

## MESA REDONDA

### **“Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública”**



#### **El delito de falsificación de cuentas públicas del artículo 433 bis del Código Penal**

**Alejandro Luzón Cánovas.**  
Fiscal Anticorrupción

Madrid, 18 de febrero de 2014

#### Introducción

Con motivo de la grave crisis económica que vive nuestro país y que se manifestó con especial virulencia entre los años 2011 y 2013, el Parlamento español aprobó una serie de leyes dirigidas a reformar determinados sectores económicos, a luchar contra el fraude y a mejorar la transparencia de la información y las normas de buen gobierno, especialmente en el ámbito público, con el objetivo último de regenerar una confianza en las instituciones democráticas y en quienes las sirven que buena parte de los ciudadanos españoles parece haber perdido<sup>39</sup>. En este marco nacen, entre otras, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El Preámbulo de la LO 7/2012, justifica la necesidad de reformas penales en aquellas actividades económicas en las que “*existe una mayor percepción del fraude*” que se concretan en una profunda revisión de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en la modificación de los delitos contra los derechos de los trabajadores y en la introducción del artículo 433 bis para “*dotar de la máxima transparencia al sector público y garantizar la*

<sup>39</sup> A esta pérdida de confianza contribuye sin duda el alto índice de percepción de la corrupción en España. En el primer informe de la Unión Europea sobre corrupción, presentado el 3 de febrero de 2014, la Comisión Europea revela que el 95% de los ciudadanos españoles considera que la corrupción en España está muy extendida, el 63 % piensa que les afecta en su vida cotidiana, el 54% que dificulta a su empresa para hacer negocios en el país y solo el 10% considera que los esfuerzos del Gobierno para combatirla son eficaces. Estos datos, mucho peores que la media europea, dibujan un escenario alarmante y dificultan la entrada de inversores para hacer negocios en nuestro país.

*confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas.”*

El artículo 433 bis queda redactado del siguiente modo:

- «1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.
3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.»

Ante las continuas modificaciones legislativas y la imparable incorporación de nuevas conductas típicas en el Código Penal que, desde su entrada en vigor en 1996, cuenta ya con veintisiete reformas, debe comenzar por cuestionarse la propia necesidad de introducir este artículo 433 bis para castigar el falseamiento contable en el ámbito público, toda vez que el artículo 390 ya castiga las diferentes modalidades falsarias cometidas por funcionario público y el falseamiento contable se encuentra penado en el artículo 290 del Código Penal. El artículo 433 bis presenta notables similitudes con el citado delito societario pues en ambos casos la actuación mendaz ha de recaer sobre la contabilidad, documentos o información que deban reflejar la situación económica de la entidad y ser potencialmente capaz de originar a esta última un perjuicio económico, de tal modo que si lo que se pretendía era castigar el falseamiento contable en el ámbito público, realmente bastaba con haber ampliado el supuesto del artículo 290 a las entidades públicas en lugar de introducir un nuevo precepto de penalidad privilegiada frente a aquél.

Por otra parte, si de lo que se trataba era de poner coto al hecho de efectuar gastos sin crédito, tal y como se reflejaba en la Memoria de Impacto Normativo que acompañaba el Anteproyecto de 24 de julio de 2012, debería haberse tipificado tal conducta de gestión irregular para sancionar la realización de gastos sin habilitación presupuestaria o una vez agotado el crédito disponible.

Pero nada de esto se ha hecho, de tal manera que el legislador, sin duda para evitar la existencia de lagunas punitivas en una materia en la que el reproche social es cada vez mayor, ha empleado una vez más la deficiente técnica legislativa consistente en acumular descripciones

típicas en gran parte coincidentes, provocando una difícil coexistencia entre conductas de características similares y cuyo deslinde no resulta sencillo.

### Bien jurídico protegido y fin de la norma

Con una discutible sistemática y contradiciendo la finalidad declarada en el Preámbulo de la Ley de dotar de transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de su información económica, el precepto no ha sido ubicado entre las falsedades, a las que se dedica el Título XVIII del Libro II, sino en el Título siguiente, correspondiente a los “Delitos contra la Administración Pública”, incluido en el capítulo VII de la malversación, delito con el que poca semejanza guarda pues, si se analiza con rigor el artículo 433 bis, el bien jurídico que se pretende proteger es la autenticidad de la documentación contable y financiera de la entidad, para evitar que de su falseamiento pueda derivar un perjuicio económico, mas no necesariamente el hecho de originar gastos al margen de lo presupuestado o autorizado con daño a las arcas públicas y, mucho menos, la sustracción de los caudales de los entes públicos.

A semejanza del artículo 290 CP que castiga el falseamiento contable en el ámbito privado, se protege el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la actuación económica de la entidad<sup>40</sup> y también sus propios intereses patrimoniales. Si ya en el ámbito privado “el interés evidente de que la actividad mercantil, en todas sus facetas, refleje la realidad de la situación económica de las empresas, es algo más que un mero formalismo” hasta el punto de que “el bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba<sup>41</sup>”, tratándose de entidades públicas, estas exigencias de veracidad y transparencia aparecen indudablemente reforzadas.

