho administrativo y, más en concreto, la posibilidad de que el patrimonio de las sociedades mercantiles públicas pueda erigirse en objeto material de los delitos de malversación es una cuestión que, si bien en su día resultó polémica, hace muchos años que dejó de serlo (*vid.* SSTs 166/2014, de 28 de febrero; 627/2014, de 7 de octubre; 608/2018, de 29 de noviembre; 685/2021, de 15 de septiembre; 815/2022, de 18 de julio; 1023/2022, de 26 de abril de 2023).

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de uso*, ha modificado la regulación de los delitos de malversación contenida en el Capítulo VII del Título XIX del Libro II del Código Penal.

Una de las principales novedades de la reforma ha consistido en la introducción de una definición auténtica de patrimonio público en el art. 433 ter CP: «A los efectos del presente Código, se entenderá por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas».

El Decreto del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado de fecha 25 de enero de 2023, emitido al amparo del art. 25.1 y 2 EOMF, señaló lo siguiente:

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, el legislador dejó de emplear los términos «caudales» o «efectos» al describir las distintas modalidades de malversación. En la nueva configuración del delito de malversación derivada de aquella reforma el objeto material pasó a ser el «patrimonio público».

Al respecto, la STS 685/2021, de 15 de septiembre, señala que «el carácter público de los fondos viene determinado por su origen y su destino debido». Asimismo, la STS 944/2016, de 15 de diciembre, señala que «es pacífica la jurisprudencia de esa Sala que admite dos criterios para la conformación como públicos de los caudales: el de la incorporación y el del destino, de modo que no se exige que los fondos se hayan incorporado formalmente en los fondos públicos, sino que se considera suficiente que se encuentren destinados a ingresar en tales fondos y con ese fin hubieran sido recibidos por el funcionario» (vid. SSTS 228/2013, de 22 de marzo; 606/2017, de 7 de septiembre; 608/2018, de 29 de noviembre, entre otras muchas). En definitiva, el concepto de fondos o patrimonio público debe ser interpretado instrumentalmente por referencia al ejercicio de la función pública que en la actualidad se desarrolla bajo distintas formas jurídicas.

Tal y como se ha encargado de recordar de forma recurrente la Sala Segunda del Tribunal Supremo, «[l]a huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una “huida del Derecho Penal”, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público» (vid. SSTS 815/2022, de 14 de octubre; 482/2020, de 30 de septiembre; 57/2020, de 20 de febrero; 354/2019, de 10 de julio; 60872018, de 29 de noviembre).

El acuerdo adoptado por el Pleno del Tribunal Supremo, de fecha 25 de mayo de 2017, contribuyó a disminuir notablemente la complejidad de esta materia al ofrecer diversas pautas a través de las que discernir en qué supuestos deberá

estimarse que el patrimonio de las sociedades mercantiles debe ser reputado público. En concreto, este acuerdo ofrece los siguientes criterios:

Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes:

- 1.1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas.*
- 1.2. Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas.*
- 1.3. Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurran, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:*

1.3.1. Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público.

1.3.2. Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas.

1.3.3. Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad.

Estos criterios han sido reiterados, entre otras muchas, en las SSTS 685/2021, de 15 de septiembre; 546/2019, de 11 de noviembre; 498/2019, de 23 de octubre; 608/2018, de 29 de noviembre; 277/2018, de 8 de junio; 606/2017, de 7 de septiembre; y han sido aplicados, mutatis mutandis, a otros entes como las fundaciones públicas (STS 685/2021, de 15 de septiembre).

En fin, las/los fiscales se opondrán a que se practique la revisión de las sentencias condenatorias en atención a los nuevos arts. 433 ter y 434 CP.

Un sector de la doctrina entiende que el nuevo art. 433 ter CP impone una revisión restrictiva del concepto de patrimonio público que impide atribuir dicha

condición al patrimonio de los entes que, a pesar de integrar el sector público institucional, no ostentan la condición estricta de Administración pública con arreglo al ordenamiento jurídico administrativo.

Así, conforme al art. 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* (en adelante LRJSP), y al art. 2.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (en adelante LPACAP), únicamente deben considerarse Administraciones públicas: i) la Administración General del Estado; ii) las Administraciones de las comunidades autónomas; iii) las entidades que integran la Administración local; iv) los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas.

Por lo demás, son numerosas las leyes administrativas que distinguen entre la Administración pública y el sector público (v. gr. Ley 2/1982, de 12 de mayo, *del Tribunal de Cuentas*; Ley 7/1985, de 2 de abril, *Reguladora de las Bases del Régimen Local*; Ley 47/2003, de 26 de noviembre, *General Presupuestaria*; Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*; Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público*).

3. Antecedentes históricos

La reforma del Capítulo VII del Título XIX del Libro II del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, modificó la tradicional configuración del objeto material del delito de malversación que, según el tenor literal originalmente ofrecido a los arts. 432 y 433 CP por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se identificaba con los «caudales o efectos públicos» puestos a cargo del sujeto activo del delito por razón de sus funciones.

La delimitación conceptual de ambos términos, es decir, lo que por «caudales» y «efectos públicos» debía entenderse, entrañaba cierta dificultad. Según precisa la STS 166/2014, de 28 de febrero, «la cuestión es enjundiosa. No existe un concepto legal de fondos, caudales o efectos públicos a diferencia de otros ordenamientos como el francés [...] En nuestro panorama normativo perfilar esa noción obliga a sumergirse en una marasma de cambiante y no clara legislación nacional y autonómica; y a diferenciar según el prisma (penal, contable, administrativo, financiero) desde el que abordemos la cuestión. La creciente y progresiva ampliación del Sector público con la pujante aparición en su seno de entidades que viene a prestar servicios de responsabilidad pública o sencillamente a desplegar actividades económicas, en un uno y otro caso en régimen de Derecho Privado, acrecienta la dificultad».

A pesar de la complejidad apuntada, el término «caudal» fue tradicionalmente definido por nuestra jurisprudencia de un modo amplio, entendiéndose por tal la «hacienda, bienes de cualquier especie y más concretamente dinero». Por otra parte, se ha considerado que eran «efectos públicos» los bienes de cualquier clase susceptibles de valoración económica (*vid.* SSTS 986/2005, de 18 de julio; 470/2014, de 11 de junio).

