

# EL CASTIGO PENAL DE LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DEL LLAMADO SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL \*

**Carmen Gómez Rivero**

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla*

---

GÓMEZ RIVERO, Carmen. El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-06, pp. 1-36. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-06.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-06 (2016), 7 may]

RESUMEN: La presente contribución se ocupa de las singularidades que plantea el castigo en el orden penal de la corrupción en el marco específico de los llamados entes instrumentales. Las peculiaridades de su fenomenología suscitan una serie de cuestiones relacionadas con las posibilidades de aplicar los distintos tipos penales orientados a la lucha contra la corrupción en el ámbito público. Las dudas interpretativas se extienden desde las posibilidades de considerar funcionarios a quienes actúan desde tales entes, hasta la depuración de responsabilidades conforme a criterios de imputación en el seno de la actuación colegiada. Todo ello sin desconocer las dificultades que plantea la apreciación de los distintos elementos típicos de algunos tipos relativos a la corrupción.

PALABRAS CLAVE: entidades instrumentales,

concepto de autoridad o funcionario, actuación colegiada, imputación de responsabilidad, cohecho, prevaricación, administración desleal del patrimonio público.

ABSTRACT: The paper deals with the singularities arising from criminal punishment of corruption in the specific field of so-called instrumental bodies. The peculiarities of his phenomenology raise a number of questions regarding the applicability of various criminal offenses aimed at combating corruption in the public sector. Interpretative doubts extend from the possibility of considering as officials to those who act in such entities, upto establish liability under the allocation criteria applied in the field of collegiate action. Next to it should take into account the difficulties of assessing the various elements typical of some crimes related to corruption.

KEYWORDS: instrumental companies, concept of public officials, collegiate action, attribution of responsibility, bribery, prevarication, unfair management of public assets.

Fecha de publicación: 7 mayo 2016

---

SUMARIO: 1. Los entes instrumentales como medio de consecución de fines públicos. 2. La responsabilidad penal de los entes públicos y sociedades instrumentales: las novedades introducidas en el Código penal tras la reforma operada por la LO 1/2015. 3. La responsabilidad penal de los administradores de las sociedades instrumentales. 3.1. El concepto de funcionario público a efectos penales. Las posibilidades de su aplicación en el ámbito de las sociedades instrumentales. 3.2. Las premisas de la responsabilidad penal

*de los integrantes de los órganos de administración de las sociedades instrumentales: la depuración de responsabilidad en el marco de la actuación colegiada. A. Relaciones horizontales. A.1. La responsabilidad del administrador por la adopción de acuerdos en el seno del Consejo de Administración al que pertenece. A.2. Conocimiento por un administrador de las irregularidades que realizarán otros administradores. B. Relaciones verticales. B.1. El régimen de responsabilidad penal en las relaciones verticales trazadas en los niveles superiores del organigrama: B.1.1. La emisión de órdenes. B.1.2. La posible responsabilidad del superior derivada del conocimiento de las irregularidades que llevarán a cabo los inferiores. B.2. La relación vertical entre directivos y ejecutores. 3.3. Referencia a algunos tipos delictivos que pudieran venir en consideración en el caso de la actuación irregular en el marco de las sociedades instrumentales. A. El delito de cohecho. B. El delito de prevaricación. C. El delito de administración desleal del patrimonio público. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía citada.*

Mucho se ha escrito acerca de las posibilidades y de la conveniencia misma de afrontar el fenómeno de la corrupción de la mano de los instrumentos que ofrece el Derecho penal. Si bien puede predicarse un generalizado consenso en torno al reconocimiento de que la eliminación del fenómeno pasa, antes que por el recurso a aquel orden, por la adopción de una serie de medidas de transparencia y control en el ámbito administrativo, no por ello deja de ser unánime el sentir doctrinal acerca de la necesidad de recurrir a la última instancia de control social ante la importancia, en términos cuantitativos y cualitativos, de la desviación de poder. De hecho, tal sentir excede con mucho el clima de opinión en la literatura especializada para encontrar inequívocas muestras en nuestra legislación penal positiva, que en los últimos años y de la mano de las distintas leyes de reforma del Código penal, ha evidenciado la preocupación no sólo por completar el catálogo de conductas punibles en el ámbito de la corrupción pública y privada, sino también por endurecer el régimen punitivo de los clásicos delitos de corrupción en el sector público. No hay mejor ejemplo al respecto que la última Ley de reforma del Código penal, la operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo que, además de introducir nuevos tipos delictivos, como el de financiación ilegal de partidos políticos, ha incrementado en relación con determinados delitos contra la corrupción en el ámbito público la duración de la pena de inhabilitación además de extender su alcance al ejercicio del derecho de sufragio pasivo<sup>1</sup>.

No es el objeto de la presente contribución ofrecer un estudio acabado de cada uno de los tipos delictivos contra la desviación de poder, ni tampoco de las reformas que han experimentado muchos de ellos de la mano de las últimas modificaciones introducidas en nuestro Código penal. Tal pretensión no sólo requeriría una mono-

\* La presente contribución ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER 2014-53159-P “Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción”.

<sup>1</sup> Es el caso de los delitos de cohecho (arts. 419 ss.), prevaricación (art. 404 CP), malversación (art. 432 CP), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (arts. 439 ss. CP) o fraude (art. 436 CP).

grafía de ingentes dimensiones, sino que necesariamente debería tener un alcance poco menos que enciclopédico. Frente a ella el objeto de este trabajo es llamar la atención acerca de las posibilidades de la intervención penal en una singular parcela en la que se manifiesta la corrupción y el abuso de poder en el sector público, ámbito cuyo estudio, dicho sea de paso, sólo ha recibido hasta la fecha una atención bastante minoritaria en la literatura penal. Se trata de los singulares problemas que plantea la desviación de poder en el marco de los llamados de forma genérica *entes instrumentales*, y a su vez, dentro de ellos, por su singularidad, el tratamiento que merece la actuación corrupta de los miembros de los Consejos de Administración y en general de los órganos de gobierno de las referidas entidades, de las que se sirve el Estado para la realización de políticas y actividades públicas. Las peculiaridades que rodean a esta forma de actuación administrativa plantean en el orden penal una serie de cuestiones no sólo relativas a las posibilidades de aplicar las clásicas construcciones penales de la teoría general del delito en orden a depurar la responsabilidad de autores y partícipes, sino también atientes a la procedencia de la aplicación de algunos tipos delictivos orientados a la lucha contra la corrupción. En realidad no es de extrañar que sean muchas las dificultades interpretativas al respecto si se tiene en cuenta que, ya de entrada, pudiera resultar dudosa la calificación como funcionario o autoridad de quien actúa desde tales entes instrumentales, cuestión que obviamente condiciona las posibilidades de recurrir a los clásicos delitos contra la corrupción en el sector público que se estructuran conforme a la categoría de los delitos especiales. La resolución de esta primera cuestión en absoluto despeja el abanico de dudas que pudiera plantearse. Subsisten aún las relativas al criterio con el que depurar responsabilidades dentro de las estructuras colegiadas, o la de identificar en esta fenomenología de casos los rasgos típicos de determinados delitos considerados clásicos en la materia, como la malversación, el cohecho o la prevaricación. De todo ello se ocupa la presente contribución que reclama, como premisa, una aproximación, siquiera sea muy breve, a las peculiaridades de los entes que centran nuestra atención.

## 1. LOS ENTES INSTRUMENTALES COMO MEDIO DE CONSECUCCIÓN DE FINES PÚBLICOS

Se conocen como entes instrumentales aquellos de los que se sirve la Administración para ejecutar su fines públicos<sup>2</sup>, descargando así a ésta de la realización directa de la competencia en cuestión y dando vida al denominado principio de *descentralización funcional*. Su concepto comprende, básicamente, junto

<sup>2</sup> O, como se ha definido en la doctrina administrativa, “una herramienta de ejecución de las políticas públicas al servicio objetivo de los intereses generales”, MONTROYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, VII Congreso AEPDA Tarragona, 10-11 de febrero de 2012, pág. 87.

con las fundaciones, las llamadas *sociedades mercantiles públicas* así como las *entidades públicas empresariales*, constituyendo estas dos últimas el sector público empresarial (art. 3.2 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

El marco normativo relativo al régimen administrativo de estos entes ha llegado a calificarse de una “maraña normativa”<sup>3</sup> debido a su fragmentariedad, en tanto que la identificación de la legislación a ellos aplicable no sólo obliga a atender a su respectiva condición de entes estatales, autonómicos o locales, sino también a las distintas parcelas (presupuestaria, contratación, etc.) que en el caso concreto vengán en consideración. Teniendo presente la complejidad de dicha regulación, objeto de estudio de la doctrina administrativa especializada, la única finalidad de las líneas que siguen es la de ofrecer algunas referencias básicas a la normativa que se ocupa de las de carácter estatal, en tanto paradigma de la peculiar naturaleza de dichos entes. Cumple recordar al respecto que las *sociedades mercantiles estatales* se encuentran definidas en el actual art. 166.1 c, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas como aquellas controladas por la Administración pública; en concreto, “aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre<sup>4</sup>, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento”. Junto con las anteriores, incluye las sociedades mercantiles que, sin estar participadas por el sector público empresarial en el referido porcentaje, se encuentran controladas por la Administración General del Estado o sus organismos autónomos, atendiendo a la definición de *grupo* a efectos mercantiles (las que “se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos”<sup>5</sup>). El capital de estas sociedades tiene la consideración de bienes de dominio privado de la Administración, y en cuanto a su régimen de funcionamiento dispone el art. 166.2 de la Ley 33/2003, que se registrarán por dicha ley y por el ordenamiento jurídico privado,

<sup>3</sup> MONTOYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, *ob. cit.* pág. 88. En este trabajo ofrece un completo panorama de su régimen, págs. 10 ss.

<sup>4</sup> Referencia que ha de entenderse realizada a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

<sup>5</sup> Debe tenerse en cuenta que este artículo resulta modificado por Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya entrada en vigor está prevista para el 2 de octubre de 2016. Conforme a su Disposición Final sexta, que modifica el referido precepto, el control estatal característico de las sociedades mercantiles estatales puede proceder de dos vías. La primera, “porque la participación directa en su capital social de la Administración General del Estado o algunas de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100”; la segunda “porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes”.

“salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”<sup>6</sup>.

Por su parte, las *entidades públicas empresariales* se caracterizan en el art. 166 a) de la Ley 33/2003, como aquéllas “a las que se refiere el capítulo III del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”<sup>7</sup>. Se trata de organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (art. 53.1 LOFAGE). En el ámbito estatal, completa el elenco de entidades que componen el Patrimonio público de la Administración General del Estado “Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado” (art. 166 b) de la Ley 33/2003).

El régimen administrativo de las Entidades públicas empresariales se contempla en la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), cuyo art. 43 las clasifica como organismos públicos, dependientes de un Ministerio y Organismo autónomo, disponiendo su art. 56 que “El régimen patrimonial de las entidades públicas empresariales será el establecido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas”. Si bien el art. 53 del mismo texto establece como regla general que estas entidades se rigen por el Derecho privado, exceptúa el proceso de formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades administrativas que tengan encomendadas y los aspectos específicamente regulados por la propia LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

Comoquiera que sea, y por encima del peculiar régimen de cada una de estas figuras, interesa destacar en estas líneas que todas ellas responden, en principio, a la filosofía de agilizar la prestación de servicios públicos adoptando formas que huyen de la rigidez propia de la actuación administrativa. Precisamente a la vista de este último rasgo no es de extrañar que hayan sido muchas y potentes las críticas dirigidas desde el sector administrativista a estas sociedades instrumentales, críticas que en general apuntan al recelo que despierta dotar de forma mercantil a la actuación de entidades que no dejan de ejecutar políticas propias de la Administración pública, con el consiguiente riesgo de su utilización fraudulenta para esquivar el régimen jurídico que de otra forma les sería de aplicación<sup>8</sup>. Si esta preocupación encuentra

<sup>6</sup> Según la redacción dada al precepto por la Ley 40/2015, “ajustarán la gestión de su patrimonio al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de esta ley que les resulten expresamente de aplicación”.