Recientemente y para salvaguardar la estabilidad presupuestaria consagrada constitucionalmente en el artículo 135, la transparencia de las cuentas públicas ha sido elevada a la categoría de principio general en la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, al establecer en su artículo 6.1 que “La contabilidad de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, así como sus Presupuestos y liquidaciones, deberán contener información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera...”. Meses después, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno viene a regular las obligaciones de transparencia dentro de los principios generales de publicidad activa a que dedica el Capítulo II del Título I, “Transparencia

<sup>40</sup> STS 1217/2004, de 2-11. El bien jurídico protegido está conectado con el recto funcionamiento de una economía de libre de mercado, que exige que los distintos agentes económicos se atengan al principio de buena fe, dentro del que cabe incluir el de la veracidad de los datos que sobre su situación económica y jurídica vengán obligados a hacer públicos (STS 625/2009, de 17-6)

<sup>41</sup> .STS 867/2002, de 29-7, caso Banesto.

de la actividad pública.” En definitiva, el bien jurídico directamente protegido por el artículo 433 bis CP es el principio de transparencia.

Solo puede justificarse que el precepto se sitúe entre los delitos contra la Administración Pública en la medida en que se entienda que el nuevo tipo penal incrementa la defensa del bien jurídico referido al control de la utilización de los recursos públicos, protege el correcto funcionamiento de la Administración y desarrolla el deber genérico de fidelidad de los funcionarios. Se trata en todo caso de una tangencial protección de los recursos públicos, que solo aparece más nítidamente formulada en el tipo agravado de causación de un perjuicio económico, que sí se aproxima más a los delitos de malversación, aun sin la necesaria concurrencia de ánimo de lucro en el sujeto activo.

### Las conductas típicas

A semejanza del artículo 290 CP con el que se haya emparentado, se trata de un delito de estructura mixta: se configura como un delito de peligro en los apartados 1 y 2 al precisar la falsedad para su consumación de una idoneidad o aptitud de la conducta típica para lesionar el patrimonio de la entidad y como un delito de lesión, que obliga a imponer las penas señaladas en el apartado 3 si se llegara a producir el perjuicio económico.

El número 1 del artículo 433 bis contiene la modalidad básica de la conducta, consistente en la elaboración de un documento en el que se incluyen datos que no son ciertos o se omiten otros cuya constancia resulta necesaria para reflejar la realidad económica o financiera de la sociedad, siempre que esta conducta sea idónea para causar un perjuicio económico. La acción típica es falsear, cuyas cuatro modalidades se contienen en el artículo 390 CP que castiga a la autoridad o funcionario público que las comete en el ejercicio de sus funciones. No cabe duda de que el falseamiento documental del artículo 433 bis incluye todas estas conductas, también la llamada falsedad ideológica del nº 4. Y ello porque la redacción lo permite, al referirse a falsear información destinada a documentarse y no solo a falsear documentos y porque, además, la falsedad ideológica solo se excluye para los particulares (artículo 392 CP) de conformidad con una doctrina jurisprudencial que se plasmó en el Código Penal de 1995, por la cual el particular que falta a la verdad en la declaración de hechos que quiere incorporar a un documento no comete delito, ya que no existe un deber de veracidad por parte de los ciudadanos equiparable al que incumbe al funcionario público<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> SSTS 1061/2012 de 21-12 y 935/2013, de 5-12. Incluso la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido, resulta punible para particulares, como acordó por mayoría el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26-2-1999. “El apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente (STS 331/2013 de 25-4). En las sentencias más recientes dictadas sobre la controvertida cuestión de si las falsedades documentales ideológicas cometidas por particulares (generalmente la elaboración de facturas falsas) se encuadran en el apartado 2º del artículo 390.1 (punible) o en el 4º del mismo precepto (impune) se ha consolidado el primer criterio, de tal modo que las

El número 2 castiga la facilitación de documentos o información mendaz a terceros. Se refiere a documentación o información que inicialmente no forma parte de un documento, pero que encuentra reflejo posterior en el mismo. De este modo se solucionan los problemas de tipicidad que pueden plantearse cuando el autor no emite el documento falso, sino que se limita a introducir la información mendaz que luego queda incorporada a un soporte documental escrito o de otra naturaleza. Además, en este apartado se incluye la conducta de facilitar esta información o documentación falsa “a terceros” siempre que tal información o documentos sean idóneos para causar un perjuicio económico a la entidad, lo que permite incluir conductas de transmisión de información mendaz a personas físicas o jurídicas ajenas a la propia entidad pública, especialmente, aunque no de manera exclusiva, a los destinatarios de esta información, esto es, la Administración General del Estado, los organismos de control de las cuentas públicas (Intervención General de la Administración del Estado, Tribunal de Cuentas) y las autoridades Europeas. Esta información, documentada o incluso verbal, puede versar, como recuerdan MOCHÓN LÓPEZ y MOLINA MESA, sobre realidades constatables, pero también sobre datos estadísticos o incluso sobre previsiones, abriendo el abanico de las modalidades falsarias, pues la propia naturaleza de la previsión que se predica de una información contenida en un documento choca con la posibilidad de que éste pueda ser considerado como documento oficial<sup>43</sup>.

Con la tipificación del suministro de información mendaz, se sigue una reciente tendencia legislativa que sanciona la difusión de informaciones falsas que generen un beneficio o causen un perjuicio si bien, como apunta GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, la finalidad que persiguen estos preceptos (artículos 282 bis y 284.2 CP) es distinta, más orientada a la protección de la competencia y de los consumidores<sup>44</sup>. Por otro lado, la propagación de información falsa resulta más idónea para obtener un beneficio o incluso causar un perjuicio ajeno que para perjudicar a la propia entidad.