En definitiva, de conformidad con la opinión mayoritaria, la suma de ambos términos —«caudales» y «efectos»— comprendería la totalidad de bienes y derechos con contenido patrimonial susceptibles de valoración económica de los que pudieran ser titulares las Administraciones, tales como como los billetes de lotería, el capital de las sociedades públicas, los bienes muebles, efectos negociables o, en general, cualesquiera derechos que forman parte del activo de un patrimonio público, así como cualquier bien y fuerza de trabajo, incluidos aquellos supuestos en los que se utiliza a un empleado municipal en horas en las que debe prestar su servicio para la Administración (*vid.* SSTS 362/2018, de 18 de julio; 290/2018, de 14 de junio; 229/2018, de 17 de mayo).

En opinión de buena parte de la doctrina, la distinción entre «caudales» y «efectos» debía reputarse intrascendente, bien por considerar que ambos términos son sinónimos, bien por entender que entre ambos existe una relación de género a especie, en la que los «efectos» debían considerarse comprendidos dentro del concepto, más amplio, de «caudales».

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, el Código Penal ya no empleó los vocablos «caudales» o «efectos» al describir las conductas típicas analizadas y, más en concreto, el objeto material sobre el que aquellas recaían. En la configuración del delito de malversación el objeto material pasó a ser el patrimonio público, según se infiere del tenor literal de los arts. 432.1 y 2 CP.

En palabras de la STS 232/2018, de 17 de mayo, «esta modificación es relevante, pues se ha abandonado, tras la LO 10/1995, la definición consolidada del delito de malversación de caudales públicos, bien delimitada por la doctrina jurisprudencial, para construir un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (artículo 252) y apropiación indebida (artículo 253), a los que se remite de forma expresa el nuevo artículo 432, cuando tengan por objeto el patrimonio público». De ahí que ya no resulte correcto emplear la expresión malversación de caudales públicos cuando se aluda a las figuras delictivas reguladas por el Capítulo VII del Título XIX del Libro II del Código Penal.

Por consiguiente, desde la reforma de 2015 el objeto material del delito pasó a describirse en unos términos notablemente más amplios, zanjándose con ello toda controversia acerca de la admisibilidad de los bienes inmuebles como objeto material del delito.

Por lo que se refiere al patrimonio de los entes del sector público que no constituyen Administración pública con arreglo al ordenamiento jurídico-

administrativo, a pesar de lo dispuesto por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, *del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (en adelante LPAP), la doctrina y la jurisprudencia, no sin algunas vacilaciones iniciales, han admitido de forma prácticamente unánime su naturaleza pública y, en consonancia con ello, que su patrimonio es público y puede erigirse en objeto material del delito de malversación. Baste a tal efecto con examinar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2017 sobre el carácter público o privado de los caudales de una sociedad mixta.

4. Estado de la cuestión

Tal y como se indicó anteriormente, el art. 433 ter CP introduce una definición auténtica de patrimonio público válida «a los efectos del presente Código», es decir, a los solos efectos penales.

Esta definición, introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, pudiera considerarse incompleta, pues, en síntesis, se dice que el patrimonio público es el patrimonio de las Administraciones públicas, sin ofrecerse pauta o criterio alguno que permita delimitar lo que deba entenderse por Administraciones públicas.

Puede afirmarse que el concepto de Administración pública no resulta unívoco. Según la RAE, la Administración pública constituye el «conjunto de órganos y entidades que, encuadrados en el gobierno estatal, autonómico o local, sirven con objetividad los intereses generales ejecutando las leyes y prestando los servicios públicos correspondientes».

Con arreglo al art. 2.3 LRJSP y al art. 2.3 LPACAP, tienen la consideración de Administraciones públicas: la Administración General del Estado, las

Administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local, los organismos públicos y cualesquiera otros organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas. Por el contrario, no tienen esa consideración, a pesar de formar parte del sector público institucional, las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas ni las universidades públicas.

Sin embargo, son numerosas las leyes administrativas que ofrecen una definición distinta del concepto que nos hallamos examinando. Sin vocación de exhaustividad, pueden señalarse:

a) El art. 3.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público*, dispone que «dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones públicas las siguientes entidades:

a) Las mencionadas en las letras a), b), c) y l) del presente artículo [la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos, las universidades públicas y las autoridades administrativas independientes; las diputaciones forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco]. b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado».

b) El art. 2.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, establece que, a los efectos del Título I de la ley, se entiende por Administraciones públicas a los siguientes organismos y

entidades: «a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración local; b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social; c) Los organismos autónomos, las agencias estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; d) Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones públicas o dependientes de ellas, incluidas las universidades públicas».

c) El art. 3.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, *General de Subvenciones*, entiende por Administraciones públicas a la «Administración General del Estado, las entidades que integran la Administración local y la Administración de las comunidades autónomas».

d) El art. 2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, atribuye la condición de Administraciones públicas a los siguientes entes: «a) La Administración General del Estado; b) las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; c) las Administraciones de las entidades locales; d) los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas; e) las universidades públicas».

e) El art. 1.2 de la Ley 29/198, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, establece que, a los efectos de la ley, se entenderá por Administraciones públicas: «a) La Administración General del Estado; b) la

Administración de las comunidades autónomas; c) las entidades que integran la Administración local; d) las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales».

f) El art. 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, *General Presupuestaria*, distingue entre el sector público administrativo, el sector público empresarial y el sector público fundacional.

En definitiva, tal y como se ha apuntado por un sector de la doctrina administrativa, difícilmente puede entenderse que el Derecho administrativo contenga un concepto unitario de Administración pública.

La autonomía del derecho penal frente a los restantes sectores del ordenamiento jurídico autoriza a invocar, bajo determinadas circunstancias, interpretaciones de la norma dirigidas a garantizar la coherencia teleológica y sistemática de los preceptos penales, aun cuando estas se aparten de las ofrecidas por otras ramas del derecho, en concreto, al delimitar el objeto u objetos de protección del Capítulo VII y de la totalidad del Título XIX del Libro II del Código Penal (*vid.* SSTs 770/2022, de 15 de septiembre; 245/2020, de 27 de mayo o 358/2016, de 26 de abril). De ahí que la definición de Administración pública ofrecida por el ordenamiento jurídico-administrativo no deba ser necesariamente coincidente con la ofrecida por el ordenamiento jurídico-penal.

Así, por ejemplo, el concepto penal de patrimonio público ha sido históricamente concebido de una forma más amplia que el que se contiene en el art. 3.2 LPAP cuando establece que «no se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas

empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería».

A pesar de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido de forma unánime que el concepto jurídico-penal de patrimonio público debía extenderse a cualesquiera bienes y derechos con contenido patrimonial.