<sup>7</sup> Desde el 2 de octubre de 2016, conforme a la Disposición Final Sexta de la Ley 40/2015, se definen como “Las entidades públicas empresariales, a las que se refiere la Sección 3.ª del capítulo III del Título II de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”.

<sup>8</sup> Entre otros, MONTROYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, *ob. cit.*, pág. 81: “la conclusión palmaria que luce del examen del conglomerado de entes instrumentales de la Administración en todos sus escalones,

su primera expresión en el riesgo de la llamada “huida del Derecho Administrativo”, no es de extrañar que la inquietud ante las posibles quiebras de responsabilidad se extienda al orden penal, ámbito en que la adopción de formas privadas en la prestación de servicios públicos puede traducirse, unas veces, en un régimen de responsabilidad más benévolo –allí donde la imposibilidad de apreciar los elementos típicos de los delitos especiales impropios en el ámbito de la corrupción pública determine la aplicación de tipos comunes-; otras, en el reconocimiento de espacios de impunidad –allí donde el delito que de otra forma hubiera venido en consideración fuera especial propio-. En ambos supuestos, la preocupación se traduce en el riesgo de que la ya referida “huida del Derecho Administrativo” se convierta también en una “huida del Derecho penal”<sup>9</sup>, con la consecuencia de que la forma se imponga sobre la realidad material, caracterizada por la innegable vinculación orgánica del ente en cuestión con la Administración.

Tal preocupación nos introduce en las cuestiones específicamente penales que constituyen el objeto de la presente contribución. Si bien éste se centra en la que pudiera derivarse de la actuación individual de sus integrantes, básicamente los administradores, no deja de resultar interesante realizar una referencia preliminar, siquiera sea muy somera, a la responsabilidad de estos entes como tales, en tanto que la reforma del CP operada por la LO 1/2015 incorporó importantes novedades al respecto cuya mención es instructiva de cara a ofrecer un panorama completo de los posibles frentes de responsabilidad penal que pudieran venir en consideración. De ella nos ocupamos en el apartado que sigue, abordando en los siguientes las cuestiones relacionadas específicamente con la responsabilidad individual de quienes actúan desde tales entes instrumentales.

## **2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES PÚBLICOS Y SOCIEDADES INSTRUMENTALES: LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015**

El cambio de paradigma que supuso en nuestro Derecho la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas de la mano de la LO 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, vino desde el principio acompañado por la cláusula de la exclusión de su ámbito de aplicación del Estado así como de las llamadas entidades instrumentales de la Administración. Así lo dejaba claro la

pero principalmente en el ámbito autonómico y local, es que en muchos casos constituye un ejemplo de despilfarro, duplicidades, falta de eficiencia, eficacia, y economía, de carencia de justificación en razones de interés generales. Predomina la falta de información, la ausencia de responsabilidad por los malos resultados conseguidos, la opacidad, lo que constituye en definitiva un ejemplo de mala administración por contraste con la buena administración”; ALMONACID LAMELAS, V., “Sociedades mercantiles municipales: “regreso al Derecho”, *Revista de Derecho Local*, 2013.

<sup>9</sup> Por todos, NIETO MARTÍN, A., en *Nociones de Derecho penal. Parte Especial*, vol. II, (Dir. Gómez Rivero), 2ª ed., Madrid 2015, págs. 432 s.

anterior redacción del art. 31 bis, cuyo apartado 5 disponía que “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de Derecho Público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía administrativa, o cuando se trate de Sociedades Mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. Al margen de lo discutible que pudiera resultar ceñir tal previsión a las de carácter estatal<sup>10</sup>, lo cierto es que el legislador flanqueaba de este modo cualquier posibilidad de derivar responsabilidad penal para estos entes conforme a las vías que vendrían en consideración en el caso de las sociedades y entes privados, marcando en consecuencia espacios de impunidad penal motivados por inequívocas razones de política criminal; básicamente, el aseguramiento de la continuidad de sus funciones por encima del lastre que en su funcionamiento pudiera suponer la sujeción de su actuación como tal al régimen de responsabilidad penal.

Este tratamiento privilegiado ha experimentado una considerable matización tras la reforma del CP del año 2015, que si bien sigue blindando al Estado frente al régimen de responsabilidad penal, establece una importante excepción en relación con las sociedades mercantiles públicas. En efecto, el nuevo art. 31 bis quinquies CP dispone excepcionalmente la aplicación de las previsiones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de las *sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*. En tal supuesto, esos entes podrán ser responsables penalmente en tanto concurren los requisitos exigidos para ello por el legislador con carácter general. En todo caso, y como de inmediato aclara el mismo precepto “solamente podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33”; esto es, sólo será posible aplicar la pena de multa, proporcional o por cuotas (apartado a), o bien la intervención judicial (apartado g). En sentido contrario, descartada queda la posibilidad de aplicación de penas como la disolución de la persona jurídica (art. 33 b), la suspensión de sus actividades (art. 33, c), la clausura de sus locales o establecimientos (art. 33.d) o, entre otras, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se hubiera cometido el delito (art. 33.e).

La razón de esta limitación la ofrece el Informe del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013, cuando explica que con ella se trata de “garantizar la adecuada protección de los intereses públicos y la correcta prestación de los servicios económicos de interés general encomendados a estas sociedades, y que podrían resul-

<sup>10</sup> Literalmente resultaban de este modo, *a contrario sensu*, sometidas al régimen de responsabilidad penal las sociedades mercantiles de de las CCAA o las que pudieran constituir las Entidades Locales. Véase por ejemplo, DE LA CUESTA, J.L., “Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra 2013, pág. 78, nota 170.

tar perjudicados en caso de imponerse penas como la suspensión de actividades o la clausura de locales, por ejemplo”. La preeminencia de los intereses públicos, cifrados en la consecución de los fines de interés social que persiguen estos entes, se plasma así en la regulación actual en una versión mucho más moderada que la diseñada en la anterior.

En todo caso, sentada tal limitación en el régimen de responsabilidad penal, aclara de inmediato el mismo art. 31 quinquies que no será aplicable “cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”. Pretende con ello el legislador evitar la extensión de tal beneficio a las sociedades que de manera fraudulenta adopten dicha forma a modo de pantalla con la que eludir la responsabilidad penal. Consagra así la antes referida preocupación por que la forma no prime sobre la realidad material y, de modo concreto, por que la temida huida del Derecho Administrativo no suponga también la huida del Derecho penal. No habría nada, pues, de extrañar en la plasmación de tal regla si no fuera por lo llamativo e incomprensible que resulta la limitación de su alcance. En efecto, como venimos comentando, tal cláusula se diseña específicamente para el régimen de responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, sin que se extienda, como sin embargo lo hacía la redacción anterior, a todas las personas jurídico públicas declaradas exentas de responsabilidad criminal<sup>11</sup>. En tal sentido crítico debe entenderse el parecer contenido en el referido Informe del Consejo de Estado expresado en los siguientes términos: es cierto que “una conducta de esta naturaleza es más fácil que se produzca en la constitución de este tipo de personificaciones de Derecho privado que en la de otro tipo de organismos públicos. Sin embargo, no cabe excluir que este supuesto de hecho se produzca también, por ejemplo, en la constitución de una agencia o entidad pública empresarial”.

Interesa, por otra parte, no perder de vista que la ya referida regla de responsabilidad limitada se condiciona en todo caso a la concurrencia de los requisitos exigidos con carácter general en el art. 31 bis CP para poder hacer responsable a la persona jurídica por la actuación de los directivos -entre los que el legislador refiere expresamente los integrantes de un órgano de la persona jurídica- y empleados de la empresa. Entre ellos se cuenta la comisión del hecho en “beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica, la ausencia de las circunstancias que permitirían apreciar la exclusión de la responsabilidad penal del ente conforme al apartado segundo del referido precepto<sup>12</sup>, así como la exigencia que se erige como punto de

<sup>11</sup> Véase GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia. 2015, pág. 209.

<sup>12</sup> Conforme a dicho precepto, la exención de responsabilidad de la persona jurídica por la actuación de sus directivos requiere la adopción y ejecución eficaz por parte del órgano de administración de modelos de organización y gestión comprensivos de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos o

partida de aquella responsabilidad: que el concreto tipo delictivo que resulte de aplicación prevea expresamente una cláusula al respecto. En relación con el ámbito que nos ocupa, la corrupción, este último requisito obliga a volver la vista a los distintos tipos delictivos orientados a su lucha. No deja de sorprender en este sentido que tal cláusula sea ajena a un nutrido número de tipos delictivos que, sin embargo, parecen llamados a protagonizar el castigo de buena parte de los casos de corrupción y desviación de poder. Así ocurre con la mayoría de los delitos contra la Administración pública, hasta el punto de que sólo en relación con el cohecho y el tráfico de influencias, los arts. 427 bis y 430 CP contemplan respectivas cláusulas de responsabilidad de la persona jurídica, previsiones en las que, dicho sea de paso, probablemente haya pesado más la toma en consideración de quien comete el llamado cohecho activo (esto es, el particular que ofrece o entrega dádivas) o de quien como particular realiza las modalidades del tráfico de influencias, que la contemplación del ente instrumental al que pertenece la autoridad o funcionario público en cuestión.

### **3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES**

Una vez sentados algunos aspectos básicos relacionados con la fenomenología de casos que interesan a efectos de esta contribución, las consideraciones que siguen se centran en la responsabilidad penal en que pudieran incurrir quienes actúan desde los entes instrumentales por los actos de corrupción y, en general de desviación de poder relativos a su cargo.

Punto de partida obligado en esta tarea es ofrecer un recordatorio, siquiera sea breve, del concepto de funcionario público a efectos penales, en tanto que la primera cuestión que plantea la aplicación de los tipos relativos a la corrupción en el sector público en el ámbito objeto de estudio es la de identificar si, realmente, tales agentes pueden reconducirse a las categorías de autoridad o funcionario público, tal como requiere la aplicación de aquellos delitos especiales (apartado 3.1). Una vez sentada esta premisa, y pensando ya en los supuestos específicos de actuación en el marco una estructura colegiada, como es el caso de los órganos de administración o de gobierno equivalente de las sociedades instrumentales, nos ocuparemos del

reducir de forma relevante el riesgo de su comisión; la confianza de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano con poderes autónomos; la comprobación de que los autores del delito lo han cometido eludiendo fraudulentamente los controles de organización y prevención; así como la comprobación de que no ha existido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se confió la supervisión del modelo de prevención. Por su parte, en lo atinente a los requisitos para eximir de responsabilidad a la persona jurídica en relación con los actos de los empleados, será necesario comprobar la adopción de un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del cometido a para reducir de modo significativo el riesgo de su producción.

estudio de las bases dogmáticas conforme a las cuales pueda exigirse responsabilidad penal. Se trata en este apartado de analizar los presupuestos bajo los que puedan derivarse consecuencias penales en el caso de las relaciones colegiadas tanto horizontales como verticales. En las primeras se plantea la cuestión de la responsabilidad del administrador por la adopción de acuerdos en el seno del Consejo de Administración u órganos equivalentes de las sociedades instrumentales, así como la derivada del conocimiento de la actuación irregular de uno de los administradores por parte del resto. En el caso de las relaciones *verticales* se suscitan varias cuestiones atinentes a los diversos escenarios que pudieran plantearse: emisión de órdenes o instrucciones por el superior, conocimiento por éste de la ilegalidad de la actuación del inferior así como la delegación de funciones (apartado 3.2). A partir de tales reflexiones abordaremos en un último apartado (3.3) las posibilidades de reconducir la fenomenología de casos que nos ocupan a los delitos de cohecho, prevaricación o malversación entre otros, teniendo en cuenta las novedades introducidas por la reforma de 2015.