En los dos primeros párrafos del artículo 433 bis solo se exige que la falsedad sea idónea para ocasionar un perjuicio a la sociedad. En el supuesto del párrafo tercero, dicho perjuicio ha de haberse traducido en un resultado lesivo. Tal perjuicio económico puede consistir tanto en un daño emergente como en un lucro cesante, siempre que recaiga exclusivamente sobre la entidad de la que depende el sujeto activo pues, a diferencia del artículo 290 CP y sin justificación aparente, no forma parte del tipo el perjuicio de un tercero. En realidad, la mayor parte de las

---

llamadas falsedades ideológicas siguen estando penadas, si bien con un carácter más restrictivo, en el actual texto penal (SSTS 278/2010, de 15-3; 309/2012, de 12-4; 876/2012 de 24-10 y 280/2013 de 2-4.

<sup>43</sup> MOCHÓN LÓPEZ, L. y MOLINA MESA, J., *La protección penal de las finanzas públicas y la responsabilidad de los gestores públicos (El artículo 433 bis del Código Penal)*, Civitas/Thomson Reuters, abril 2013, pág. 186.

<sup>44</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. *¿Qué queda de la reforma del Código Penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis*, Diario La Ley, nº 8020, 11 de febrero de 2013, pág. 6.

conductas falsarias no van a ocasionar un perjuicio a la propia entidad del mismo modo que el lucro cesante por pérdida de ingresos públicos difícilmente podrá generarse mediante el falseamiento de la contabilidad pública.

Más bien, como acertadamente señalan MOCHÓN LÓPEZ y MOLINA MESA, el perjuicio económico consistirá en producir un desequilibrio en las cuentas públicas, bien consignando ingresos superiores a los reales u ocultando el importe real de los gastos, bien dejando de contabilizar determinados gastos, lo que incluye las popularmente conocidas como “facturas del cajón”, o contabilizando tales gastos con posterioridad a su devengo<sup>45</sup>. Estas son propiamente las conductas idóneas para ocasionar un perjuicio económico, pero no a la entidad propiamente dicha como exige el tipo penal sino a la Administración, por la falta de credibilidad que se genera y el consiguiente incremento en el coste de la financiación obtenida a través de la deuda pública, que termina por dañar los objetivos de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

A partir de ahí, establecer la necesaria relación de causalidad entre la falsedad documental o la información falsa facilitada a terceros y el perjuicio económico ocasionado no será tarea fácil. Pensemos en la atribución a una información falsa del incremento del coste de financiación de la deuda pública, a la vista de los múltiples factores que en una economía global influyen en su determinación. A conseguirlo puede ayudar que el tipo penal no establezca una cuantía mínima del perjuicio, bien en términos absolutos, bien por referencia a un porcentaje de los ingresos o gastos presupuestados en el ejercicio en cuestión, aunque esta indeterminación conlleve que perjuicios económicos irrisorios agraven la pena.

Por otra parte, el precepto no exige ánimo de lucro ni contempla el posible beneficio que pudiera obtener el funcionario, conductas que son objeto de sanción en otros delitos contra la Administración pública de contenido económico, especialmente la malversación que, en tales casos, se aplicará preferentemente.

## Objeto del delito

El objeto de la conducta falsaria debe ser la contabilidad u otros documentos que deban reflejar la situación económica de la entidad o la información contenida en los mismos, redacción muy similar a la del delito societario del artículo 290 del Código Penal, a cuya interpretación jurisprudencial deberá en principio acudir. Como en este precepto, la definición legal del objeto del delito se determina con un *númerus apertus* en el que solo se singulariza la contabilidad, esto es, las cuentas anuales que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden, de conformidad con el artículo 34.1 del Código de Comercio, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, a las que el artículo 254.1 del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto

---

<sup>45</sup> MOCHÓN LÓPEZ, L. y MOLINA MESA, J., *Ob. cit.*, págs.. 191 a 195.

Refundido de la Ley de Sociedades de Capital añade un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio y un estado de flujos de efectivo. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo penal y que, como la contabilidad, cumplen la función de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros y de manera singularmente reforzada a los agentes públicos, se encontrarán otros muchos y “en general todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado<sup>46</sup>.”

No obstante, debe tenerse presente que aunque tradicionalmente la normalización contable pública en España ha tomado como referencia la normativa contable aplicable al sector empresarial, su adaptación a las características y particularidades de las Administraciones Públicas determina que contabilidad pública y privada no puedan equipararse. La Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Pública delimita tanto los criterios contables a aplicar a las cuentas públicas como la información a presentar, estableciendo relevantes diferencias con el Plan General de Contabilidad aprobado por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, en el marco conceptual, los criterios de reconocimiento y valoración de los elementos de los estados financieros y la presentación de las cuentas anuales<sup>47</sup>. En este sentido, como recuerda URÍA FERNÁNDEZ, la norma básica a tener en cuenta es la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que dedica su Título V a la contabilidad en el sector público estatal y en el que, respecto al a formulación de las cuentas anuales, se establece que comprenderán “el balance, la cuenta del resultado económico-patrimonial, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo, el estado de liquidación del presupuesto y la memoria” (artículo

---

<sup>46</sup> STS 696/2012, de 26-9, que cita la STS 1458/2003 de 7-11 que menciona, “sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles documentos”, los siguientes: “los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España. Además, entre estos documentos habrán de incluirse los informes tendentes a obtener financiación, los que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc.) o, como indica SEQUEROS SAZATORNIL, el programa de fundación o el informe de gestión que se adjunta a las cuentas anuales y cuyo fin es contener una exposición fiel de la evolución de los negocios y la situación real de la sociedad, reflejando los acontecimientos más importantes ocurridos desde el cierre del ejercicio, la evolución previsible y demás particulares (*Delitos societarios y conductas afines*, Madrid 2006, 2ª edición, pág. 137).