A propósito de la interpretación de los conceptos normativos, como este que ahora examinamos, la STS 237/2023, de 30 de marzo, señala que «sin negar que el [derecho] penal sea una rama del derecho que guarda relación con otras, ello no significa que sea accesorio y dependiente de ellas, ni de que, aunque subsidiario, no goce de autonomía propia». No en vano, la STS de 10 de mayo de 1993 (rec. 954/1991) ya afirmaba que «el derecho penal tiene dentro del ordenamiento jurídico absoluta autonomía para la imposición de sus propios imperativos y valoraciones». En similares términos, la STS 752/2018, de 26 de febrero de 2019, afirma que el análisis de la jurisprudencia constitucional «permite obtener una conclusión fecunda a los efectos aquí procedentes: que la interpretación por un órgano judicial penal de la norma extrapenal complementadora del tipo penal goza de cierta autonomía: no es absolutamente vicaria del alcance que se le dé en otros ámbitos».

La referida autonomía interpretativa del derecho penal ha sido proclamada en reiteradas ocasiones por los tribunales en el ámbito de los delitos contra la Administración pública. En esta materia, frente a interpretaciones formales de los conceptos normativos jurídico-penales, la jurisprudencia ha optado por adoptar interpretaciones materiales que operan en clave funcional. Sirva como ejemplo la STS 149/2015, de 11 de marzo, en la que se afirma lo siguiente: «prevaricación en contratos de empresas de capital público. El derecho penal no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales [...]

Cuando se trata de una actividad de naturaleza pública, que se oculta tras el velo de una sociedad puramente instrumental dirigida por quienes ostentan una cualidad pública y que maneja fondos exclusivamente públicos, el valor constitucional de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse respetar en todo caso» (*vid.* SSTs 815/2022, de 14 de octubre; 481/2019, de 14 de octubre; 63/2017, de 8 de febrero; 670/2015, de 30 de octubre).

Tal y como se ha afirmado por un sector de la doctrina, no cabe importar de forma mecánica y acrítica los conceptos que ofrece el ordenamiento jurídico-administrativo sin antes someterlos al filtro de la interpretación penal. De ahí que sea posible dotar a los conceptos normativos incorporados a los tipos penales de un contenido parcialmente distinto al ofrecido por otros sectores del ordenamiento cuando ello resulte necesario para garantizar la funcionalidad de la norma penal y, especialmente, la adecuada tutela de los bienes jurídicos en juego, y siempre que con ello no se desborde el sentido literal posible de las palabras.

En definitiva, la interpretación de los conceptos normativos que aparecen incorporados a los delitos contra la Administración pública, sin que ello implique rechazar la necesaria coherencia lógico-sistemática y unidad del ordenamiento jurídico, debe abordarse desde parámetros teleológicos que garanticen una adecuada protección de la función pública y del patrimonio público (*vid.* SSTs 300/2019, de 7 de junio; 685/2021, de 15 de septiembre; 1008/2022, de 9 de enero de 2023).

Diversas razones permiten concluir que el concepto penal de Administración pública es más amplio que el ofrecido por el derecho administrativo:

i) La rúbrica del Título XIX del Libro II se intitula «delitos contra la Administración pública». Ello no ha impedido la subsunción en las figuras delictivas

comprendidas en los arts. 404 a 445 CP de aquellas conductas ejecutadas en el seno de entes que, aun no teniendo la condición de Administración pública con arreglo al derecho administrativo, sí forman parte del sector público.

El hecho de que el Código Penal no haya distinguido históricamente entre delitos contra la Administración pública y delitos contra el sector público no ha supuesto ningún obstáculo a la hora de apreciar, entre otros, los delitos de prevaricación (SSTS 815/2022, de 14 de octubre; 442/2022, de 5 de mayo); de cohecho (SSTS 166/2014, de 28 de febrero; 1008/2022, de 9 de enero de 2023) o de malversación (acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017).

Nuestros tribunales han afirmado en reiteradas ocasiones que el bien jurídico protegido por el delito de malversación se identifica fundamentalmente con el patrimonio de la Administración pública y con el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración (*vid.* SSTS 797/2015, de 24 de noviembre; 865/2016, de 16 de noviembre; 507/2020, de 14 de octubre; 527/2021, de 16 de junio; 749/2022, de 13 de septiembre; 1023/2022, de 26 de abril de 2023), sin que ello haya sido un obstáculo a la hora de entender que el patrimonio de las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas resulta apto para erigirse en objeto material del delito de malversación. Consideraciones que permiten inferir que el concepto de «Administración pública» manejado en el orden penal es un concepto amplio y de carácter marcadamente funcional.

Esta opción interpretativa no desborda el tenor literal del precepto examinado, pues entre los distintos significados posibles del concepto «Administración pública» selecciona el más razonable en el orden penal desde una perspectiva axiológica, teleológica y lógico-sistemática (*vid.* SSTC 111/2004, de 12 de julio; 163/2004, de 4 de octubre; 163/2004, de 4 de octubre; 54/2008, de 14 de abril;

70/2012, de 16 de abril; 185/2014, de 6 de noviembre; 150/2015, de 6 de julio; 1/2020, de 14 de enero).

ii) El delito de malversación se dirige a tutelar el patrimonio público. La especial protección que se ofrece al mismo frente al patrimonio privado no se justifica, o cuando menos no exclusivamente, por razón de la titularidad pública de los fondos, rentas o efectos, sino por su vinculación a la efectiva realización del interés general (art. 103 CE). En otras palabras, la tutela reforzada que el legislador ofrece al patrimonio público encuentra su razón de ser en los fines que se encuentra llamado a realizar y no en el mero hecho de su titularidad formal.

Desde una perspectiva teleológica resulta intrascendente si el quebranto patrimonial ocasionado por el sujeto activo del delito afecta al sector público administrativo, empresarial o fundacional, pues lo que el derecho penal persigue mediante la tipificación de las conductas descritas en los arts. 432 a 434 CP es proteger el correcto ejercicio de la función pública y, más en concreto, la satisfacción del interés general en la gestión de los recursos públicos.