### **3.1. El concepto de funcionario público a efectos penales. Las posibilidades de su aplicación en el ámbito de las sociedades instrumentales**

La aplicación de los tipos penales que reclaman como sujetos activos a una autoridad o funcionario público ha motivado una copiosa elaboración doctrinal y jurisprudencial en torno a su concepto, sobre el que reina unanimidad a la hora de concluir que sus contornos son autónomos -y más amplios- que los que se manejan en el orden administrativo. No es de extrañar que así sea a la vista de la diversidad de intereses que se tratan de preservar con una u otra óptica pues, como afirma, recordando a otras<sup>13</sup>, la STS 149/2015, de 11 de marzo (caso *Rilco*), el concepto de funcionario público “es un concepto de Derecho penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar”.

Tales razones están en la base de las claves de la definición del concepto penal de funcionario que ofrece el art. 24 CP, conforme a sendos elementos formales y funcionales. En concreto, dispone el precepto que se considera como funcionario “todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas”. Pasa de este modo a segundo plano el dato de la incorporación del sujeto a la función pública para cobrar protagonismo su efectiva participación en el ejercicio de tales funciones o, como se ha dicho en la doctrina, “lo que otorga mayor merecimiento

<sup>13</sup> STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 (caso *Intelhorce*), así como la STS 421/2014, de 16 de mayo (caso *Mercasevilla*).

de pena a los casos de corrupción pública es que el autor aprovecha una posición, que tiene su origen en una decisión de la Administración”<sup>14</sup>.

Se comprende, a partir de esta concepción, que la noción desborde la comprensión de los funcionarios de carrera para alcanzar a un amplio abanico de sujetos (quienes desempeñan su función en la Administración corporativa, cargos políticos o quienes ejercen funciones públicas, como es el caso de los notarios y registradores, entre otros<sup>15</sup>) y que, de modo específico en relación con cuanto aquí interesa, la doctrina<sup>16</sup> y la jurisprudencia se haya decantado decididamente por reconducir a su concepto la actuación de los directivos y altos cargos de las sociedades instrumentales, incluyendo los miembros de su Consejo de Administración u órganos de gobierno equivalentes, en tanto que el nombramiento de éstos corresponde a la Administración matriz.

La razón última de esta comprensión amplia del concepto de funcionario la ofrece, entre otras, la STS de 28 de febrero de 2014, cuando advierte acerca de la necesidad de llevar a cabo un “levantamiento del velo”, que permita atender a la realidad esencial y no al ropaje formal bajo el que actúa el sujeto en cuestión. Según el Alto Tribunal, “la huida del Derecho Administrativo no puede ir acompañada de una ‘huída del Derecho penal’, sustrayendo de la tutela penal reforzada a bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica extrema (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material”. Pasa así de nuevo, a primer plano, el dato del nombramiento por parte de la Administración, lo que de paso explica que la doctrina haya advertido acerca de la necesidad de restringir la aplicación de tal concepto a los directivos de estas empresas privadas controladas por la Administración, excluyéndose su transposición a los puestos inferiores<sup>17</sup>.

Ya desde el punto de vista del Derecho positivo, debe tenerse en cuenta que tal comprensión amplia la recoge el art. 427 CP, que en sede de cohecho -y con aplicación también en el caso de la corrupción en las transacciones económicas internacionales (por disposición del art. 286 ter CP)- dispone que sus previsiones son aplicables, entre otros casos, a “cualquier persona que ejerza una función pública

<sup>14</sup> NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el DP económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, pág. 96.

<sup>15</sup> Por todos, NIETO MARTÍN, A., “La prevención de la corrupción”, en *Manual de cumplimiento de la empresa y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2015, pág. 312.

<sup>16</sup> NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el DP económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, ob. cit., quien refiriéndose a los directivos de empresas privadas controladas por la Administración, afirma que deben ser considerados sin lugar a dudas como funcionarios públicos “pues el poder que ostentan proviene de la Administración, a quien deben su elección”, pág. 97.

<sup>17</sup> NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el DP económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, ob. cit., pág. 97.

para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido *un organismo público o una empresa pública*". Tal concepto amplio de funcionario, que se corresponde con lo dispuesto en el Convenio de la OCDE, permite considerar como tal, en palabras de NIETO MARTÍN, a "los particulares que ejercen funciones públicas, por delegación de la Administración, lo que comprende los casos de privatización de funciones públicas. Igualmente son funcionarios conforme al CP art. 445 los empleados de empresas participadas por el Estado, en las que este posee la mayoría del capital o de los votos o puedan nombrar a los miembros de los órganos de administración. No obstante, como aclaran los Comentarios al Convenio, no deben considerarse empresas públicas aquellas que actúan sobre una base comercial, sustancialmente equivalente a la empresa privada, sin subvenciones o privilegios"<sup>18</sup>.

El repaso por algunos fallos jurisprudenciales permite ilustrar tal comprensión. Sirva como ejemplo el caso enjuiciado por la ya referida STS 149/2015, de 11 de marzo (Caso *Rilco*). Recuerda ante todo que la participación en el ejercicio de las funciones públicas puede llevarse a cabo tanto en relación con las desarrolladas por el Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como respecto a las funciones que ejerce la llamada administración institucional, en tanto que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública". En lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas añade: "nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad temporal, resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento". Resulta así, según la propia Sentencia, que el concepto incluye "a los empleados de concesionarios de servicios públicos, gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública, así como las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser estas 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".

En concreto, la Sentencia apreció que concurría la cualidad de funcionario público en el Presidente y Consejero Delegado de la empresa *Rilco* que, con la forma de Sociedad Anónima, participaba en el ejercicio de funciones públicas, en tanto que entre ellas constaba el fomento de la iniciativa pública y privada, procediendo la totalidad de su capital del Consorcio de la Zona Franca de Cádiz. Además del ejercicio de funciones públicas, concurría también, según el fallo, el título o modo de acceso al desempeño de la función: "la totalidad del Consejo de Administración

<sup>18</sup> NIETO MARTÍN, A., "La prevención de la corrupción", *ob. cit.*, pág. 323.

coincidía con el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz, y el Presidente de *Rilco SA* era necesariamente el Delegado de Estado en el Consorcio, por lo que es claro que el acusado participaba del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de la autoridad competente”, en los términos del art. 24 CP. Sirva también de ejemplo, entre otras<sup>19</sup>, la STS 166/2014, de 28 de febrero, en el caso del gerente de una empresa pública –*Improasa*– nombrado por su Consejo de Administración a propuesta del Consejero del Gobierno de una Comunidad Autónoma. Considera, en primer, lugar, que concurre en el agente el requisito de la tenencia de título, en cuanto que la Dirección General del Patrimonio, designaba a la totalidad del Consejo de Administración de la SA, “por lo que es claro que el acusado participaba en el ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente”. En segundo lugar, según el fallo, concurre también la función, en tanto que la empresa participaba en el ejercicio de funciones públicas; en concreto, las funciones de la sociedad consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, debiendo garantizar que la privatización se realizaba conforme a los intereses generales.

Aun cuando los ejemplos podrían multiplicarse, baste concluir este breve recorrido por los fallos más recientes con la referencia al conocido como caso *Mercasevilla* (STS 421/2014, de 16 de mayo). A partir de la adopción del concepto penal de funcionario público en los términos ya señalados en las sentencias antes mencionadas, entendió el TS que el nombramiento del Director Gerente de *Mercasevilla*, realizado por los socios mayoritarios, permite entender que procede de una autoridad pública, a través de la Junta General que gobierna la sociedad, al hallarse controlada de forma muy mayoritaria por capital público.

### **3.2. Las premisas de la responsabilidad penal de los integrantes de los órganos de administración de las sociedades instrumentales: la depuración de responsabilidades en el marco de la actuación colegiada**

Plantear las bases de la responsabilidad penal de quienes forman parte del órgano de administración de una sociedad instrumental supone, de una forma u otra, volver la mirada a la teoría general elaborada por la doctrina y jurisprudencia en torno a las posibilidades de derivar responsabilidad penal en el marco de una actuación colegiada. Sabido es que, con carácter general, tal elaboración pasa por diferenciar claramente los esquemas de relaciones verticales y horizontales, en tanto que son distintos en cada uno de ellos el nivel de exigencia, el cariz y alcance de

<sup>19</sup> Ya antes, en tal sentido se había pronunciado la STS 1590/2003, de 22 de abril (caso *Intelhorce*). Se enjuiciaba la actuación de una sociedad estatal –*Improasa*–, con forma de sociedad anónima, cuyo objeto era la privatización de *Intelhorce*, siendo nombrado el Presidente así como a la totalidad del Consejo de Administración por la Dirección General del Patrimonio (accionista único de *Improasa*). Resultaba así posible apreciar, según la sentencia, el requisito de nombramiento por parte de la autoridad, como requiere el art. 24.2 CP.

deberes que pesan sobre los distintos miembros de esta relación. Para empezar, porque es común identificar en el ámbito de las relaciones verticales una serie de deberes específicos que no encuentran parangón en el ámbito de las relaciones horizontales. Es el caso de aquéllos que surgen por el acto mismo del nombramiento, y que se extienden a las tareas de supervisión y control. Por otra parte, el principio de confianza, que tradicionalmente ha sido considerado común a ambas formas de relaciones, verticales y horizontales, cobra en cada una de ellas una diferente extensión y alcance, hasta el punto de que los extremos que permiten fundamentarlo son también distintos.

Por razones de acotación del contenido de esta contribución, no es este el lugar para tratar con detenimiento las bases de la responsabilidad penal con carácter general en el ámbito de la actuación colegiada. Existen al respecto muchos y cualificados estudios en nuestra doctrina a los que basta remitirse para conocer sus principales aspectos. Objeto de este apartado es tan sólo la atención a las peculiaridades que comporta el traslado de tal elaboración general al específico ámbito de las relaciones, horizontales y verticales, que pueden trazarse a partir de la actuación colegiada propia de las sociedades instrumentales.

#### **A. Relaciones horizontales**

Se trata en este apartado la responsabilidad en que pueda incurrir un miembro del Consejo de Administración u órgano de gobierno equivalente por la actuación del resto. La cabal comprensión de las distintas situaciones imaginables pasa por diferenciar dos grupos de casos que se corresponden con dos situaciones claramente definidas. La primera de ellas plantea la responsabilidad de uno de esos miembros por la adopción de acuerdos por parte del órgano colegiado al que pertenece. La segunda suscita la cuestión en torno a la responsabilidad en que pueda incurrir un administrador por el conocimiento, *de facto*, de la actuación irregular del resto de los miembros integrantes del órgano. Veamos por separado cada uno de esos posibles escenarios.

##### *A.1. La responsabilidad del administrador por la adopción de acuerdos en el seno del Consejo de Administración al que pertenece*

Antes de entrar en el análisis de las reglas generales de imputación en este ámbito procede advertir que en relación con determinados delitos de la Parte Especial del Código penal el legislador ha resuelto específicamente el problema de la eventual responsabilidad de un administrador por la adopción de acuerdos ilícitos en seno del órgano colegial al que pertenece, al tipificar con carácter puntual la adopción colegiada de acuerdos abusivos o lesivos. En concreto, en sede de los delitos societarios el art. 291 CP castiga a quienes, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o en el órgano de administración de cualquier socie-

dad, *impusieren acuerdos abusivos* con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios y sin que reporten beneficios a aquella. Por su parte, el artículo siguiente, el 292 CP castiga a quienes *impusieren* o *se aprovecharen* para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia. La redacción de este último precepto es singularmente aclaratoria del alcance de la responsabilidad en tales casos, en tanto que no sólo tipifica como una forma de autoría el acto en sí de imposición del acuerdo, sino también la conducta de quienes, sin haber participado en su adopción, tienen conocimiento del mismo y se aprovechan de él.