<sup>47</sup> Por ejemplo, es estrictamente público el principio de desafectación, que establece que como norma general no existe una vinculación entre las distintas partidas de ingresos y gastos presupuestarios. Otra significativa diferencia entre contabilidad pública y privada está en la definición de activo. A diferencia del PGC, el PGCP también considera activos aquellos elementos que no generan rendimientos económicos a la entidad sino que benefician a la colectividad, ya que el objetivo de las administraciones públicas no tiene por qué ser la obtención de una rentabilidad económica sino la prestación de servicios a la sociedad favoreciendo la redistribución de renta. Sobre las diferencias entre contabilidad pública y privada, véase ISABEL BRUSCA y EMILIO MARTÍN, *Contabilidad pública vs. Contabilidad privada: la reforma de la contabilidad pública frente a la empresarial*, Revista de Contabilidad y Dirección, Vol. 13, año 2011, Universidad de Zaragoza, págs.175-202.

128.1) documentos a los que se sumarán, a los efectos del precepto que se analiza, todos aquellos que reflejen la realidad económica de la entidad pública<sup>48</sup>.

La inclusión de los llamados documentos internos en el ámbito objetivo del delito genera ciertas dudas, en la medida en que, en principio, no aparecen destinados al tráfico jurídico ni están llamados a surtir efectos frente a terceros. Aunque el precepto no los menciona expresamente, el Preámbulo de la LO 7/2012 dice que puesto que el delito de falsedad documental es de aplicación preferente, el artículo 433 bis *“será en particular aplicable a la falsificación y mendacidad de documentos internos que, sin embargo, son relevantes para la adopción de decisiones de trascendencia económica.”* Y la Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto considera la punición de los documentos internos como una de las razones de la nueva regulación.

A pesar de los deseos del legislador, entiendo que el castigo de la falsedad en documentos internos solo será posible de forma mediata, cuando se incorporen a un documento que refleje la situación económica de la entidad pública o su contenido aparezca también recogido en alguno de esos documentos económicamente relevantes. Y ello porque los documentos internos no encajan por sí mismos en el art. 26 CP que *“requiere que el documento esté destinado por su autor, o por un tercero, a la entrada en el tráfico jurídico y que tenga cierta trascendencia en orden a la acreditación de su contenido o a la constitución de efectos jurídicos”*<sup>49</sup>. En consecuencia, cuando se mantienen como tales documentos internos y, de meros borradores, notas o consultas, no se trasladan a otro documento con eficacia probatoria u otro tipo de relevancia jurídica, carecen de la idoneidad objetiva para cometer en ellos la falsedad típica.

El artículo 433 bis contiene el término *“información”*, novedoso en relación con otros preceptos afines y que genera ciertas dudas interpretativas sobre las que ya alertó el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de Ley de 28 de junio de 2012, al considerar que el concepto jurídico-penal de documento, concebido de manera extensa en el artículo 26 del Código Penal, ya comprende cualquier soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones. Se trataría así de una expresión algo perturbadora y desde luego redundante en la medida en que el documento es un soporte que contiene exactamente eso, información. Sin embargo, a mi modo de ver la inclusión de este sustantivo no resulta superflua pues, en el número 1 del artículo, permite abarcar sin margen alguno de duda las falsedades ideológicas, como hemos visto. Y, sobre todo, en el número 2 se estaría refiriendo a la información mendaz que se difunde oralmente, como acertadamente sugiere

---

<sup>48</sup> URÍA FERNÁNDEZ, F. *El nuevo delito de falsedad contable pública y el principio de transparencia en el ámbito público y privado*, ponencia presentada en las XVIII Jornadas de Presupuestación, Contabilidad y Control Público, organizadas por la Intervención General de la Administración del Estado y celebradas en la Real Casa de la Moneda (Madrid) los días 17 y 18 de febrero de 2014.

<sup>49</sup> STS 350/2005 de 17-3. *“para el Código, lo protegido no es tanto la expresión documentada de un dato, hecho o narración, sino la funcionalidad del mismo, esto es, la función probatoria, la de garantía o algún tipo de relevancia jurídica.”*

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, extendiéndose así de manera novedosa el ámbito de lo punible a esta conducta<sup>50</sup>.

## Autoría y participación

Por la determinación del sujeto activo, el artículo 433 bis es un delito especial propio, que solo puede ser cometido por una categoría de personas: la autoridad y el funcionario público, si bien en esta clase de ilícitos es perfectamente posible la participación delictiva del *extraneus* a título de inductor, cooperador necesario o cómplice<sup>51</sup>.

Se castiga tanto al funcionario que falsea los documentos contables como al que facilita la información falsa. Este segundo supuesto sanciona de manera autónoma a quien en realidad está participando en un delito ajeno que, si no llegara a cometerse por no emitirse finalmente el documento falso a que se refiere el número 1 constituiría, de no existir esta previsión legal, una mera participación intentada impune. Como quedaría igualmente impune la mera difusión de información o documentación falsa “a terceros” quienes, por recibirla o incluso divulgarla, no cometen, en principio ningún delito.

El artículo 24 del Código Penal ofrece una definición de autoridad y otra de funcionario público, consideradas por la jurisprudencia como conceptos autónomos a efectos penales, en el sentido de que no remite a otras normas o disposiciones del derecho administrativo o laboral con las que puede no concordar<sup>52</sup>. El concepto penal de autoridad, coincidente con el administrativo, no presenta dificultades interpretativas, al contrario que el de funcionario público.