Como se ha dicho, la invocada autonomía del derecho penal, aunque sometida a límites, autoriza a interpretar los conceptos normativos incorporados a los tipos penales con arreglo a criterios materiales y funcionales propios. De ahí que la jurisprudencia haya afirmado que la interpretación de conceptos como los de funcionario público o caudales públicos —ahora patrimonio público— no deben ceñirse necesariamente a las definiciones que de ellos puedan ofrecer otras ramas del ordenamiento jurídico. En este sentido, la STS 685/2021, de 15 de septiembre, precisa que «las razones que han llevado [...] a calificar de fondos públicos y, por tanto, aptos para dar vida a un delito de malversación de caudales públicos, no tienen nada que ver con la catalogación administrativa o civil de la fundación. Ninguna discusión hay sobre ello. Lo que sucede es que los conceptos de caudales públicos o de funcionarios públicos no están

encorsetados por las estrictas etiquetas de otros ámbitos jurídicos como son el derecho mercantil, el civil o el administrativo» (*vid.* STS 1023/2022, de 26 de abril).

Como señalan las SSTS 362/2018, de 18 de julio, y 613/2018, de 29 de noviembre, en el orden penal el concepto de efectos públicos —ahora patrimonio público— debe interpretarse «con libertad y autonomía propia».

El hecho de que el ordenamiento jurídico-administrativo permita gestionar los recursos públicos a través de entidades privadas integradas en el sector público institucional, en aras de una mayor agilidad y eficacia, no puede implicar una menor protección del patrimonio público. La «huida del derecho administrativo» mediante la constitución de formas jurídico-privadas de gestión de lo público no constituye un mecanismo que, a su vez, ampare la «huida del derecho penal».

Como señala la STS 388/2023, de 24 de mayo, «se impone en este punto, más que en otros, un ponderado “levantamiento del velo”: estar a la realidad esencial y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una “huida del derecho penal”, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público [...] aunque la formalidad jurídica externa [...] encubra o superponga de alguna manera esa realidad material» (*vid.* SSTs 685/2021, de 15 de septiembre; 57/2020, de 20 de febrero; 354/2019, de 10 de julio; 296/2018, de 8 de febrero).

A propósito de esta cuestión, no resulta baladí recordar que por más que las personificaciones jurídico-privadas integradas en el sector público institucional se encuentren sometidas en una parte de su actividad al derecho privado también se someten al derecho administrativo, es decir, al derecho estatutario

de las Administraciones públicas. Así, por ejemplo, en relación con las sociedades mercantiles estatales, el art. 113 LRJSP señala que estas «se registrarán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación». Es más, el inciso final de este precepto llega a admitir que dichas sociedades, aunque excepcionalmente, podrán ejercer incluso potestades administrativas.

iii) El uso de la locución «a los efectos del presente Código», que utiliza el art. 433 ter CP, revela que nos encontramos ante un concepto de patrimonio público válido a los solos efectos penales, es decir, ante una definición auténtica que no tiene que coincidir necesariamente con la ofrecida por el derecho administrativo.

La fórmula empleada recuerda a la utilizada por el legislador al definir los conceptos de autoridad y funcionario público (art. 24 CP), discapacidad (art. 25 CP) o documento (art. 26 CP). En palabras del preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, se trata de una definición auténtica con «idéntica funcionalidad a la desempeñada por los artículos 24 y 25». Conceptos penales cuya autonomía y sustantividad propia frente al ordenamiento jurídico administrativo y civil ha sido admitida de forma totalmente pacífica.

Si bien es cierto que los conceptos penales de autoridad y funcionario público del art. 24 CP no constituyen un ejemplo de interpretación judicial, sí confirman la posibilidad de que los elementos normativos incorporados al Código Penal presenten un perímetro más amplio que el delimitado por otras ramas del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, las similitudes entre los conceptos de funcionario y de patrimonio público, además de en el preámbulo de la LO 14/2022, también han

sido destacadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tras la incorporación al Código del art. 433 ter CP, en la ya citada STS 1023/2022, de 26 de abril de 2023, que subraya que ambos son conceptos marcadamente funcionales: «el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. [...] Y en parecidos términos nos hemos pronunciado respecto del concepto de fondos públicos».

A propósito de la naturaleza jurídica de la definición de funcionario público del art. 24 CP, así como de la autonomía del derecho penal en la configuración e interpretación de los preceptos penales, son interesantes las consideraciones plasmadas en la STS 186/2012, de 14 de marzo:

Es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste [...] Como dice la STS 1608/2005 de 12-12 “el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal [...] el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. [...] Se trata, en definitiva, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 22.1.2003 y 1º9.12.2000) de un concepto “nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo”. Así se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas por

quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son las acciones de los particulares los que, al ir dirigidos contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos.

En este mismo sentido, *vid.* SSTs 166/2014, de 28 de febrero; 608/2018, de 29 de noviembre; 507/2020, de 20 de febrero; 685/2021, de 15 de septiembre; 1023/2022, de 26 de abril; 442/2022, de 5 de mayo; 388/2023, de 24 de mayo; 1008/2022, de 9 de enero de 2023.

Estos argumentos son ahora extrapolables, *mutatis mutandis*, al concepto de patrimonio público del art. 433 ter CP.

Nótese que este precepto no se configura como una norma penal en blanco, pues ofrece un concepto propio de patrimonio público válido a los solos efectos penales. No se produce reenvío alguno al ordenamiento jurídico-administrativo, no hallándose justificada dicha remisión en razón del bien jurídico protegido (*vid.* SSTC 181/2008, de 22 de diciembre; 50/2018, de 10 de mayo; SSTs 752/2018, de 26 de febrero 2019; 481/2020, de 29 de septiembre; 860/2021, de 11 de noviembre; 612/2022, de 22 de junio). En definitiva, no se trata de un supuesto en el que la normativa extrapenal se incorpore a la tipicidad penal o la complete.

Nos encontramos ante un concepto normativo-penal que debe interpretarse con arreglo a parámetros teleológicos y lógico-sistemáticos en aras de una adecuada tutela de los bienes jurídicos en juego. No en vano, la autonomía —relativa— del derecho penal autoriza a atribuir significados parcialmente distintos a los conceptos cuando ello sea necesario para garantizar la funcionalidad del ordenamiento jurídico-penal.

Al hilo de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de subrayar el carácter funcional del concepto penal de patrimonio público,

señalando que se sustenta sobre bases materiales y se orienta a la efectiva tutela de la función pública (*vid.* SSTS 627/2014, de 7 de octubre; 1008/2022, de 9 de enero; 1023/2022, de 26 de abril). Al hilo de lo anterior, y a propósito del carácter público del patrimonio de las sociedades mercantiles públicas, la STS 685/2021, de 15 de septiembre, recuerda que la cuestión «no está condicionada en absoluto por el hecho de que las empresas públicas se rijan por normas de derecho privado, actuando en el tráfico mercantil y las normas de derecho administrativo resulten inoperantes para el cumplimiento de sus fines. La pureza conceptual de otras ramas del ordenamiento jurídico se diluye en el derecho penal [...] se manejan otros parámetros, unos de tipo funcional. Otros de realidad jurídica subyacente».