Más allá de estos supuestos expresamente tipificados, el trazo de la responsabilidad penal del administrador en general y, específicamente en el ámbito que aquí interesa, el de los integrados en sociedades instrumentales, requiere diferenciar los distintos escenarios que pueden presentarse en la práctica. De ellos, sin duda el que menos dificultades plantea corresponde al caso de quien vota a favor de la decisión ilegal. No cabe duda, en efecto, de que su contribución representa un acto ejecutivo esencial para la comisión del delito y, como tal, puede calificarse como un acto de autoría<sup>20</sup>. Precisamente a esta constelación responden los supuestos expresamente tipificados por nuestro legislador penal, a los que hacíamos referencia líneas más arriba, esto es, la actuación de quien en el marco de un delito societario “impone” acuerdos abusivos o lesivos. Vaya por delante que lo anterior no supone fundamentar una responsabilidad de carácter colegiado, que tomara como punto de referencia la actuación como tal del órgano en cuestión<sup>21</sup>. Su alcance se ciñe, por el contrario, a la exigencia de responsabilidad por la actuación individual de cada administrador, en tanto que con su propia contribución posibilita la adopción del acuerdo ilegal<sup>22</sup>.

Peculiaridades específicas plantea la actuación del administrador que *no asiste* a la sesión del Consejo en cuestión, *se abstiene* en la votación o *vota en contra*. Suele reconocerse con carácter general la irrelevancia penal de su conducta en cualquiera

<sup>20</sup> Todo ello con independencia de que el acuerdo se hubiera adoptado en cualquier caso, esto es, aunque el concreto administrador no hubiera votado. Como señala SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “la emisión de un voto contrario a deber puede entenderse como un riesgo que, de alcanzarse el acuerdo, se ha concretado en el resultado. Todo voto emitido antes de haberse alcanzado la mayoría a favor de una resolución contraria a derecho constituye la creación de un riesgo que de lograrse el acuerdo coadyuva a su explicación” en “Participación en las decisiones del Consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, marzo 1994*, págs. 48 ss. Por lo mismo, y como señala también este autor, la responsabilidad alcanza igualmente a quien emite su voto cuando ya existen votos suficientes para la adopción del acuerdo, en tanto que también en tal supuesto “ha coadyuvado objetivamente a configurar la voluntad de dicho órgano, y su manifestación de voluntad forma parte integrante del acuerdo adoptado”, *ob. cit.*, pág. 52.

<sup>21</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., “Distribución de la responsabilidad penal entre los miembros del Consejo de administración de una sociedad”, en *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Dir. Bajo Fernández, Madrid 2008, pág. 182. Ya antes, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Participación en las decisiones del Consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal”, *ob. cit.*, pág. 45.

<sup>22</sup> Al respecto, véase por ejemplo BAJO FERNÁNDEZ, M/ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, pág. 127.

de estos casos<sup>23</sup>, fundamentada precisamente en la imposibilidad de reconocer en el orden penal una responsabilidad de carácter solidario que permitiera su extensión a cualquier integrante del órgano. Divergen así claramente los presupuestos de responsabilidad de los órdenes penal y mercantil, en tanto que en éste último aquélla encuentra su reconocimiento expreso en el art. 237 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), conforme al cual, “los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”. Parte, pues, de una regla general de atribución de responsabilidad a todos los integrantes del órgano sobre la base de una presunción que sólo permite su quiebra ante la prueba en contra de una actitud del administrador merecedora de su exoneración de responsabilidad.

Volviendo la mirada al orden penal, la situación tiene que ser necesariamente distinta, en tanto que los principios que rigen su aplicación son incompatibles, al menos como línea de principio<sup>24</sup>, con presunciones de responsabilidad. Resulta así que la responsabilidad por el acuerdo sólo puede atribuirse a quien lo ha adoptado y, en sentido contrario, queda exento de pena por su adopción quien no ha participado en él. Cuestión distinta es que, como con frecuencia se señala, tal exoneración de responsabilidad penal alcance a lo que, en puridad, son actos preparatorios<sup>25</sup>, de todos modos impunes como regla general tanto en los delitos económicos como en los relativos a la corrupción<sup>26</sup>. Precisamente desde esta perspectiva, la afirmación de la exoneración de responsabilidad penal por la concreta actuación de quien vota

<sup>23</sup> Entre otros LASCURAIN SÁNCHEZ, A, “La responsabilidad penal individual por delitos de empresa”, en *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., págs. 291 s., quien ciñe la responsabilidad penal a aquellos administradores que hayan votado a favor de la resolución delictiva. Resultarán por el contrario exentos de responsabilidad penal quienes hayan salvado su voto (ya sea por votar en contra, abstenerse o no acudir a la sesión); QUINTANAR DÍEZ, M., “Aspectos de la responsabilidad penal de los órganos de administración en las sociedades mercantiles”, en *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Madrid, 2008, págs. 124 s; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Participación en las decisiones del Consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal”, ob. cit., págs. 53 ss. En tales casos, como señala por lo demás este autor, ninguna responsabilidad puede extraerse para quien vota en contra o se abstiene en la votación por el hecho de acudir a la sesión del Consejo y permitir con su asistencia que se alcance el *quórum*: “El hecho de que el sujeto esté investido de la facultad de determinar la voluntad le autoriza a participar en la toma de acuerdos incluso en aquellos supuestos en que conozca que el acuerdo que se va a adoptar es contrario a derecho”, ob. cit., pág. 55.

<sup>24</sup> Cuestión sobre la que tuve ocasión de ocuparme en *Presunciones y Derecho penal*, Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Valencia 2009, págs. 765 ss.

<sup>25</sup> De una opinión distinta BAJO FERNÁNDEZ, M/ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, ob. cit. pág. 132, para quienes si la votación se ha documentado regularmente, lo que, según aclaran, supone que cuenta con las firmas precisas y con los datos imprescindibles de los intervinientes, tal acuerdo puede valorarse como un mandato de hacer que “parece ser más un acto de ejecución que preparatorio”.

<sup>26</sup> Precisamente la naturaleza de la contribución permitiría explicar que el legislador, cuando ha querido considerar punibles estos actos, en general impunes en los delitos económicos y relativos a la corrupción, haya optado por tipificarlos expresamente. Sería el caso de los arts. 291 y 292 CP ya referidos.

en contra del acuerdo o se abstiene no obvia la pregunta en torno a los presupuestos con los que, en su caso, proceda su exigencia cuando el miembro del órgano colegiado tiene conocimiento de la ilegalidad del acto que se realiza al amparo del acuerdo adoptado por el resto y, pese a ello, no pone en marcha un comportamiento ulterior tendente a evitar su materialización. En tanto que la cuestión plantea los presupuestos de la posición de garantía de los administradores así como la concurrencia en el caso concreto de aquellos requisitos de los que el legislador hace depender la apreciación de la comisión por omisión en los delitos de resultado, nos remitimos a las consideraciones que realizamos en el apartado siguiente.

#### A.2. *Conocimiento por un administrador de las irregularidades que realizarán otros administradores*

Se tratan en este apartado los casos en que uno o varios de los administradores tienen conocimiento, *de facto*, de la irregularidad que va a cometer el órgano colegiado. Esto puede ocurrir en distintos supuestos. El primero, cuando el acuerdo ilegal se adoptó en una sesión del Consejo a la que aquél no asistió y de cuyos resultados no tuvo conocimiento en ese momento sino en otro posterior; el segundo, allí donde el administrador asistió a la sesión si bien salvó su voto o se abstuvo; el tercero comprendería los casos en que el administrador llegó a tener conocimiento por cualquier vía de la irregularidad a cometer por otro administrador al margen de cualquier decisión colegiada. Conviene aclarar expresamente que en cualquiera de los casos su fenomenología se ciñe a la responsabilidad del omitente por los delitos que, en el momento de tener conocimiento del riesgo de su producción, no evita. Al margen quedarían aquellos otros supuestos en los que el delito ya se ha cometido y es tras ese momento cuando el resto de los administradores llega a tener conocimiento de su comisión. La imputación de responsabilidad al omitente en tales circunstancias sólo podría discurrir, en su caso, conforme a un eventual delito imprudente, no previsto en relación con los tipos de corrupción que aquí interesan, que por el contrario reclaman una actuación dolosa por parte de quien no actúa<sup>27</sup>. Es más, la fundamentación de tal juicio imprudente exigiría además comprobar, junto con el deber de evitar la actuación del subordinado, un deber de vigilancia en el ámbito de las relaciones horizontales lo que, como veremos, es altamente discutido en el estado actual de discusión doctrinal. Por ello, en los casos en que el administrador tenga conocimiento, *a posteriori*, del acto ya realizado, sólo procederá la apreciación, en su caso, de un delito de

<sup>27</sup> Recordemos que los delitos específicos cometidos por funcionarios públicos exigen en su tipo subjetivo el dolo, por lo que habrá de comprobarse que el omitente no sólo conocía la previsible realización de la irregularidad, sino que con su actuación pretendía favorecer el acto corrupto o, al menos, era indiferente ante tal posibilidad, conforme a los esquemas del dolo eventual. Todo ello sin perjuicio de aplicar la conocida como doctrina de la *ignorancia deliberada*, según la cual podría admitirse el dolo con el conocimiento y tolerancia de la irregularidad. Sobre esta doctrina véase por todos RAGUÉS I VALLÉS, R, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, 2007.

encubrimiento o de receptación, siempre lógicamente que se cumplan sus respectivos elementos típicos<sup>28</sup>.

En cualquiera de los supuestos planteados se ventila como primera cuestión la relativa a los límites de la responsabilidad del administrador en comisión por omisión por no impedir la actuación irregular en el seno de la sociedad, lo que requiere responder, en primera instancia, a la pregunta en torno a si ostenta una posición de garantía sobre el patrimonio social -y, de modo específico en el ámbito que nos ocupa, sobre el patrimonio público-, que a su vez diera paso a la existencia de *deberes de garantía y vigilancia* por la correcta actuación del órgano colegiado. Al respecto cumple ante todo advertir que con carácter general la LSC contempla una serie de deberes que gravan a los administradores. En concreto, su art. 225 consagra el que se denomina como “deber general de diligencia”, concretado en su apartado primero en los siguientes términos: “los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”. Por su parte, el art. 227 del mismo texto normativo consagra el llamado “deber de lealtad”, concretado, según el apartado primero del precepto, en el deber de “desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”. La pregunta que se plantea es la relativa a si la quiebra de tales deberes de actuar debe considerarse de por sí suficiente a la hora de fundamentar la eventual responsabilidad del administrador en el orden penal.

Resulta interesante para ilustrar el problema la cita de la STS de 11 de marzo de 2010, en cuanto que en ella se planteaba el alcance del deber de actuar de un administrador ante las irregularidades cometidas por otros también pertenecientes al mismo Consejo de administración. En el caso enjuiciado se trataba de decidir la posible responsabilidad penal de los miembros del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima por la desviación de fondos cometida por otro miembro de dicho órgano. En concreto, uno de los administradores recibía de los clientes cantidades de dinero para ser invertidas en la compraventa de obligaciones hipotecarias, siendo así que no realizaba inversión alguna. Se planteaba la responsabilidad de los otros administradores por no impedir esa conducta. La Sentencia de instancia condenó al primero de ellos por un delito de apropiación indebida, y a los otros dos como cómplices en comisión por omisión.