El Código Penal equipara en ocasiones a los funcionarios públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas (artículos 416, 423 o 435) asimilación punitiva que no implica identidad conceptual pero que sí evidencia que la línea divisoria entre funciones públicas y privadas se encuentra en la actualidad muy desdibujada, con una Administración que deja con frecuencia en manos de empresarios privados la ejecución o prestación de servicios públicos y que utiliza instrumentos de derecho privado para llevar a cabo determinadas prestaciones públicas. Precisamente la condición de funcionario a efectos penales viene definida no tanto

---

<sup>50</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. *Ob. cit.*, pág. 5.

<sup>51</sup> STS 552/2005, de 9-5.

<sup>52</sup> STS 2208/1993, de 11-10. La STS 1030/2007, de 4-12, recuerda que el concepto esta “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”. El concepto administrativo de empleado público se contiene en el artículo 8.1 de la Ley 7/2007, de 12-4, del Estatuto Básico de la Función Pública, conforme al cual son empleados públicos “quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”, lo que representa un evidente acercamiento entre la figura del trabajador funcional y el laboral.

por la nota de incorporación o permanencia sino por la participación en la función pública, a la que en todo caso habrá de accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el artículo 24<sup>53</sup>.

El problema se traslada así a qué debe entenderse por función pública. Siguiendo a ROCA AGAPITO, caben cuatro concepciones diferentes de la función pública: la material finalista, que define la función pública por su contenido o finalidad, lo que genera cierta inseguridad y excesiva amplitud pues el desempeño de funciones de interés colectivo no las convierte en públicas; la tesis formal, conforme a la cual si la actividad está sometida a derecho privado serán funciones privadas, siendo pública la actividad sometida a derecho público y que deja fuera muchos supuestos de actividad administrativa encubierta bajo formas societarias mercantiles; la tesis subjetiva, para lo que lo esencial es la titularidad de la actividad y lo accidental la forma de gestión de la misma, concepción que resulta tautológica en la medida en que es funcionario quien ejerce funciones públicas y éstas son las ejercidas por funcionarios y, finalmente, el criterio mixto restrictivo, que combinaría los tres anteriores de tal modo que serán funciones públicas las sometidas a derecho público para cumplir una finalidad pública desarrollada por un ente público<sup>54</sup>.

Conforme a este último criterio restrictivo, que entendemos se ajusta mejor al contenido del artículo 433 bis que se refiere a un funcionario público que “depende” de una “entidad pública”, el tipo penal se extendería, en el ámbito estatal, a las Entidades Estatales de Derecho Público, no empresariales<sup>55</sup>, las Agencias Estatales<sup>56</sup>, las Entidades Públicas Empresariales<sup>57</sup>, los Organismos Autónomos<sup>58</sup> y las Fundaciones del Sector público. Las

---

<sup>53</sup> STS 876/2006, de 6-11, que recuerda que “la participación en el ejercicio de funciones públicas [es] el requisito básico e imprescindible”. La STS 1292/2000, de 10-7 señala que “lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública.”

<sup>54</sup> ROCA AGAPITO, L. *Concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, mayo agosto 2013, nº 31, págs. 151 a 182.

<sup>55</sup> Lo son la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), el Consejo Económico y Social (CES), el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), el Museo del Prado o el Instituto Cervantes.

<sup>56</sup> Son “entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias” (artículo 2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos). Son Agencias Estatales el Boletín Oficial del Estado (BOE), el Centro Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) o la Agencia Estatal de Meteorología.

<sup>57</sup> Aparecen definidas en el artículo 53.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, como los “Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.” Precisamente por eso, su sometimiento al derecho privado queda exceptuado cuando actúen “en el ejercicio de potestades administrativas que tengan atribuidas” (artículo 53.2 de la Ley 6/1997). Son Entidades Públicas Empresariales el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), Aeropuertos

Sociedades Mercantiles Estatales plantean más dudas. Como las Entidades Públicas Empresariales, forman parte del sector público empresarial (artículos 2 y 3 de la Ley General Presupuestaria) pero operan en el mercado y se rigen por el ordenamiento jurídico privado (artículo 53 y Disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado)<sup>59</sup>. Teniendo esto en cuenta y que a las Sociedades Mercantiles Estatales -a diferencia de a las Agencias Estatales, Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales- no les atañe la ejecución de las políticas y servicios públicos y que tales Sociedades “en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública” (Disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997), considero que deberían quedar fuera del ámbito punitivo del artículo 433 bis y que quienes dependan de ellas en principio no tendrán la condición de funcionarios, aplicándose en su caso el artículo 290 CP. Ello no obstante y toda vez que en la práctica el encaje administrativo de estas sociedades mercantiles estatales no siempre se ajusta a la literalidad de los mencionados preceptos, habrá que analizar caso por caso si la concreta sociedad tiene asignada la prestación de un servicio público pues, en estos casos, la jurisprudencia viene considerando públicos sus caudales a los efectos del delito de malversación<sup>60</sup>.

Una vez delimitado qué entidades ejercen funciones públicas, resulta algo más sencillo determinar si sus responsables y empleados tienen o no la consideración de funcionarios públicos a efectos penales pues, en este punto, el criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es muy amplio, incluyendo en el concepto del artículo 24 CP a los funcionarios de hecho, que desempeñan una función pública aunque no reúnan todas las calificaciones o

---

Españoles y Navegación Aérea (AENA), el Consorcio de Compensación de Seguros o a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.

<sup>58</sup> Los Organismos Autónomos “se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos” (artículo 45.1 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado)<sup>58</sup>.