Difícilmente puede admitirse que el art. 433 ter CP deba ser interpretado en este punto con arreglo al derecho administrativo cuando lo cierto es que, tal y como hemos analizado, dicho sector del ordenamiento jurídico no ofrece un concepto unitario de Administración pública.

Paradójicamente, de aceptarse esa opción hermenéutica quebraría la deseable unidad del ordenamiento jurídico, pues las sociedades mercantiles públicas forman parte del sector público y, sin perjuicio de que una parte de su actividad se encuentre sometida al derecho privado, se rigen por la normativa pública presupuestaria y contable, y se encuentran sometidas a la contratación del sector público y al control-económico financiero público. Su patrimonio es considerado público por la legislación contable y se admite la posibilidad de que puedan ejercer potestades administrativas.

iv) Con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la LO 14/2022 y a pesar del tenor literal de los arts. 432 a 434 CP, la jurisprudencia identificó de forma recurrente el objeto material del delito de malversación con el patrimonio de las Administraciones públicas.

Las SSTS 1608/2005, de 12 de diciembre; 1374/2009, de 29 de diciembre, 238/2010, de 17 de marzo; 657/2013, de 15 de julio; 1608/2015, de 12 de diciembre; 548/2017, de 12 de julio; 362/2018, de 18 de julio; 627/2019, de 18 de diciembre; 408/2020, de 30 de septiembre; 442/2022, de 5 de mayo; 749/2022, de 13 de septiembre; 545/2023, de 5 de julio; 273/2024, de 20 de marzo, entre otras muchas, han precisado que los efectos, caudales, fondos o rentas de cualquier clase, para ser considerados públicos, «deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración pública».

A pesar de ello, es decir, de la adjetivación del patrimonio como público por razón de su pertenencia a la Administración pública, y sin perjuicio de algunas vacilaciones iniciales, en los últimos años ni la jurisprudencia ni la doctrina han encontrado impedimento alguno a la hora de interpretar que el patrimonio de las entidades que integran el sector público, aun cuando no ostenten la condición de Administración pública con arreglo al ordenamiento jurídico-administrativo, pueda ser objeto material del delito de malversación (*vid.* Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017).

Estas consideraciones permiten inferir que, en realidad, el legislador se ha limitado a trasladar al Código Penal el concepto de patrimonio público previamente elaborado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

v) El art. 435 CP extiende la posibilidad de tipificar como delito de malversación cualesquiera de las conductas descritas en los arts. 432 a 434 CP cuando el sujeto activo, a pesar de no reunir la condición de autoridad o funcionario, ostenta específicos deberes sobre: 1.º) fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas; 2.º) caudales o efectos públicos; 3.º) bienes embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; 4.º) la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, y hasta la actualidad, el objeto material del delito de malversación impropia del art. 435.1.º CP han sido los fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. Las similitudes con el concepto de patrimonio público del art. 433 ter CP resultan, por consiguiente, más que evidentes, pues en ambos casos el carácter público del objeto material del delito se determina por razón de su pertenencia a las Administraciones públicas.

A pesar de que los arts. 432 a 434 CP han descrito históricamente el objeto material del delito de malversación propia mediante el uso de los términos «efectos o caudales públicos» (LO 10/1995) o, más recientemente, «patrimonio público» (LO 1/2015 y LO 14/2022), se ha venido interpretando de forma unánime que el objeto material de los delitos de malversación propia e impropia, cuando menos en el caso de la modalidad castigada por el art. 435.1.º CP, son idénticos, aunque el tenor literal de la descripción típica no sea plenamente coincidente (*vid.* SSTs 79/2007, de 7 de febrero; 1374/2009, de 29 de diciembre; ATS 965/2018, de 28 de junio). Esta conclusión resulta razonable tanto desde una perspectiva teleológica como lógico-sistemática, pues carecería de sentido atribuir un distinto objeto de protección y/o bien jurídico protegido a las modalidades de malversación propia e impropia en el caso del art. 435.1.º CP. Ambas persiguen la tutela del patrimonio público y, con ello, del correcto funcionamiento del completo sector público.

De lo anterior se infiere que el concepto de patrimonio público que introduce el art. 433 ter CP no es, en puridad, novedoso, pues se asimila al objeto material del delito castigado por el art. 435.1.º CP.

La interpretación del concepto de patrimonio público que se propone en la presente Consulta garantiza, por tanto, la unidad y armonía de las distintas modalidades de malversación propia e impropia.

Desde una perspectiva teleológica, sistemática e, incluso, axiológica, parece difícilmente defendible que los sujetos comprendidos en el art. 435 CP puedan ser considerados sujetos activos del delito de malversación impropia y, sin embargo, rechazar que puedan serlo las autoridades y/o funcionarios que gestionan el patrimonio de las entidades del sector público, por mucho que estas no sean consideradas Administración pública en sentido estricto con arreglo al derecho administrativo.

Por lo demás, sería paradójico admitir la existencia de personas jurídico-privadas susceptibles de ser consideradas penalmente responsables con arreglo al art. 435.5.º CP y, sin embargo, rechazar que pudieran serlo las sociedades mercantiles a las que alude el apartado 2 del art. 31 quinquies CP.

vi) El art. 2.3 LRJSP y el art. 2.3 LPAC no incorporan los organismos e instituciones europeas a la definición de Administración pública. Ni siquiera se alude a la Unión Europea al delimitar el sector público. Tampoco lo hacen, por ejemplo, el art. 3.2 LCSP, los arts. 2 y 3 LGP o el art. 2 LTAIBG.

Pese a ello, no parece razonable concluir que tal circunstancia autorice a rechazar que el patrimonio de la Unión Europea sea un patrimonio público y, por consiguiente, apto para erigirse en objeto material del delito de malversación.

La Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio de 2017, *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal*, establece normas mínimas sobre la definición de las infracciones penales y las sanciones relativas a la lucha contra el fraude y otras actividades ilegales que afecten de los intereses financieros de la Unión.

El art. 4.3 de la Directiva dispone que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la malversación, cuando se cometa

intencionadamente constituya una infracción penal. A los efectos de la presente Directiva se entenderá por malversación el acto intencionado realizado por cualquier funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, o apropiarse o utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos y que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión».