Recuerda ante todo el Alto Tribunal los requisitos de la estructura de la comisión por omisión conforme al art. 11 CP; a saber, la exigencia de que se trate de delitos de resultado, la necesidad de fundamentar una posición de garantía por parte de quien omite, la apreciación de una relación de equivalencia estructural de la omisión con la acción esperada, la constatación de capacidad del omitente para

<sup>28</sup> RAGUÉS VALLÉS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Madrid, 2013, pág. 105.

realizar la acción, así como el juicio de causalidad hipotética entre la acción omitida y el resultado producido. Conforme a ellos, y a partir de la constatación de que no existe posición de jerarquía alguna entre los miembros del Consejo de Administración, consideró el Tribunal Supremo que, si bien quienes no actuaron debían obrar con “la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal e informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (artículo 127 de la LSA ), tal condición “no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad”. Negaba de este modo el fallo la existencia de un deber de vigilancia de uno de los consejeros respecto a la actuación del resto. De nuevo, en palabras de la Sentencia, sus deberes “se satisfacían con desempeñar sus propias conductas de forma correcta y con informarse de la marcha de la sociedad, pero no contenían una especial obligación de vigilancia de las actuaciones de los demás miembros del Consejo que alcanzara a todos los aspectos de su conducta e incluyera los delitos cometidos aprovechando sus actividades legales”.

No menos importante en la argumentación del Tribunal para excluir la responsabilidad penal de aquellos otros Consejeros es la consideración de que la actuación del administrador que desvió los fondos se desarrollaba en el marco del objeto social, sin que por ello presentase “una especial peligrosidad para intereses ajenos que exigiera una especial vigilancia”. A todo ello habría que añadir todavía, según el fallo, que ni desde el punto de vista de la causalidad hipotética podría explicarse el modo en que la omisión de estos otros administradores habría evitado la producción del resultado aun de existir un deber de vigilancia, ni podría fundamentarse en esos consejeros el conocimiento de la actuación delictiva del otro socio.

Esta sentencia contó con un voto particular formulado por el Magistrado Bacigalupo Zapater, quien fundamentó su discrepancia en la consideración de que sobre un ordenado empresario recae el deber de vigilar la legalidad de la actuación de la sociedad de cuyo Consejo de Administración es miembro, sin que pueda invocar un supuesto principio de confianza: “Es difícil admitir que un miembro del consejo de administración desempeña su cargo diligentemente cuando se lo exime de comprobar la legalidad de la actuación de los representantes o de otros miembros del consejo, especialmente cuando existen razones -como en este caso- para sospechar una distracción de dinero en perjuicio de los inversores”. Con base en estas premisas, sostuvo el Magistrado disidente que en el caso concreto la actuación de los acusados habría podido impedir la continuación de los daños, en tanto que entre sus facultades se incluía la potestad de impedir la interrupción de las operaciones ilícitas, así como que podía deducirse el conocimiento por ellos de las irregularidades cometidas por el otro administrador.

Entiendo que asiste la razón en la doctrina a SILVA SÁNCHEZ<sup>29</sup> cuando advierte que para comprender la disparidad entre las posturas del fallo y del voto particular es importante tener presente la diferencia de presupuestos fácticos sobre los que descansa cada una de esas posiciones; en concreto, en lo que se refiere al conocimiento o no por parte de los restantes miembros del Consejo de la actuación desviada del Consejero que cometió el delito de apropiación indebida. La diferencia de perspectivas habría de verse en que mientras la Sentencia parte del desconocimiento de la ilegalidad por parte del resto de los miembros del Consejo, e incluso alberga serias dudas acerca de que hubieran podido llegar a conocerla, el voto particular considera que existen una serie de indicios con base en los cuales sostener que podían sospechar tal comportamiento desviado. Ahora bien, de inmediato considera el referido autor que tanto desde una como otra premisa huelga el recurso a fundamentar deberes de vigilancia en este ámbito de relaciones horizontales – como sin embargo hace el voto particular-, en tanto que sería posible sostener la responsabilidad de esos otros consejeros sobre la base de la quiebra del principio de confianza entendido en su sentido tradicional. Tal concepción impide seguir manteniendo la confianza en la actuación del resto de los miembros en un ámbito organizativo horizontal en el que existen deberes de garantía recíprocos cuando concurren indicios suficientes acerca de una actuación contraria a Derecho por parte de los demás miembros. En concreto, afirma el autor que en el ámbito de los miembros de un Consejo de Administración “el deber complementario de subsanar la incorrección ajena es un reflejo del deber negativo que el grupo en su conjunto tiene frente a un tercero (la sociedad en el caso que nos ocupa)”. A partir de lo anterior sostiene que, si bien entre los miembros de un Consejo de Administración existen deberes de garante recíprocos “esos deberes no son de vigilancia”, ciñéndose a que “si un Consejero adquiere el conocimiento, aunque sea en términos de probabilidad, de la comisión de un delito por parte de otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita”<sup>30</sup>. Si se admite, como hacemos, este planteamiento, resulta que, por una u otra vía, el conocimiento acerca de la irregularidad en la actuación del órgano permite sentar las bases de la responsabilidad en comisión por omisión. A todo ello tan sólo resta añadir que dicho juicio de responsabilidad reclama en todo caso la comprobación del efectivo conocimiento por parte de quienes no actúan, y no sólo de las

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración –a propósito de la STS num. 234/2010 de 11 de marzo”, en *InDret*, nº 2, 2011.

<sup>30</sup> También en el sentido de negar la existencia de deberes de vigilancia y control sobre la base de la prevalencia en tales casos del principio de confianza, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General, 4ª edición*, Valencia, 2014, págs. 515 ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad penal individual por delitos de empresa”, *ob. cit.*, págs. 292 ss. Insiste en todo caso en que la posición de garantía se supedita a que la decisión corresponda al ámbito de riesgos que proceden del círculo de organización del consejero. En tal caso, el deber del consejero es “el propio de control de una fuente de riesgo propia, pero no la vigilancia y corrección de los demás administradores como si de una relación de delegación se tratara”.

posibilidades más o menos elevadas de adquirirlo, supuesto este último en el que, salvo que se apreciaran los presupuestos de la llamada *ignorancia deliberada*, estaríamos en el ámbito de la imprudencia, impune en los delitos de corrupción que nos ocupan.

Llegados a este punto, podemos retomar la cuestión planteada en el apartado anterior, relativa a la posible responsabilidad penal por omisión de los consejeros que se han abstenido o votado en contra de un determinado acuerdo ilegal (con la consiguiente exclusión de la responsabilidad por la adopción del acuerdo), si bien no hacen después nada por impedirlo. Aun cuando en este punto la doctrina se encuentra dividida, entiendo que asiste la razón a quienes consideran que tal fenomenología de casos puede dar lugar a la responsabilidad de dichos directivos en tanto dicha actitud represente un incremento relevante del riesgo de producir el resultado<sup>31</sup>, lo que sucederá allí donde pueda demostrarse que su comportamiento activo hubiera impedido o, al menos, dificultado la lesión. Ciertamente es que a partir de lo anterior las discrepancias vuelven a surgir a la hora de concretar en qué debiera consistir el comportamiento activo del administrador para valorarlo como una disminución significativa del riesgo, oscilando en este punto las opciones desde la consideración como suficiente de la impugnación del acuerdo hasta la exigencia de un deber de denuncia. Según entiendo, sólo será exigible este último allí donde el acuerdo tenga un carácter inequívocamente delictivo. La razón es que sólo entonces puede apreciarse cierta analogía con las exigencias derivadas del deber general de evitar la comisión de un delito, que no debieran ser más livianas cuando, como en el caso que nos ocupa, de su infracción se trata nada menos que de derivar la responsabilidad del garante por la producción de un resultado.

## B. *Relaciones verticales*

Específicos son los problemas de distribución de responsabilidad en el marco de las estructuras verticales o jerarquizadas. En el concreto ámbito que nos interesa, se incluyen bajo su fenomenología relaciones como las generadas entre el Ministro al que está adscrito el ente y el órgano de gestión de éste, o la que media entre las categorías de *máximo responsable* y *directivos*, definida en el art. 3 del RD 451/2002, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. La

<sup>31</sup> Es el caso de BAJO FERNÁNDEZ. M/ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, ob. cit. pág. 133, si bien citando tal grupo de casos a los acuerdos vinculantes, por entender que sólo en ellos la omisión del administrador representa un aumento real del riesgo de producción del resultado “El administrador disidente normalmente no crea ningún riesgo con su abstención, salvo en los casos de órganos colegiados en los que los acuerdos no son vinculantes, por lo que su omisión es relevante si no hace nada para evitar el resultado, pudiendo hacerlo”. En el sentido de excluir cualquier responsabilidad por no impedir la materialización del acuerdo en el caso de quienes votaron en contra, se abstuvieron o no asistieron a la sesión, véase por ejemplo GARCÍA CAVERO, P., “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa”, en *Derecho y Sociedad*, 39, págs. 75 s.

primera categoría comprende al Presidente ejecutivo, el Consejero Delegado de los Consejos de Administración o de los órganos superiores de Gobierno o Administración de las entidades que componen el sector público empresarial con funciones ejecutivas, o el Director General o equivalente de dichos organismos o entidades. La categoría de Directivos abarca a los integrantes de un Consejo de Administración, de los órganos superiores de gobierno o administración, o quienes actúan bajo su dependencia o la del máximo responsable y en tal condición ejercite funciones separadas con autonomía y responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones del máximo responsable o de los órganos que conforman el sector público empresarial.

Junto con los casos anteriores, también la vasta fenomenología de relaciones verticales abarca a la que media entre los miembros del órgano de administración del ente y los niveles inferiores, entendiéndose por éstos a los meros ejecutores o empleados. Precisamente a la vista de las peculiaridades que plantea cada uno de estos tipos de relaciones se comprende la conveniencia de tratar por separado, como dos grandes bloques, las cuestiones que suscitan.

#### B.1. *El régimen de responsabilidad penal en las relaciones verticales trazadas en los niveles superiores del organigrama*

Como anunciábamos, se trata en este primer apartado la posible responsabilidad penal derivada de las relaciones que median entre las distintas instancias que componen los niveles orgánicos superiores. En tal ámbito es a su vez imaginable plantear dicho título de responsabilidad sobre la base de dos hipótesis que pueden darse en la práctica y que corresponden, respectivamente, a la emisión de órdenes por parte del superior, de un lado, y al simple conocimiento por parte de éste de las irregularidades cometidas por el órgano directivo, de otro.