<sup>59</sup> Son Sociedades Mercantiles Estatales, entre otras, Paradores de Turismo de España, S.A, Concesionaria del Aeropuerto de Madrid Barajas, S.A., Empresa Nacional de Innovación, S.A., Empresa para la Gestión de Residuos Industriales, S.A., Minas de Almadén y Arrayanes, S.A. o las sociedades estatales de estiba y desestiba de diferentes puertos marítimos españoles.

<sup>60</sup> Así la STS 1889/2002, de 13-11, en relación a ENATCAR, Empresa Nacional de Transporte de Viajeros por Carretera, al estar regulada en los arts. 6.2 LGP y porque “al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado” o la STS 1590/2003, de 22-4-2004, respecto al Presidente de IMPROASA, encargado de preparar la venta de una empresa pública para que su privatización se realizara con respeto a los intereses generales. Este tema es tratado extensamente en LUZÓN CÁNOVAS, A. *Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación*, Actualidad Aranzadi, nº 276, 9-1-1997.

legitimaciones requeridas, así como a interinos o sustitutos, por su similar cuadro de derechos y obligaciones<sup>61</sup>.

La expresión “entidad pública de la que dependa” que emplea el artículo 433 bis resulta controvertida, pudiendo dar lugar a interpretaciones restrictivas contrarias al espíritu de la norma, tales como exigir una relación de dependencia que, en el caso de “autoridades”, pudiera ser discutible. Por ello, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 7 de junio de 2012 propuso, sin éxito, que el texto hiciera referencia a la entidad pública donde la autoridad o funcionario público ejercieran sus funciones, de forma permanente u ocasional, propuesta que hizo suya el grupo parlamentario de CIU en la enmienda nº 77 al Proyecto, con idéntico resultado. Esta corrección podría haber permitido incluir como sujetos activos del delito a los auditores de la entidad.

Aunque, a diferencia del artículo 290 CP, el precepto no menciona a los administradores de hecho o de derecho, la conducta falsaria del número 1 solo la pueden cometer aquellos funcionarios que administren la entidad, pues únicamente ellos estarán facultados para elaborar o autorizar tales documentos<sup>62</sup> y, de manera especial, los llamados cuentadantes o titulares de las entidades y órganos sujetos a la obligación de rendir cuentas referidos en el artículo 138 de la Ley General Presupuestaria, responsables de la información contable y a quienes corresponde rendir, en los plazos fijados al efecto y debidamente autorizadas, las cuentas que hayan de enviarse al Tribunal de Cuentas. Por el contrario, la conducta de facilitación de los documentos falsos o información mendaz contenida en el número 2 puede ser cometida por cualquier funcionario que dependa de la entidad, aun sin capacidad alguna de administración.

---

<sup>61</sup> STS 1183/1993, de 20-5. En concreto, ha atribuido la condición de funcionario público a efectos penales al director-conservador eventual de un parque público (STS 876/2006, cit. respecto al parque natural de Pego/Oliva en Valencia), a los gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyos patrimonios se integran en el de una Administración pública (STS 590/1997, de 29-4, referido a una trabajadora del ente público radiotelevisión Madrid), o al Presidente de la sociedad estatal IMPROASA, designado a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado (STS 1590/2003, cit.).

<sup>62</sup> Administrador de derecho será quien ejerce funciones de administración en una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido. En las entidades públicas, generalmente será el designado por la autoridad competente. Si se trata de una sociedad de capital, es preciso que el sujeto haya sido nombrado a tal efecto por la Junta de socios (artículo 214.1 RDLeg 1/2010). El concepto de administrador de hecho se interpreta reiteradamente por la jurisprudencia en sentido lato: será administrador de hecho cualquiera que efectivamente ejerza funciones de gestión de la sociedad. Así, la STS 59/2007, de 26-1, reitera la doctrina de la Sala Segunda sobre el carácter no formalista del administrador de hecho, conforme a la cual “no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección.” (FJ Único). Habrá que atender pues a los actos concretos que realice el sujeto en cuestión, acudiendo en ocasiones a la doctrina del levantamiento del velo para averiguar quién es la persona que realiza las funciones de administración, dado que la existencia de un administrador de derecho no excluye la de uno de hecho. En definitiva, cualquier persona física o jurídica, directamente o por representación, de forma delegada o por apoderamiento, que ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad podrá vincular a la sociedad con su conducta delictiva.

## Formas comisivas:

Se trata de un delito que no admite otra forma comisiva que la realizada a través del dolo directo, por imperativo del artículo 12 CP, al no estar prevista la comisión imprudente, lo que resulta llamativo por comparación con el artículo 391 que sí contempla la modalidad de imprudencia grave para las falsedades documentales cometidas por autoridad o funcionario.

La falsedad se puede concretar tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación económica de la entidad, por lo que evidentemente cabe la modalidad omisiva, presente en la falsedad ideológica del artículo 390. 4º, pues ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos y los responsables de la entidad están obligados por las normas mercantiles a ser veraces con la información que suministran a la sociedad, en virtud de la posición de garante que asumen<sup>63</sup>.

Como delito doloso, se requiere el conocimiento de la idoneidad lesiva de la acción<sup>64</sup>, elemento subjetivo que deberá siempre ser acreditado mediante la práctica de prueba indiciaria, toda vez que en la alteración de cuentas, “la determinación de la intención exige actuar a través de una inferencia, habida cuenta que se trata de un elemento interno de la conciencia al que no es posible acceder, ordinariamente, a través de prueba directa<sup>65</sup>.”