En ese contexto, el art. 4.1 c) de la Ley Orgánica 9/2021 de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, *por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, establece que los fiscales europeos delegados son competentes en el conjunto del territorio nacional para investigar y ejercer la acción penal contra los autores y demás partícipes de los delitos de malversación que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea.

Los anteriores argumentos revelan la conveniencia de rechazar, sin que ello implique desbordar el principio de legalidad penal, aquellas opciones hermenéuticas que nieguen a los fondos de la Unión la consideración de patrimonio público y, por consiguiente, erigirse en objeto material del delito de malversación.

En línea con lo anterior, debe recordarse que el art. 308 CP, tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, atribuye expresamente a la Unión Europea la condición de Administración pública al precisar que la misma se encuentra incluida en el concepto penal de «Administraciones públicas».

Por lo demás, siguiendo los AATS 20386/2023, de 13 de junio, y 20107/2023, de 12 de febrero, a propósito de la nueva modalidad típica del art. 433 CP, debe concluirse que «una solución interpretativa alternativa a la que ahora adoptamos

podría ser contraria no solo al valor axiológico que determina la protección penal de los fondos públicos, sino al reforzado compromiso asumido por nuestro país para proteger los fondos públicos de la Unión Europea».

vii) La exclusión de una parte del sector público institucional del concepto jurídico-penal de Administración pública conduciría a soluciones poco razonables desde una perspectiva lógico-sistemática:

1.º Quebraría la tradicional coherencia sistemática entre la responsabilidad contable y la penal.

La fiscalización y enjuiciamiento contable se extiende a la totalidad del sector público que, según el art. 4 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, *del Tribunal de Cuentas* (LOTCu), está integrado por: 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.

El apartado primero de la disposición transitoria segunda de la Ley 7/1988, de 5 de abril, *de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas* (LFTCu), señala que «en tanto legalmente no se disponga otra cosa acerca de la definición de empresas públicas, y a los efectos de delimitar el ámbito de la función fiscalizadora del Tribunal sobre las entidades a que se refiere el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, tendrán aquella consideración: a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa e indirecta del Estado, de las comunidades autónomas, de las corporaciones 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».

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 38 LOTCu y 49 LFTCu, incurren en responsabilidad contable quienes teniendo a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos originen su menoscabo mediante acciones y omisiones dolosas, culposas o gravemente negligentes [*vid.* SSTs (Salta Tercera) de 6 de octubre de 2004; de 16 de octubre de 2008; de 30 de enero de 2012; 1694/2018, de 25 de octubre; 317/2019, de 12 de marzo].

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, no ha introducido modificación alguna en la regulación de la malversación contable, modalidad que el art. 72.2 LFTCu describe del siguiente modo: «se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo».

En apoyo de la necesidad de mantener la coherencia lógico-sistemática entre las jurisdicciones penal y contable, debe recordarse lo dispuesto en el art. 18 LOTCu. Además de este precepto, cuando unos mismos hechos sean simultáneamente constitutivos de delito y de ilícito contable, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia. En similares términos se pronuncia el art. 49.3 LFTCu.

A propósito de la interpretación de ambos preceptos, la STS 163/2019, de 26 de marzo, precisa que «el hecho de que la jurisdicción penal sea competente para el enjuiciamiento de todos los delitos, incluidos aquellos de los que pueda derivarse responsabilidad contable, y en consecuencia para pronunciarse autónomamente sobre todos los elementos integradores del tipo delictivo, incluida la naturaleza pública de los fondos y la cuantificación de la malversación, en su caso, no excluye el respeto de lo establecido en el párrafo tercero del art. 49 de la Ley 77/1988, de 5 de abril, de *Funcionamiento del Tribunal de Cuentas* [...] cuando la responsabilidad civil derivada del delito coincide con la contable derivada del hecho de haber tenido el responsable penal a su cargo el manejo

de caudales o efectos públicos, y haber originado, con dolo, culpa o negligencia graves, menoscabo en dichos caudales o efectos, procede aplicar lo dispuesto en el referido art. 49.3º, abstenerse de pronunciamiento sobre responsabilidad civil *ex delicto* y reconocer la competencia del Tribunal de Cuentas al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos» (*vid.* STS 149/2015, de 11 de marzo y ATS de 28 de abril de 2021).

De tales consideraciones se extrae la conveniencia de mantener un mismo concepto de patrimonio público en las jurisdicciones penal y contable. No en vano, tal y como indica el ATS 20386/2023, de 13 de junio, la responsabilidad penal y la contable son complementarias: «el procedimiento de responsabilidad contable únicamente analiza los supuestos en los que el encargado de unos fondos públicos está obligado a retornarlos, sin derivarse de ello ninguna sanción por su comportamiento que, en los supuestos de dolo o culpa, será ventilada en el procedimiento penal o, en su caso disciplinario. El procedimiento penal, cuando proceda su iniciación, analizará la actuación que motivó cada saldo deudor en la cuenta de fondos públicos, sin entrar a decidir la obligación de retorno y su importe, por corresponder a la jurisdicción contable. De este modo, los dos procedimientos se complementan, pues mientras uno analiza si el funcionario es merecedor de sanción por su comportamiento, el otro sólo vela porque no se produzca un vaciamiento injustificado de los fondos públicos y que estos sean finalmente reintegrados (*vid.* ATS de 21 de marzo de 2023)».

Parecería ilógico que la sustracción del patrimonio de las entidades que integran el sector público pudiera ser considerada malversación contable y no, por el contrario, malversación a efectos penales. Ello supondría rechazar *de facto* la condición pública del patrimonio de tales entes, a pesar de que dicho carácter público es reconocido por el ordenamiento jurídico-administrativo.