##### B.1.1. La emisión de órdenes

En la primera fenomenología de casos se plantea la responsabilidad del superior por la emisión de instrucciones a quienes tienen que adoptar un acuerdo o una resolución. Pensemos, por ejemplo, que el Ministro al que está adscrito el ente ordena al Consejo de Administración la adopción de un acuerdo antijurídico. En tanto se ventila la posible responsabilidad de los sujetos implicados, superior e inferior, la solución reclama atender a las construcciones que con carácter general ofrece la teoría general de la autoría y la participación en su resolución. Dos son, en concreto, los expedientes que vienen en consideración a la hora de calificar la actuación delictiva en estos casos. Por una parte, la figura de la *inducción*; por otra, la de la *autoría mediata*, mediando entre una y otra como diferencia esencial la atribución o no del dominio del hecho a quien ejecuta el comportamiento delictivo. Sabido es que conforme a la elaboración teórica del dominio del hecho suele reconocerse que éste sigue correspondiendo al ejecutor en tanto que, aun cuando actúe

en cumplimiento de una orden a la que rodea cierta presión por provenir de una instancia superior, la decisión última sea expresión de un acto de su libertad. Tan sólo cabría si acaso recordar que entre el amplio abanico de formas con las que puede dotarse de peligrosidad a la acción de inducir, elemento esencial de su injusto<sup>32</sup>, puede incluirse sin ambages la presión propia de las relaciones jerárquicas así como el temor que pudiera planear sobre el ejecutor de una posible revocación de su posición en el caso de no secundar las instrucciones recibidas. Dicha presión, sin embargo, no sería más que el elemento que dota precisamente de riesgo a la incitación, que no por ello puede dejar de considerarse como tal. Desde dicha comprensión, tan sólo cabría plantear en este esquema propio de la relación entre inductor e inducido la posible incidencia que pueda tener la alegación del inferior de actuar dentro de los márgenes de la llamada *obediencia debida*. Eliminada tal circunstancia del catálogo general de eximentes de responsabilidad penal del art. 20 CP, su cabal apreciación debe reconducirse a los esquemas generales de la inexigibilidad de otra conducta, como causa de atenuación o de exclusión de la culpabilidad<sup>33</sup>. A la hora de apreciar la procedencia de su alegación cobra un papel esencial la comprobación de la concurrencia o no de los presupuestos del delito que representa justamente su opuesto: la *desobediencia*. Recordemos que el art. 410 CP castiga a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones procedentes, entre otros, de la autoridad superior, “dictadas en el ámbito de su respectiva competencia y revestida de las formalidades legales”. El límite a la apreciación de tal delito lo ofrece el apartado segundo del mismo precepto, al excluir expresamente de su ámbito típico a las autoridades o funcionarios públicos que no dieran cumplimiento a un mandato que constituya una “infracción manifiesta, clara y terminante de una precepto de ley o de cualquier otra disposición general”. En los casos en que, pese a darse este supuesto, la autoridad o funcionario acatare la orden, entiendo que tan solo podría venir en consideración, a lo sumo, una reducción de la pena por disminución de la culpabilidad con base en la idea de inexigibilidad de otra conducta<sup>34</sup>, sin que su alcance pudiera llegar a la exclusión total de la responsabilidad, supuesto que debiera reservarse para los casos en que el temor del sujeto en el caso de no realizar la conducta recaiga sobre bienes jurídicos fundamentales. En todo caso, como con acierto se ha señalado en la doctrina, el recurso a la posibilidad de fundamentar una atenuación

<sup>32</sup> GÓMEZ RIVERO, MC, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, págs. 165 ss.

<sup>33</sup> GÓMEZ RIVERO, M.C., ¿Aún un espacio de racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Penal*, julio 2004, págs. 24 ss.

<sup>34</sup> En alguna ocasión, sin embargo, la jurisprudencia ha apreciado la exención de responsabilidad sobre la base de apreciar la obediencia debida. Es el caso de la STS de 10 de abril de 1992, comentada por SILVA SÁNCHEZ, J.M., en “Criterios de asignación de la responsabilidad en estructuras jerárquicas”, *ob. cit.*, págs. 34 ss. En palabras de la Sentencia, “aun suponiendo que el acto ordenado tenga una clara apariencia de ilicitud y resulte antijurídico, puede no considerarse culpable si el empleado se ve, caso de insumisión, en riesgo de represalia que puede incluir el privarle del empleo y resultar en su situación no exigible humanamente otra conducta distinta para la generalidad de las personas”.

de la pena disminuirá a medida que el sujeto se sitúe en un nivel más elevado de la cadena jerárquica<sup>35</sup>.

#### B.1.2. La posible responsabilidad del superior derivada del conocimiento de las irregularidades que llevarán a cabo los inferiores

Existe unanimidad en la doctrina a la hora de fundamentar en el ámbito de las relaciones verticales un *deber de vigilancia* del superior respecto al inferior, basado en las obligaciones generales inherentes a su posición<sup>36</sup>, y cuya omisión se sitúa en condiciones de fundamentar la responsabilidad penal de aquél por no evitar la actuación delictiva del inferior<sup>37</sup> de acuerdo con el expediente de los delitos de omisión impropia<sup>38</sup>. Necesario es reconocer, en todo caso, que la elaboración dogmática general de esta estructura reclama la concurrencia de ciertos requisitos adicionales a la mera condición del sujeto activo que permitan fundamentar la imputación del resultado al omitente, entre los que se cuenta la comprobación del efectivo dominio de la actividad en cuestión<sup>39</sup>.

No pueden desatenderse, por otra parte, las peculiaridades propias del acto de *delegación*. Es pacífico al respecto el reconocimiento de que éste no supone para el

<sup>35</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Criterios de asignación de la responsabilidad en estructuras jerárquicas”, *ob. cit.*, pág. 36.

<sup>36</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, 2008, pág. 150.

<sup>37</sup> Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración”, 2011, *ob. cit.*, pág. 2. Ya antes, véase el mismo en “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra*, Barcelona, 1995, págs. 368 ss: “la idea básica de esta imputación es que la estructura jerárquica y de división funcional de trabajo genera unos ámbitos de competencia individual... En concreto... dicho sujeto asume un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan dimanar de las personas o cosas que se encuentren sometidos a su dirección”. Si bien de inmediato señala el autor que no se trata de fundamentar un compromiso genérico, sino de “contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deban controlarse y las medidas cuya no adopción fundamentará la presencia de un delito de omisión, equivalente a la comisión”, pág. 372.

<sup>38</sup> No abordamos en esta sede la discusión en torno a la oportunidad de introducir en nuestro Derecho un delito de omisión impropia que sancionara la mera infracción del deber de vigilancia del inferior por parte del directivo. Pese a que no han faltado voces proclives a su tipificación (un completo resumen de las mismas puede encontrarse en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, *ob. cit.*, págs. 540 ss), entiendo que la inclusión de este tipo de delitos plantearía serios problemas de compatibilidad con el principio de mínima intervención penal, razón por la cual la sanción de estos incumplimientos debiera ser tarea más propia del Derecho administrativo que del orden penal.

<sup>39</sup> En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “el fundamento de la imputación de la responsabilidad a los directivos proviene del nacimiento de unos ámbitos específicos de competencia individual (fruto de la división funcional del trabajo y de la estructura jerárquica), al frente de cada uno de los cuales se halla una persona que pasa a poseer, así, una propia esfera de dominio sobre la organización interna de esa parcela de actividad. Por consiguiente, el órgano directivo asume un específico compromiso individual de control o de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetos a supervisión, y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial”, en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 526.

delegante su exoneración incondicional de responsabilidad penal, en tanto que mantiene un reducto de deberes de contenido indelegable, lo que da paso a los llamados *deberes primarios y secundarios*<sup>40</sup>. Resulta así que a los deberes dimanantes en tal caso por el acto mismo del nombramiento<sup>41</sup> habría que sumar los que encuentran su origen en el deber de vigilancia<sup>42</sup> o supervisión de la actividad del inferior, comprendiendo también los de instrucción, formación o coordinación, deberes que en su conjunto limitan la posibilidad de invocar el principio de confianza como excluyente de la responsabilidad penal<sup>43</sup>. No existirían, pues, dificultades en caso de la infracción de cualquiera de ellos para fundamentar la responsabilidad del superior como comitente omisivo por las irregularidades que pueda cometer el inferior en el desarrollo de su actividad.

### *B.2. La relación vertical entre directivos y ejecutores*

De nuevo en el marco de este esquema de relaciones sería posible distinguir dos posibles fuentes de responsabilidad. De un lado, la dimanante del conocimiento por parte de los superiores de las irregularidades cometidas por los inferiores; de otro, la derivada de la emisión de órdenes e instrucciones de aquellos directivos a los ejecutores.

En relación con el primer supuesto, poco cabe añadir a la ya fundamentada existencia de deberes de vigilancia y control en el apartado anterior, propia en general de las relaciones entre superiores e inferiores. Si acaso, tan sólo debe añadirse en este punto que tales deberes encuentran una consagración expresa en nuestro Código penal cuando a la hora de trazar el diseño de la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por los empleados, refiere en el art. 31 bis 1 b) el incumplimiento por parte de los directivos (entre ellos, los integrantes de

<sup>40</sup> Por todos, MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, *ob. cit.*, págs. 92 ss.

<sup>41</sup> Por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E., “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, marzo 1994*, págs. 75 ss.

<sup>42</sup> Entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M/ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, *ob. cit.*, pág. 136: “no se perciben razones para que a los Consejeros no les incumba un deber de vigilancia respecto de los Consejeros delegados de la comisión delegada como el que, en general, ha sido admitido en relación al empresario con respecto a sus empleados”. También en BACIGALUPO SAGGESE, S., “Distribución de la responsabilidad penal entre los miembros del Consejo de Administración de una sociedad”, *ob. cit.*, págs. 185 s. Con carácter general sobre los deberes residuales del delegante, véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Criterios de asignación de responsabilidad penal en estructuras jerárquicas”, en *Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ*, Madrid, 1997, págs. 15 ss. Su infracción, según el autor, tiene consecuencias diversas en función del eslabón concreto de que se trate dentro de la cadena de delegación. En el caso del superior jerárquico inmediato, la omisión de sus deberes dará lugar a un supuesto de autoría en comisión por omisión, en tanto que en la esfera de su competencia “se hallaba la *evitación* directa del hecho”. Tratándose por el contrario del superior *mediato* la omisión de sus deberes fundamentará su responsabilidad como partícipe en comisión por omisión, en tanto que en su esfera de competencia “se hallaba la posibilidad de *instar* a la *evitación* del hecho”, págs. 17 ss.

<sup>43</sup> Con amplias referencias doctrinales, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*, *ob. cit.*, págs. 535 ss. Para una exposición exhaustiva véase MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, *ob. cit.*, págs. 121 ss.

un órgano de la persona jurídica autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma o que ostentan en ella facultades de organización y control) de los “deberes de supervisión, vigilancia y control” de la actividad de estos actuantes de inferior nivel.

En lo que concierne, en segundo lugar, a la posible responsabilidad de los superiores por la emisión de órdenes cuya ejecución compete a los niveles inferiores (contables o gerentes), es opinión doctrinal generalizada la que señala la conveniencia de que el mero dato formal de la no ejecución de la ilegalidad por los superiores no determine la exención de su responsabilidad penal. Más allá de esta premisa, las dudas se concentran a la hora de determinar cuál sea el concreto título de intervención en el delito de esos superiores<sup>44</sup>, siendo posible encontrar en la literatura penal voces partidarias de apreciar prácticamente todas las estructuras de participación en el delito<sup>45</sup>. Cumple con todo reconocer que las tesis que han alcanzado mayor predicamento corresponden a las respectivas propuestas formuladas en la doctrina alemana por ROXIN –quien fundamenta en tales casos los requisitos de la autoría mediata<sup>46</sup>-, o en nuestro país la desarrollada por MUÑOZ CONDE –en el sentido de reconducir la responsabilidad del superior a los esquemas de la cooperación necesaria<sup>47</sup>-, solución ésta última que parece ajustarse mejor a las notas que caracterizan las relaciones jerárquicas en la estructura empresarial; entre ellas, como señala el citado autor, la constatación de un plan común y el dominio funcional del hecho, pasando con ello a segundo plano el dato de que los superiores realicen o no acciones ejecutivas.

