

X.- 2. LA MALVERSACION

Juan Carrau Mellado

1. ANTECEDENTES.

La Ley Orgánica 1/2015 ha modificado de forma sustancial el delito de malversación.

Hay que recordar que este delito no se había modificado en los últimos 20 años, pues la redacción del Código Penal de 1995 (L.O. 10/1995) se había mantenido inalterada y que la reforma de 2003 (L.O. 15/2003) únicamente sustituyó la cantidad de 500.000 pesetas por la de 4.000 euros.

La malversación se había construido siempre como hurto o apropiación indebida de bienes públicos.

Retrocediendo en el tiempo, se comprueba que el Código Penal de 1973 o más bien de 1971 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el texto refundido del Código Penal, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) mantenía el mismo tipo penal siendo idéntica la conducta que se sancionaba.

En realidad la conducta típica (en relación con el hurto o apropiación indebida) se había mantenido inalterable en la ley española desde la primera codificación penal en España (1822).

En efecto, el capítulo III de ese Código (artículos 463 a 467) marcaba tipos similares a los vigentes hasta ahora aunque distinguía malversación impropia/propia, negligente/dolosa y temporal o de uso/definitiva. Así, la conducta típica se describía en el artículo 463 (referida a la malversación de uso) del siguiente modo:

Del extravío , usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tienen á su cargo.

ART. 463. Cualquier funcionario público que teniendo como tal á su cargo de cualquier modo la recaudación, administración, depósito, intervención ó distribución de caudales ó efectos pertenecientes al Estado, ó á la comunidad de una provincia ó pueblo, ó á algún establecimiento publico, extravié á sabiendas algunos de dichos caudales ó efectos, pero en términos de poder reemplazarlos inmediatamente que sean necesarios, y sin que hayan hecho falta para las atenciones del instituto, perderá su empleo, y pagará una multa de diez al veinte per ciento del importe de lo extraviado, y será apercibido. Si por este extravío hubiere dejado de pagar indebidamente alguna de las atenciones del instituto respectivo, se le impondrá además otra multa del diez al veinte por ciento de lo que haya dejado de pagar, y resarcirá los perjuicios que haya causado.

Pero para valorar adecuadamente la trascendencia del cambio, hay que observar que desde las normas más antiguas de la época romana (*lex iulia peculatus et de sacrilegis et de residuis*) hasta el año 2015, el tipo penal había permanecido invariable.

El cambio legal del 2015 rompe por tanto con una trayectoria invariable de más de 2000 años.

2. EL CAMBIO.

La Ley Orgánica 1/2015 resalta precisamente este cambio sustancial.

Así en la propia Exposición de Motivos de la ley se señala:

La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce **una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos**. De este modo **se incluyen** dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, **otros supuestos de gestión desleal** con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

Se incluye un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad.

Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas.

Pero el cambio introducido es doble porque de un lado la malversación se construye en relación a la administración desleal y a la apropiación indebida pero por otra parte, tanto la administración desleal como la apropiación indebida son ampliamente reformadas.

A pesar de lo novedoso de la modificación, es posible rastrear un precedente.

En efecto, en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 2014 (ponente Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta) en su fundamento jurídico décimo se dice:

(...) “En este sentido, podemos señalar la correlación del delito de malversación con el delito de administración desleal, con la diferenciación derivada de la naturaleza pública de los caudales en la malversación y privados en la administración desleal. En ambos se produce una despatrimonialización a partir de una disposición, o su consentimiento, fuera del ámbito autorizado.” (...)

Este pronunciamiento anticipa, parcialmente, el cambio legal que se haría un año más tarde.

3. ANÁLISIS DEL DELITO.

a.- Bien jurídico protegido

b.- Presupuestos

c.- Sujeto Activo

d.- Conducta

e.- Objeto

f.- Elementos subjetivos

g.- Tipos agravados

h.- Tipo atenuado

i.- Atenuación genérica.

a.- El bien jurídico protegido permanece inalterable. La doctrina habla de la doble naturaleza del delito. Por un lado es un **delito contra la Administración Pública** y por otro, es un **delito económico o contra el patrimonio**. El tipo penal está destinado a proteger el correcto funcionamiento de la administración por una parte y, por otra, la integridad patrimonial.

Estos valores protegidos se mantienen con la reforma.

b.- Requería la ley y la jurisprudencia unos **presupuestos** para la existencia del delito que, parcialmente, se han alterado tras la reforma:

- La cualidad de funcionario del sujeto activo que con la reforma se mantiene.
- El poder de disposición del funcionario sobre los bienes que ahora debe ser interpretado como capacidad de administrar o decidir sobre ellos.
- El carácter público de los caudales que en la nueva ley se mantiene con la denominación de patrimonio público. Se abandona el término caudales y por tanto la consideración de bienes muebles.