La jurisdicción contable ha concluido en reiteradas ocasiones que el patrimonio de las sociedades mercantiles públicas es, valga la redundancia, de carácter público. En este sentido, la sentencia 1/2010, de 2 de marzo, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (reintegro por alcance n.º A10/05), señala que «la Administración [...] en el ejercicio de su potestad organizativa puede adoptar formas propias de derecho privado [...] utilizando modos y técnicas privadas para el cumplimiento de sus fines que, en todo caso, son de interés general, existiendo en su creación un fondo o núcleo constante e irreductible de carácter público. Este núcleo de carácter público, junto con su carácter instrumental, nos lleva a la conclusión, como ya pusimos de manifiesto en el anterior fundamento de derecho, de que los fondos con los que se nutren las mismas son de naturaleza pública, y no pierden ese carácter, aun cuando la gestión de los mismos se encomiende a entes instrumentales, pudiendo afirmarse que la relación entre la Administración pública titular de las acciones [...] y la sociedad mercantil creada por ella [...] es una relación de carácter fiduciario en que la sociedad actúa con unos fondos que nunca dejan de pertenecer a la Administración (entre otras, sentencia de la Sala de Justicia de 14 de noviembre de 2005 y sentencia de 30 de noviembre de 2000)» [vid. sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 1/2014, de 20 de enero (procedimiento de reintegro por alcance n.º C-108/09); 23/2017, de 13 de julio (procedimiento de reintegro por alcance n.º B-9/16); 25/2017, de 13 de julio (procedimiento de reintegro por alcance n.º B-296/15); 11/2018, de 27 de diciembre (procedimiento de reintegro por alcance n.º A124/17); así como SSTs (Sala Tercera) de 19 de julio de 2010; de 26 de noviembre de 2010; de 30 de junio de 2011; de 23 de diciembre de 2013; de 4 de febrero de 2014)].

Más recientemente, ya en vigor la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, la sentencia de la Sala de Justicia 3/2023, de 22 de marzo (procedimiento de reintegro por alcance n.º 123/2020), afirma que «la Sala de Justicia se ha pronunciado, en doctrina consolidada [...] sobre la

competencia de la jurisdicción contable para enjuiciar la posible existencia de responsabilidad de las sociedades mercantiles [...], dejándose establecido que el Tribunal de Cuentas no fiscaliza y enjuicia a las personas y entidades sometidas al derecho público, sino a las personas y entidades que manejan bienes, caudales o efectos públicos, sean éstas personas públicas o privadas y ya estén sometidas en el ejercicio de su actividad al derecho público o al derecho privado. El factor determinante de la competencia del Tribunal de Cuentas no es la naturaleza de la persona o entidad fiscalizada o enjuiciada o la rama del derecho para la que se rija, sino la naturaleza de los bienes, caudales o efectos que recaude, intervenga, administre, custodie, maneje o utilice dicha persona».

2.º Sería abiertamente incompatible con el concepto de autoridad y de funcionario público del art. 24 CP.

Como ya hemos visto, el art. 24 CP contiene una definición auténtica de autoridad y de funcionario público más amplia que la ofrecida por el ordenamiento jurídico-administrativo. La clave de bóveda sobre la que se erige el concepto penal de funcionario es la idea de participación en el ejercicio de funciones públicas. En el orden penal, más que al ropaje formal, debe estarse al contenido material de las funciones que desarrolla el sujeto.

En palabras de la STS 126/2021, de 12 de febrero, «el art. 24.2 del Código Penal vigente mantiene la cláusula amplia que ha sido tradicional en nuestra historia legislativa, atribuyéndole esta condición, no sólo a los que la ley asigna directamente la condición de funcionario, sino también a todos aquellos que por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones pública. Esta última cláusula permite dar un sentido amplio al concepto de funcionario, ya que la consideración de tal viene determinada por la participación de alguna manera, en el ejercicio de funciones públicas, estableciéndose una atribución de las notas características de los funcionarios por la materialidad de estar en un organismo público y realizar actividades que

sólo podrían ser llevadas a cabo por personas a las que se atribuye esta condición».

De ahí que la jurisprudencia haya admitido la posibilidad de atribuir la condición de autoridad y/o funcionario público a quienes integran el sector público institucional, siempre que concurren los elementos exigidos por el art. 24.2 CP (*vid.* SSTS 388/2023, de 24 de mayo; 815/2022, de 14 de octubre; 948/2022, de 13 de diciembre; 1023/2022, de 26 de abril; 1008/2022, de 9 de enero de 2023).

La configuración de un concepto penal amplio de autoridad y funcionario se justifica en orden a la adecuada tutela de la función pública y del interés general. De ahí que, en lógica coherencia, sea razonable acuñar en el orden penal un concepto amplio de Administración pública que integre la totalidad del sector público. De otro modo, se alcanzarían conclusiones absurdas e inconsecuentes: atribuir la condición de autoridad o funcionario público a quien gestiona el patrimonio de las entidades del sector público —que no constituyen Administración pública conforme al ordenamiento jurídico-administrativo—, en el bien entendido de que ello implica el ejercicio de función pública, y, sin embargo, rechazar que el patrimonio de dichas entidades constituya patrimonio público a efectos del ordenamiento jurídico-penal.

En definitiva, los conceptos de funcionario público y de Administración pública se encuentran interrelacionados y no admiten interpretaciones aisladas, a modo de compartimientos herméticos. Semejante proceder introduciría factores de distorsión en la configuración e interpretación de los delitos contra la Administración pública.

3.º Implicaría admitir la existencia de distintos ámbitos de protección entre los delitos de malversación y el delito de fraude a la Administración del art. 436 CP.

La delimitación de la relación entre los delitos de malversación (art. 432 CP) y de fraude a la Administración pública (art. 436 CP) reviste gran complejidad.

El delito de fraude a la Administración pública se ubica en el Capítulo VIII del Título XIX del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «De los fraudes y exacciones ilegales». A pesar de castigarse en distintos capítulos y de proteger bienes jurídicos distintos (STS 527/2021, de 16 de junio), puede afirmarse que ambas figuras delictivas, aunque desde diferentes prismas, tienen como misión proteger el patrimonio público. De ahí la dificultad a la hora de discernir sus respectivos campos de actuación y de precisar la relación concursal entre ambas modalidades delictivas (*vid.* STS 63/2017, de 8 de febrero).

El delito de fraude a la Administración pública castiga a la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público.

A pesar de configurarse como un delito de mera actividad cuya consumación no precisa la producción de un efectivo perjuicio, se trata de una infracción que persigue la tutela efectiva del patrimonio público. En palabras de la STS 657/2021, de 28 de julio, «la defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza, que se consuma por el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio de la entidad pública [...] Se trata, por tanto, de un delito que protege tanto el ilícito desempeño en la función como el patrimonio público».

De ahí que, además del concierto para defraudar, se exija probar la potencialidad lesiva de la conducta ejecutada para el patrimonio público. Tal y como señala la

STS 606/2016, de 7 de julio, «el hecho de que el delito no precise de ocasionamiento de daño y como delito de simple actividad baste el concierto con el propósito de defraudar al erario público, para consumir la infracción es preciso, sin embargo, concretar objetivamente ese concierto, así como su efecto perjudicial para el erario público».