### **3.3. Referencia a algunos tipos delictivos que pudieran venir en consideración en el caso de la actuación irregular en el marco de las sociedades instrumentales**

A partir de la consideración de los directivos de empresas privadas controladas por la Administración como funcionarios públicos y teniendo en cuenta las anteriores bases para el trazo de su responsabilidad, las consideraciones que siguen se centran en las posibilidades de aplicación de las previsiones del legislador en materia de corrupción en el sector público, dejando por ello a un lado el estudio de otros tipos delictivos que resultarían de aplicación en la corrupción en el ámbito

<sup>44</sup> Con amplias referencias a las distintas posiciones doctrinales véase por todos MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General, ob. cit.*, págs. 517 ss.

<sup>45</sup> En el sentido de recurrir a la figura de la inducción véase por ejemplo, PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista Penal n° 9, 2002*, págs. 106 ss.

<sup>46</sup> ROXIN, ya en *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª ed, 1984, págs., 242 ss. Aceptando esta construcción con matices en nuestra doctrina, SILVA SÁNCHEZ “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho penal español”, *ob. cit.*, págs. 369 s

<sup>47</sup> MUÑOZ CONDE. F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica”, en *Revista penal, n° 9, 2002*, págs. 59 ss.

privado<sup>48</sup>. En concreto, en lo que sigue, nos ocupamos de algunas cuestiones que plantean los tipos de cohecho, prevaricación y administración desleal de caudales públicos en su aplicación al ámbito específico que nos interesa. Vaya por delante, como ya se anunció, que no es objeto de las siguientes consideraciones ofrecer un análisis pormenorizado de los caracteres típicos de cada uno de estos delitos, tarea que excedería con mucho la pretensión de esta contribución. Su objeto se ciñe, por el contrario, a plantear estrictamente las singularidades que conlleva la aplicación de estos tipos delictivos a la actuación cometida en el marco de los órganos de gobierno de las sociedades instrumentales, recurriendo para ello a la exposición de algunos casos planteados en la jurisprudencia.

### A. *El delito de cohecho*

Entre los delitos que vienen en consideración a la hora de calificar la posible actuación desviada de los miembros de los órganos de administración de las sociedades instrumentales resulta obligada la referencia al delito de cohecho en cualquiera de sus modalidades típicas, esto es, tanto en los casos en que la entrega de dinero o de cualquier otra ventaja indebida tenga lugar a cambio de realizar un acto ilícito -correspondiente a las respectivas modalidades de cohecho propio o impropio-, como la entrega de regalos en consideración a la función -el llamado cohecho de facilitación del art. 422 CP- o la modalidad del llamado cohecho subsiguiente (art. 421 CP), caracterizado por el hecho de que la recompensa es posterior al acto ilegal.

En realidad, en estos casos las dificultades se concentran a la hora de apreciar la concurrencia de los elementos que permiten fundamentar el llamado cohecho pasivo, elemento esencial de la aplicación del tipo delictivo, y que requiere constatar la condición de autoridad o funcionario público en el sujeto en cuestión que actúa desde la entidad instrumental. La dificultad, pues, remite en este punto a las consideraciones que ya tuvimos ocasión de realizar con carácter general en el apartado 3.1, a las que, a modo de ilustración, tan sólo cabe añadir ahora las apre-

<sup>48</sup> Sería el caso de los artículos 286 bis y ter CP, relativos a la corrupción en los negocios, que representan el tipo paralelo al cohecho en el caso de las relaciones económicas privadas. Este precepto, introducido en el CP por la LO 5/2010 castiga en su apartado primero al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para terceros como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios en las relaciones comerciales". Su apartado segundo castiga las conductas paralelas al llamado cohecho activo, elevando a típica la actuación de quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a los directivos, administradores, empleados o colaboradores citados en el apartado primero cualquier beneficio, para ellos o para terceros, como contraprestación para que se favorezca a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Por su parte, el art. 286 ter CP castiga a quienes ofrezcan, prometan o concedan cualquier beneficio o ventaja indebidos de cualquier índole a una autoridad o funcionario público, en beneficio de éstos o de un tercero, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales. Baste recordar, por último, que los arts. 290 ss. CP tipifican los delitos societarios, y el art. 252 CP la administración desleal.

ciaciones realizadas por nuestro Tribunal Supremo en el caso *Mercasevilla*, enjuiciado por la STS 421/2014, de 16 de mayo.

De forma muy resumida, se planteaba la aplicación de este delito en el caso del Director General y subdirector de una sociedad anónima de capital mixto (recordemos que correspondía al Ayuntamiento de Sevilla el 51% de las acciones y el 48% a *Mercasa*, empresa pública de la Administración del Estado) que solicitaron a una empresa privada determinadas cantidades por concederles la gestión de una Escuela de Hostelería. Tras apreciar la condición de funcionario del Director Gerente de *Mercasevilla*, cuyo nombramiento había sido realizado por los socios mayoritarios, consideró el fallo que también se daría el requisito de participación en el ejercicio de las funciones públicas, en tanto que la sociedad anónima gestiona un servicio de exclusiva competencia municipal (mercados centrales y matadero). Concurriría, por último, el requisito de la realización de actos propios del cargo, ya que, en palabras del Alto Tribunal, “no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor de la dádiva... Los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario... sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejecutar en el uso de sus específicas competencias, sino sólo con ellas relacionado”. Recordemos que en el concreto caso enjuiciado el acusado tenía asignadas funciones que abarcaban el ámbito competencial de influencia de la materialización de la subvención y de la concesión de la explotación de la Escuela de Hostelería.

Sentadas las premisas anteriores, las posibilidades de apreciar en el ámbito que nos ocupa el delito de cohecho tan sólo reclama dos breves observaciones. La primera, que en tanto el cohecho sólo tipifica el pacto corrupto, no el resultado del mismo, abierta queda la posibilidad de apreciar la comisión de un delito de prevaricación, también aplicable en este ámbito en los términos que enseguida veremos. En segundo lugar, que el art. 427 bis CP contempla la responsabilidad de la persona jurídica, siendo, de hecho, la única previsión que, junto con el delito de tráfico de influencias (art. 430 CP), es posible encontrar en el capítulo de los delitos de corrupción pública. Si bien la incorporación de esta cláusula ha estado sin lugar a dudas motivada por la actuación del particular, protagonista del llamado cohecho activo, no deben perderse de vista las posibilidades de su aplicación en el caso de la comisión del delito por parte de los administradores de las sociedades instrumentales, conforme a las previsiones del nuevo art. 31 bis quinquies CP, en los términos que ya referimos en el apartado 1 de esta contribución, al que nos remitimos en este punto.

### **B. *El delito de prevaricación***

Los elementos típicos del delito de prevaricación los resume, entre otras, la STS de 3 de septiembre de 2004. En primer lugar, que el sujeto activo ostente una

condición funcionarial, en el sentido de que su nombramiento proceda de una autoridad pública, aun cuando la entidad actúe en el mercado como empresa privada. En segundo término, que exista una resolución, entendida como acto decisorio de carácter ejecutivo<sup>49</sup>. En tercer lugar, el carácter arbitrario de la resolución, por ser un acto contrario a la Justicia, a la razón y a las leyes. En cuarto lugar, que la resolución se dicte en un asunto administrativo, que reclama el respeto de los principios propios de la contratación administrativa, con exclusión de los actos de carácter político o legislativo. En quinto lugar, que el acto se dicte ‘a sabiendas de su injusticia’.

La importancia de este delito, en términos cuantitativos pero sobre todo cualitativos, explica que el legislador del 2015 introdujera en él algunas modificaciones orientadas a garantizar la severidad de su castigo; en concreto, la pena de inhabilitación, que antes de la reforma era de siete a diez años, alcanza tras ella el marco de nueve a quince años, comprendiendo no sólo el empleo de cargo público, sino el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Volviendo la mirada a la específica constelación de casos que interesan a estas páginas, cabe afirmar que la jurisprudencia se ha decantado decididamente por incluir en el concepto de *resolución administrativa arbitraria* las decisiones ilegales llevadas a cabo en el seno de una sociedad instrumental en tanto que la totalidad o mayoría de su capital sea público, comprendiendo los casos de desviación de poder en la actividad de contratación por parte del ente<sup>50</sup>. En respaldo de tal posi-

<sup>49</sup> A la vista de este requisito se explica precisamente que cuando el legislador ha querido castigar como formas de desviación de poder determinados actos no propiamente resolutorios, haya tenido que tipificarlos expresamente. Es lo que ocurre con los artículos relativos a la responsabilidad de los funcionarios en materia de medio ambiente (art. 329 CP), ordenación del territorio (art. 320 CP) y patrimonio histórico (art. 322 CP), cuyo respectivo ámbito típico se extiende a conductas que propiamente no son resolutorias (por ejemplo, la emisión de informes favorables).

<sup>50</sup> Si bien es posible detectar alguna excepción en la aplicación de esta doctrina. Es el caso de la STS 166/2014, de 28 de febrero. Aun reconociendo que la actuación irregular del funcionario gerente de una empresa pública puede cometer, por darse todos sus requisitos, los delitos de cohecho, malversación y fraude, excluye la aplicación del delito de prevaricación sobre la base de entender que no puede hablarse propiamente de una resolución que recaiga sobre un “asunto administrativo”: “no por el hecho de que dicha contratación deba sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia se convierte en una contratación propia de Administraciones Públicas u Organismos Autónomos. Por ende, no cabe hablar de un asunto administrativo. Precisamente que deban extenderse expresamente por ley tales principios a la actuación de esos entes es señal de que no se trata de actividad administrativa, sino puramente mercantil, sometida al Derecho privado”. Igualmente supone una excepción a tal doctrina general la Sentencia del Tribunal Superior de Cantabria de 8 de abril de 2014. En ella se planteaba la posible responsabilidad por un delito de prevaricación del Presidente del Consejo de Administración y el Director Gerente de una sociedad íntegramente pública por vulnerar las normas administrativas en el proceso de contratación. La apelación al razonamiento manejado por la sentencia antes citada, esto es, la consideración de los actos de contratación como pertenecientes al ámbito del Derecho privado, y no al administrativo, sirvió al Tribunal para fundamentar su absolución por un delito de prevaricación. La Sentencia contó con un voto particular en el que el magistrado discrepante fundamentaba las razones para considerar como prevaricación la actuación irregular: “Al tratarse de una empresa pública, que se constituye con una finalidad pública, la materia debe ser considerada como un asunto administrativo y no privado, civil o mercantil que pudiera depender solo de los acuerdos de los directivos con quienes regían el funcionamiento de la empresa, puesto que encontraban limitaciones en las normas administrativas aplicables, en concreto en la normativa presupuestaria, contable,

ción vendría el art. 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que recogiendo la definición de sector público que ofrece el art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, LGP, dispone que a los efectos de esta ley forman parte del sector público, entre otros, las entidades públicas empresariales (letra c), así como las entidades mercantiles en cuyo capital social la participación pública, directa o indirecta, supere el 50%<sup>51</sup>.

Por sólo citar los fallos más recientes, baste recordar que la ya referida STS de 11 de marzo de 2015 consideró como resolución administrativa arbitraria la formalización irregular de un contrato –prescindiendo de las garantías procedimentales exigidas– por parte de una *Sociedad Anónima* (RILCO) que, con capital en su totalidad público, participaba en el ejercicio de funciones públicas. Según el fallo, participa de las características de la prevaricación administrativa “el acto de adjudicación de un contrato privado realizado por la sociedad instrumental de una entidad pública sin el cumplimiento de los requisitos que le son propios”. Retomando la doctrina sentada por otras previas, recuerda la Sentencia que la razón de la existencia de las empresas públicas “es el cumplimiento de una función pública, mediante la asignación de recursos públicos al cumplimiento de aquella, por lo que la forma en que tales recursos se administren y gestionen no puede separarse de la misma, la cual no puede ser valorada, en consecuencia, como un asunto meramente privado sujeto sólo a los intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa, aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho privado”.

de control financiero y de contratación... y ello aunque la empresa revistiera una forma societaria e interviniera en el comercio a través de la misma. En consecuencia, y como se establece por el TS, en sentencia de fecha 21 de mayo de 2012, la razón de su existencia es el cumplimiento de una función pública, mediante la asignación de recursos públicos al cumplimiento de aquella, por lo que la forma en la que tales recursos se administren y gestionen no puede separarse de la misma, la cual no puede ser valorada, en consecuencia, como un asunto meramente privado, sujeto solo a los intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa, aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho privado”.