Este cambio supone ampliar el objeto del delito a inmuebles, derechos expectantes, derechos de crédito, activos, etc...cuando hasta ahora estaba claramente vedado por la jurisprudencia. Así, entre otras, la sentencia 986/05 de 21 de Julio o la sentencia de 238/2010 del TS de 17 de Marzo o las sentencias de *14.3.95, 5.3.90, 27.9.91, 5.5.93, 18.3.94, 7.2.94, 19.5.2004, 20.12.2000 o 21.7. 2005.*

- Si antes era necesaria la presencia de un dolo y un ánimo de beneficio económico propio o de tercero, ahora debe traducirse en dolo de perjudicar en patrimonio administrado en beneficio propio o de terceros.

c.- Como hemos indicado, no se aprecia modificación en **el sujeto activo del delito** que debe ser un funcionario en los términos que la

jurisprudencia considera a los efectos penales y sin perjuicio de la intervención del *extraneus*.

d.- La conducta típica ha cambiado de manera radical, no se contiene ningún verbo en el precepto y ahora se remite a la acción de la administración desleal y a la de la apropiación indebida.

e.- Ya se ha señalado que **el objeto del delito** se amplía de manera clara pudiendo ser objeto de este delito todo lo que integra el patrimonio público.

Patrimonio público que debe ser interpretado conforme la jurisprudencia anterior en relación a la naturaleza pública (por pertenencia, incorporación, destino, etc...)

f.- En cuanto a los **elementos subjetivos** del tipo se mantiene la exigencia de dolo, si bien este podría ser directo o eventual (la sentencia del TS de 26-9-2013 parece referirse a ello).

g.- El número 3 del artículo 432 establece un **tipo agravado** de manera alternativa *cuando se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros* añadiendo un párrafo final que permite llegar a una pena de 12 años de prisión:

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

h.- El artículo 433 establece un **tipo atenuado** cuando el perjuicio ocasionado es inferior a 4.000 euros.

i.- Es muy novedosa la introducción en el artículo 434 de una **atenuación genérica muy cualificada** en relación a quienes hubieren *reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.*

En este caso parece que es imperativa la obligación de atenuar en un grado la pena.

4. PROBLEMAS CONCURSALES Y SUPUESTOS DIVERSOS.

La nueva redacción del artículo 432 va a suponer ahora una multiplicación de los supuestos de colisión entre la malversación y el fraude a la administración.

Si malversación es cuando el funcionario administra de manera desleal, parece evidente que cuando se concierta con un tercero para defraudar (fraude del 436) malversa al tiempo que defrauda.

Las únicas diferencias ahora entre el 436 y el 432 es que el primero se consume desde el concierto mismo (consumación anticipada) y que no precisa de obtener un resultado lesivo (se puede sancionar aunque no ocasiones perjuicio al patrimonio público).

Estos problemas concursales ya existían en la anterior redacción.

Las más modernas y razonadas sentencias del Tribunal Supremo se decantaban por sancionar ambos delitos si bien en ocasiones uno de ellos (fraude) podía estar en concurso medial con el otro (malversación).

La sentencia del Tribunal Supremo de 28-2-2014 siendo ponente el Excmo. Sr. Antonio del Moral tras relatar los diversos criterios sobre los concursos delictivos entre fraude y malversación optaba por sancionar ambos delitos sin perjuicio de aplicar la relación medial de uno respecto de otro.

En idéntico sentido la, ya citada, sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 2014 en la que se sancionan ambos delitos como concurso de delitos y no de normas.

Línea jurisprudencial que se había iniciado con la sentencia del Tribunal Supremo de 27-9-2002 siendo ponente el Excmo. Sr. Cándido Conde Pumpido.

La anterior polémica sobre si existía malversación en aquellos casos en que la administración había recibido un servicio o contraprestación por los fondos públicos aunque estos fueran desproporcionadamente elevados en relación al lo recibido, parece que puede tenerse por decaída.

Anteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 5-4-2002 siendo ponente el Excmo. Sr. Enrique Abad Fernández consideró que no existía delito del malversación por el pago (elevadísimo) de una Administración para que

las camisetas de un club de futbol hicieran publicidad. Ello parecía chocar radicalmente con la nueva dirección de la sentencia del Tribunal Supremo de 18-11-2013 (ponente el Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano) en la que se consideró que sí que existía delito de malversación al pagar una minutas de abogado desproporcionadas por unos servicios de asistencia jurídica.

La nueva redacción parece resolver el problema ya que administrar deslealmente es pagar un precio superior y desproporcionado por unos servicios perjudicando así el patrimonio público que se administra. No habría duda de que se cometería delito de malversación.