## Problemas concursales:

El mayor problema que plantea el nuevo artículo es el de determinar su ámbito de aplicación, si es que tiene alguno, pues por su amplitud y vaguedad, penalidad y proximidad con el artículo 390 CP, parece incorporado al Código Penal más como expresión del llamado uso simbólico del Derecho punitivo que con una verdadera pretensión de ser aplicado, sin perjuicio de reconocerle cierta eficacia preventiva de cara a que los responsables públicos lleven con mayor rigor la gestión presupuestaria. En realidad, como bien observa GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, la tipificación de la conducta del funcionario público consistente en cometer una falsedad, incluso ideológica, en los documentos con trascendencia económica de una entidad pública era innecesaria, pues en tanto que documentos oficiales<sup>66</sup>, ya se encontraba recogida en el artículo 390.4º, en el que no se exige que se analice la aptitud de la conducta falsaria

---

<sup>63</sup> SSTS 1217/2004, cit.; 1256/2004, de 10-12-; 625/2009, de 17-6 y 234/2010, de 11-3.

<sup>64</sup> STS 863/2009, de 16-7.

<sup>65</sup> STS 1339/2002, de 12-7.

<sup>66</sup> Téngase en cuenta la amplitud del concepto de documento oficial que ofrece el artículo 317. 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.”

para producir un perjuicio económico. No era pues necesario hacer una excepción en el ámbito de la función pública como por el contrario si podía serlo en el ámbito privado<sup>67</sup>.

El artículo 433 bis se encuentra en relación de concurso de leyes con el artículo 390 del Código Penal, que castiga las falsedades en documentos mercantiles cometidos por la autoridad o funcionario público, de tal manera que, de no mediar una previsión específica en contrario, no cabe duda de que se aplicaría aquél por ser ley especial frente a éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1 CP<sup>68</sup>. Tal previsión, incluida en el texto finalmente aprobado por las Cortes, no se contenía en la redacción que le daba el Anteproyecto de Ley Orgánica, con la indeseable consecuencia de convertir el delito del artículo 433 bis en un tipo injustificadamente privilegiado, al castigar una conducta más grave que la falsedad en documento mercantil con una pena inferior a la prevista en el artículo 390, algo sobre lo que expresamente alertaron el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal en sus preceptivos informes al Anteproyecto.

Atendiendo estas recomendaciones, el artículo 433 bis incorpora una regla que declara de aplicación preferente el artículo 390. Está claro que el legislador ha optado por solucionar el concurso de normas con la regla 4ª del artículo 8 CP frente a la 1ª del mismo precepto, apartándose así del criterio general. La dificultad estriba en determinar el alcance de esta solución, formulada con la expresión “fuera de los supuestos previstos en el artículo 390”.

Una posibilidad es considerar que se trata de una regla absoluta de preferencia por el artículo 390, más penado. Este entendimiento dejaría sin ámbito de aplicación el artículo 433 bis<sup>69</sup>, por lo que no parece una interpretación acorde no ya con la voluntad del legislador sino con la que, atendiendo a la misma *mens legis*, debe respetar el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3.1 del Código Civil) procurando, en la medida de lo posible, que ésta no quede totalmente vacía de contenido.

Partiendo también de que a la vista de la amplitud y modalidades falsarias del artículo 390, “el artículo 433 bis no parece tener mucho espacio vital”, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ plantea que cuando se produzca un perjuicio económico, el concurso de normas podría resolverse en favor del 433 bis “por ser más específico en cuanto al objeto material de la acción, aunque esto iría en contra de la regla de aplicación preferente del artículo 390 contenida en el precepto<sup>70</sup>.” Efectivamente, sería en principio correcto castigar los supuestos de efectiva

---

<sup>67</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Mª. *Ob. cit.*, pág. 4.

<sup>68</sup> Este criterio ya lo mantuvo la FGE en la Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, al solucionar el concurso de leyes entre el artículo 390 y el artículo 290 en favor de éste.

<sup>69</sup> Como el 433 bis se refiere expresamente a la conducta del art. 390 “le deja escaso ámbito, cuando no ninguno para ser aplicado, teniendo en cuenta que exige además que la conducta sea idónea para causar un perjuicio a la entidad pública lo que sin embargo no exige el art. 390”. (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blach, Valencia 2013, pág. 949

<sup>70</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Mª. *Ob. cit.*, págs.4 y 5.

causación de un perjuicio económico a la entidad conforme al número 3 del artículo 433 bis, resultado típico ausente en el delito de falsedad genérica, pero carece de sentido en tanto que, aun con la generación de tal perjuicio, el tratamiento punitivo sigue siendo más benévolo que el de la simple falsedad documental, razón por la que se aplicará siempre el artículo 390 aun cuando se produzca un perjuicio a la entidad pública<sup>71</sup>.

Una correcta interpretación de la regla del artículo 433 bis exige optar por el artículo 390 solo en los casos de coincidencia entre ambas normas y en tanto toda la significación antijurídica quede cubierta, de tal manera que la existencia de alguna singularidad delictiva solo presente en el artículo 433 bis obligaría a su aplicación. Es cierto que esto deja un ámbito muy reducido al nuevo precepto, inaplicable incluso a las falsedades idóneas para causar un perjuicio a la entidad, porque tal idoneidad de alguna manera se encuentra presente en toda falsedad documental, que para entrar en la órbita penal debe ocasionar un daño en el tráfico jurídico o tener al menos la potencialidad de producirlo<sup>72</sup>.