Del propio tenor literal del precepto se infiere que el art. 436 CP extiende su ámbito de aplicación a todos los entes públicos sometidos a la contratación del sector público. Nótese que, con arreglo al art. 3 LCSP, el ámbito de aplicación subjetiva de la norma alcanza a la totalidad del sector público institucional y, por si esto fuera poco, el sujeto pasivo de la acción típica se describe en términos notablemente amplios, identificándose con «cualquier ente público».

A fin de garantizar una coherencia lógico-sistemática, resulta aconsejable interpretar que los arts. 432 a 435 CP y el art. 436 CP manejan un mismo concepto de patrimonio público. Sería ilógico entender que una conducta puede ser subsumida en el art. 436 CP, fruto del riesgo generado para el patrimonio de un ente público y, sin embargo, concluir que, para el caso de que el peligro que fundamenta lo injusto típico de esta modalidad delictiva cristalizase en la efectiva producción de un daño patrimonial, dicha acción no sería susceptible de sancionarse con arreglo al Capítulo VII del Título XIX del Libro II del Código Penal («De la malversación»), por entenderse que el bien sobre el que recae la acción típica no constituye patrimonio público conforme arreglo al art. 433 ter CP.

Por lo demás, el *nomen iuris* conferido a esta figura delictiva («fraude a la Administración») apoya lo señalado anteriormente acerca de la existencia de un concepto propio de Administración pública en el orden penal que se extiende a la totalidad del sector público.

4.º Distorsionaría gravemente la actual configuración de los delitos contra la Administración pública.

Desde una perspectiva sistemática, carecería de lógica admitir que un mismo individuo pudiera ser sujeto activo del delito de prevaricación administrativa, negociaciones prohibidas, cohecho, tráfico de influencias e, incluso, de fraude a la Administración pública y que, sin embargo, el patrimonio gestionado en el ejercicio de sus funciones no ostentare la condición de patrimonio público.

La doctrina y la jurisprudencia han admitido de modo abrumadoramente mayoritario la posibilidad de que los anteriores delitos puedan ser cometidos en el seno de las entidades del sector público que, a pesar de no ser Administración pública con arreglo al derecho administrativo, sí son parte del sector público institucional.

A modo de ejemplo, y a propósito de la posibilidad de apreciar el delito de prevaricación administrativa en relación con actuaciones desarrolladas en el seno de entidades privadas de capital público, la STS 481/2019, de 14 de octubre, señala que «para afirmar la tipicidad en el delito de prevaricación, este no refiere de modo expreso a las resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal [...] Los requisitos de la prevaricación en los supuestos de empresas de capital público son los siguientes: 1º) la condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública; 2º) que este sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de

carácter ejecutivo; 3º) que dicha resolución sea arbitraria, esto es, que se trate de un acto contrario a la justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho; 4º) que se dicte en un asunto administrativo, es decir, en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos, de publicidad y concurrencia; y 5º) "a sabiendas de la injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable». Criterio que también siguen, entre otras muchas, las SSTs 608/2018, de 29 de noviembre; 277/2018, de 8 de junio; 63/2017, de 8 de febrero; 358/2016, de 26 de abril; 526/2015, de 17 de septiembre o 149/2015, de 11 de marzo.

Idénticas consideraciones podrían realizarse respecto de cualesquiera otros delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio del cargo que, a su vez, generen un perjuicio patrimonial a un ente público. Resultaría paradójico atribuir la condición autoridad o funcionario a un sujeto en atención a las funciones desarrolladas en el seno de una entidad del sector público y, al tiempo, negar el carácter público del patrimonio de ese ente.

viii) Tratamiento jurisprudencial. Pese a que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha examinado esta cuestión en profundidad, algunos de los pronunciamientos judiciales dictados tras la reforma del Código Penal operada por la LO 14/2022 parecen ir en la línea apuntada en la presente Consulta.

Así las cosas, la STS 1023/2022, de 26 de abril, lejos de revisar a la luz del nuevo art. 433 ter CP el carácter público del patrimonio de un concreto ente del sector público, ratificó la vigencia del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2017 sobre el carácter público o privado de los caudales de una sociedad

mixta. Acuerdo que sigue vigente tras haber transcurrido más de seis meses desde la introducción del nuevo art. 433 ter en el Código Penal.

Este criterio también parece latir en la STS 1008/2022, de 9 de enero de 2023, a la vista de las consideraciones que se realizan en su fundamento de derecho cuarto (apartado 4.3.1).

Por último, no debe olvidarse que esta parece la única opción hermenéutica compatible con la *voluntas legislatoris* plasmada en el preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, en el que se indica que la nueva definición de patrimonio público del art. 433 ter CP constituye una simple mejora técnica, y en el que se apostilla que la reforma viene a sancionar cualquier clase de gasto indebido de fondos públicos por quien siendo autoridad o funcionario público tiene encomendada su custodia o administración.

Argumentos a los que debe sumarse el hecho de que esta parece ser la interpretación que mejor se acomoda a los arts. 17 y 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, así como al art. 4 de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal.

En definitiva, los argumentos expuestos permiten concluir que puede considerarse patrimonio público con arreglo al art. 433 ter CP —en los mismos términos que antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre— tanto el patrimonio de las sociedades mercantiles públicas (*vid.* acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017, *sobre el carácter público o privado de los caudales de una sociedad mixta*) como el de los restantes entes que, pese a no constituir Administración pública en sentido estricto con arreglo al art. 2.3 LRJSP y al art.

2.3 LPACAP, forman parte del sector público, como las universidades públicas o las fundaciones públicas (*vid.* STS 1023/2022, de 26 de abril de 2023).

5. Conclusiones

Primera. El art. 433 ter CP derivado de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, introduce una definición auténtica de patrimonio público en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Segunda. La definición de patrimonio público ofrecida por el art. 433 ter CP es válida a los solos efectos penales.

Tercera. El patrimonio de las entidades que, pese a no ostentar la condición de Administración pública en sentido estricto, integran el sector público tiene la consideración de patrimonio público a los efectos del art. 433 ter CP y, por consiguiente, puede ser objeto material de los delitos de malversación en los mismos términos en que venía siendo admitido por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir con las obligaciones que nuestro ordenamiento jurídico impone al Ministerio Público, las/los fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Consulta.

Madrid, a 16 de mayo de 2024
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Fdo.: Álvaro García Ortiz