A mi juicio, solo existen dos conductas que no pueden considerarse incluidas en el artículo 390. Se trata de la falsedad de documentos internos, en los limitados términos ya expuestos anteriormente, y de la facilitación a terceros de documentos o de información mendaz, contenida en el subtipo del número 2, difícilmente idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, como se ha dicho. Este entendimiento, congruente con la interpretación del Preámbulo de la LO 7/2012, permite atribuir algún sentido al nuevo precepto aunque sus posibilidades reales de aplicación serán desde luego mínimas.

## La mala gestión de los fondos públicos

Resulta evidente que el artículo 433 bis, a diferencia de lo que en su día anunció el Gobierno, no castiga la mala gestión de los fondos públicos. Cabe pensar que esta mala gestión se materialice en falsear la situación económica de una entidad pública pero, en todo caso, se trataría solo de una conducta entre las numerosas de mala gestión que se pueden cometer sin falsear las cuentas.

---

<sup>71</sup> Todas las conductas falsarias del 433 bis se castigan con penas de inhabilitación y multa, reservándose la pena de prisión de uno a cuatro años para el supuesto de causación efectiva del perjuicio económico que es todavía inferior a la prevista para la falsedad documental cometida por funcionarios públicos castigada en el artículo 390 con una pena de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por el tiempo de dos a seis años.

<sup>72</sup> Se exige que la “alteración produzca un daño real o potencial en el tráfico jurídico” (STS 4-6-1990, nº recurso 1094/1988), “un mínimo de peligrosidad para el tráfico” (STS 20-7-1990, nº recurso 4355/1988) o de “idoneidad” (STS 19-12-1991, nº recurso 5419/1988), descartando la acción falsaria que “carece de aptitud o de idoneidad [...] para lesionar los intereses subyacentes en el documento” (STS18-6-1992, nº rec. 5756/1989). Más recientemente, confirma este criterio la STS 763/2013, de 14-10.

Cuestión distinta es si esta mala gestión merece el reproche penal. El principio de intervención mínima, que determina que el recurso a la pena solo se legitima cuando se revelen ineficaces los demás medios de tutela y sanción con que cuenta un Estado de Derecho y solo ante los ataques más intensos a los bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la sociedad, puede esgrimirse tanto a favor como en contra de la expresa punición de la gestión desleal de fondos públicos pues, en definitiva, se trata de un principio de política criminal cuya aplicación suele ser discutible, en tanto que la realidad social a la que debe adecuarse el Derecho Penal incorporando nuevas formas de criminalidad no es percibida del mismo modo por todos los ciudadanos<sup>73</sup>.

Puede argumentarse que si los administradores de las empresas privadas –y también de las sociedades mercantiles estatales, comprendidas en el artículo 297 CP- son responsables por contraer obligaciones a cargo de éstas que les ocasionen un perjuicio económico (artículo 295 CP), con mucho mayor motivo deberían serlo los gestores públicos, cuyos deberes de transparencia y ejemplaridad son superiores.

Ciertamente, algunas de las más graves conductas de ilícita administración de bienes públicos que ocasionan un daño patrimonial ya son objeto de sanción penal entre los delitos de prevaricación (artículo 404 CP), cohecho (artículos 419 y ss.), malversación (artículos 432 y ss.) y fraudes y exacciones ilegales (artículo 436 CP). Sin embargo otros comportamientos encuadrables estrictamente en la mala gestión pública, como los compromisos de gastos, el reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o la realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que no cuenten con la preceptiva autorización, no son en sí mismos objeto de sanción. En principio, estas conductas deberían ser corregidas mediante el adecuado control administrativo, sin necesidad de activar el reproche penal, mas lo cierto es que ni los controles internos (IGAE) ni los externos (Tribunal de Cuentas, Parlamento) han resultado del todo eficaces, lo que por otra parte no justifica en sí misma la intervención del Derecho Penal sino antes bien la mejora de tales procedimientos de control.

El implícito reconocimiento de estas deficiencias se encuentra detrás de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que persigue, de acuerdo con su Preámbulo, establecer “las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento” entre las cuales destaca la imposición de sanciones “a quienes comprometan gastos, liquiden obligaciones y ordenen pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la normativa presupuestaria, o no justifiquen la inversión de los fondos a los que se refiere la normativa presupuestaria equivalente.” De este modo, los artículos 28 y 29 de la Ley establecen, respectivamente, las

---

<sup>73</sup> En todo caso se trata de un principio de política criminal que debe ser tenido en cuenta por el legislador para adecuar el Derecho Penal a la realidad social, incorporando nuevas formas de criminalidad (SSTS 7/2002, de 19-1, 96/2002, de 30-1, 363/2006, de 28-3 y 830/2004, de 24-6).

infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y las infracciones disciplinarias, que cuando sean muy graves conllevan, entre otras sanciones, la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años (artículo 30.3 y 4).

La Ley 19/2013 ordena que “Cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal” (artículo 30.6). Por lo que se refiere al artículo 433 bis, esta previsión podría aplicarse especialmente en los supuestos del artículo 28, k) que sanciona “El incumplimiento de las obligaciones de publicación o de suministro de información previstas en la normativa presupuestaria y económico-financiera...” siempre que este incumplimiento se haya articulado mediante una falsedad.

Estos mecanismos de control y sancionatorios deberían bastar para evitar comportamientos irresponsables entre los gestores públicos. Sin embargo, el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria, propone una nueva tipificación de la malversación en el artículo 432 como un supuesto de administración desleal de fondos públicos, incluyendo dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. El tipo se remite al contenido del también novedoso artículo 252, incluido en una nueva sección en el capítulo sexto del título XIII, del libro II del Código Penal, intitulada “De la administración desleal” que, siguiendo el modelo de los Códigos penales portugués y alemán, castigaría en el ámbito privado a “los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”.