Tales pronunciamientos discrepantes de lo que sin embargo ha sido una línea jurisprudencial consolidada no han dejado de merecer, con razón, críticas en la doctrina. Por todos, SÁNCHEZ LERMA, G.A., “Responsabilidad contable y gestión en las Administraciones públicas”, en *Auditoría pública*, nº 64, 2014, págs. 119 ss., quien señala lo incongruente que resulta que tal actuación se considere ajena al injusto del delito de prevaricación en el caso de las sociedades que nos ocupan, y sin embargo sea subsumibles en él su realización por otro tipo de ente del sector público.

<sup>51</sup> Como se señala en la doctrina administrativista, de este modo ocupa un lugar secundario el dato de la personalidad pública o privada del ente y lo importante pasa a ser el dato de que haya sido creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil “siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia”, GALLEGO CÓRCOLES, I., “La prevención de la corrupción en la contratación pública”, en *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos (dir. Nieto Martín, Maroto Calatayud)*, Cuenca, 2014, págs. 69 ss.

Entre otras<sup>52</sup>, ya antes, la STS 429/2012, de 21 de mayo apreció la existencia de un asunto administrativo a efectos del delito de prevaricación en el caso del desvío de los caudales destinados a la gestión del servicio público de transportes por ferrocarril correspondientes a la Generalitat de Cataluña al patrimonio particular de los directivos de la entidad instrumental encargada de la prestación del servicio. Por su parte, la ya referida Sentencia de 11 de marzo 2015 retomó la antes citada que, junto con las STSS 460/2002 y 406/2004, señala que característico de la resolución es la decisión sobre el fondo del asunto, excluyéndose de su concepto los actos meramente de trámite (por ejemplo, informes o propuestas). De ahí se deduce que la resolución deberá estar dotada de cierto contenido material (en tanto que solo entonces puede considerarse decisoria). En el caso concreto enjuiciado, entendió la STS que las resoluciones de contratación adoptadas en el seno de esta empresa podría ser constitutivas de un delito de prevaricación: “al adoptarse sobre personas que mantienen (cfr. en el orden penal) la cualidad de autoridades o funcionarios públicos y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación”. Gráfica es al respecto la aclaración posterior que realiza la sentencia: “El delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a 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 prevenido en el CP en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como la publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos aspectos como administrativo”.

### ***C. El delito de administración desleal del patrimonio público***

Entre los delitos de mayor incidencia cuantitativa en la fenomenología de la corrupción cobra un tradicional protagonismo el clásicamente denominado como malversación de caudales públicos, tipo delictivo que, como es sabido, ha experimentado una sensible modificación de sus rasgos por la LO 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código penal. De su mano abandonó los perfiles que tradicional-

<sup>52</sup> Como la STS de 5 de octubre de 2012 en relación con una empresa pública, la de 5 de julio de 2013, también en relación con una empresa pública, o la STS de 3 de septiembre de 2004, que consideró constitutivo de un delito de prevaricación la contratación irregular realizada por una empresa municipal: “La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal” (referidos al envío de una minuta, suscripción de contratos de consultoría y un contrato laboral).

mente lo caracterizaron como tipo autónomo y en su lugar pasó a remitirse a los delitos de administración desleal o apropiación indebida sobre el patrimonio ajeno<sup>53</sup>.

Ninguna dificultad debe verse para apreciar este tipo delictivo en el ámbito que nos ocupa en lo que se refiere a la exigencia, contenida en el art. 432 CP, de que los sujetos activos sean funcionarios o autoridades públicas con capacidad para administrar el patrimonio público, capacidad que debe proceder del nombramiento recibido por una autoridad competente para ello, en los términos que tuvimos ocasión de comentar al tratar el concepto de funcionario público. En realidad, las únicas dificultades que plantea la aplicación de este precepto tienen que ver con el requisito de que la actuación irregular recaiga sobre fondos que se consideren públicos. Surge de inmediato la pregunta en torno a si así puede considerarse el patrimonio de las sociedades instrumentales.

Cierto es que apenas plantea dudas la respuesta afirmativa en el caso de las *entidades públicas empresariales*. No otra cosa se deduce de la normativa administrativa que contempla su régimen. En primer lugar, de la Ley 47/2003 General Presupuestaria, cuyo art. 2 establece que “A los efectos de esta ley forman parte del sector público estatal, entre otras: c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella; e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas; f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones; g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado”. Digno de mención es igualmente el art. 53 LOFAGE. Tras definir en su apartado 1 a las entidades públicas empresariales como “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”, dispone en su apartado 2: “Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”. Por su parte, declara el art. 56 del mismo texto legal que: “El régimen patrimonial de las entidades públicas empresariales será el establecido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas”.

Más polémica resulta la consideración como patrimonio público de las *sociedades mercantiles públicas*. Cierto es que el art. 1 de la LO 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas considera como empresas públicas: a) las sociedades

<sup>53</sup> Sobre sus rasgos básicos, véase por todos NIETO MARTÍN, A., en *Nociones Fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., Madrid, 2015, págs. 490 ss.

mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o 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 su actividad al Ordenamiento jurídico privado. No obstante la singular composición del patrimonio de las sociedades mercantiles determina que en la jurisprudencia sea frecuente distinguir entre las de capital *mixto* y aquéllas en que el capital es *exclusivo* de la Administración, a fin de negar que los fondos del primer tipo se sociedades puedan considerarse públicos<sup>54</sup>. La STS de 11 de marzo de 2015, recordando la doctrina ya contenida en la STS 166/2014, de 28 de febrero, plasma las razones para ello a partir del reconocimiento de que la Sociedad Anónima es una sociedad capitalista en la que pasan a segundo plano las condiciones personales de los socios, de modo que en ella los conceptos de patrimonio y capital son por completo diferenciados y sólo coinciden en el momento fundacional, con la consecuencia que la naturaleza originaria de capital “no mediatiza la naturaleza del patrimonio de la sociedad o, dicho de otro modo, el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea”. Distinto sería el caso de las sociedades anónimas de exclusivo capital público, en las que se produce una identidad entre el patrimonio social y el del socio<sup>55</sup>. De nuevo en palabras de la referida Sentencia: “En estas empresas de capital exclusivamente público, la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades con capital totalmente público guarden una gran semejanza con las entidades de derecho público”.

Ya antes aplicó esa doctrina la STS de 28 de febrero de 2014, relativa a la empresa *BITEL*, creada por la Administración Pública con finalidad de asistirle en temas telemáticos e informáticos. El caso objeto de enjuiciamiento resulta especialmente interesante, en cuanto que si bien inicialmente la entidad estaba integrada por capital mixto aun con mayoría pública, a partir de una determinada fecha pasó a tener un capital social exclusivamente público. En función de esa vicisitud, el Tribunal Supremo castigó por un delito de apropiación indebida los actos de desviación del patrimonio acordados en el momento inicial, condenando por malversación de caudales públicos a partir del momento en que la empresa pasó a estar

<sup>54</sup> Tal restricción ha sido objeto de críticas por la doctrina sobre la base de que también en los casos de sociedades mixtas se implican los fondos públicos de la Administración y la consiguiente confianza de los ciudadanos en su manejo, lo que hace merecedora su desviación de una sanción reforzada. Por todos, SÁNCHEZ LERMA, G.A., “Responsabilidad contable y gestión en las Administraciones públicas”, *ob.cit.*, pág. 109.

<sup>55</sup> Entre las sentencias más antiguas que aplican el delito de malversación en el caso de las sociedades íntegramente públicas puede citarse la STS de 5 de febrero de 1993: “si bien esas Sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceros una forma personificada de carácter privado, ‘ad intra’... las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses públicos y colectivos”

integrada, en exclusiva, por capital público, sin perjuicio de que tanto una como otra calificación se tuvieran en cuenta a efectos de apreciar un delito continuado.

Para concluir la cita de las referencias jurisprudenciales, baste traer a colación la STS de 21 de mayo de 2012, que apreció igualmente la existencia de malversación en el acto de desvío del caudal público de una empresa pública –Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya- hacia el patrimonio particular de los directivos. Consideró el fallo que se trataba de dinero público administrado por la sociedad constituida para la prestación del Servicio público de transportes por ferrocarril que correspondía a la Generalitat.

En todo caso, a esta exigencia parece razonable añadir la propuesta en la doctrina, en el sentido de que, dentro de aquellas de capital exclusivamente público, debe considerarse que integra el patrimonio público las que ejecutan políticas públicas o servicios públicos. Se trataría de una interpretación sistemática con el 31 quinquies 2 CP que, según tuvimos ocasión de analizar en su momento, ciñe la responsabilidad penal –limitada- de las sociedades mercantiles públicas a aquéllas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, rasgo que permite fundamentar un régimen peculiar en el diseño de su responsabilidad penal<sup>56</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

El recorrido por alguna de las cuestiones que plantea el régimen de responsabilidad penal de los administradores de los llamados entes instrumentales arroja como resultado las amplias posibilidades de aplicar, *de lege lata*, los tipos relativos a la corrupción pública en los casos de su actuación desviada, hasta el punto de poder afirmarse que este ámbito representa el mejor banco de pruebas no sólo de los esfuerzos legislativos, sino también jurisprudenciales y doctrinales para reconducir al régimen más severo propio de la corrupción pública aquella forma de desviación de poder. Del primero da buena cuenta el concepto de funcionario público que maneja nuestro Código penal, tanto con carácter general en el art. 24 como en los tipos especiales del 427 en relación con el cohecho y el art. 286 ter, relativo a la corrupción en las transacciones económicas internacionales. De los segundos, tanto la interpretación de ese concepto amplio de funcionario como su concreción en relación con los principales tipos delictivos en que se pueden ver envueltos los administradores de los entes instrumentales por su actuación irregular. Por último, buena muestra de los esfuerzos doctrinales por depurar el castigo de la corrupción procedente de los entes objeto de estudio es la elaboración dogmática de estructuras tales como las orientadas a delimitar la responsabilidad en seno de las relaciones

<sup>56</sup> NIETO MARTÍN, A., *Nociones Fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, vol. II, *ob. cit.*, págs. 490 s.

horizontales y verticales que genera la dinámica empresarial, directamente aplicable a las decisiones adoptadas en el consejo de administración u órganos equivalentes de gobierno de los entes instrumentales.

La conjugación de estos expedientes permite, por otra parte, aplicar en buen número de casos los tipos delictivos diseñados con carácter general para el castigo de las formas de corrupción pública, sin más limitaciones que las que derivan de la idiosincrasia de los entes instrumentales y del régimen administrativo de su actuación. Se trata, en todo caso, de condicionamientos ajenos al orden penal, lo que permite convenir acerca de la innecesidad de introducir nuevos tipos delictivos para sancionar las conductas de desviación de poder procedentes de esta fenomenología de casos; o, dicho de otra forma, puede concluirse que no existen lagunas en el orden penal que fundamentaran el temor a que la tan criticada *huida del Derecho Administrativo* diera paso, también, a una *huida del Derecho penal*. Lejos de todo ello, las posibles distorsiones a que eventualmente de paso el singular régimen de los entes instrumentales habrá de encontrar su tratamiento en el ámbito administrativo, ámbito que, como afirmábamos en las primeras líneas de este trabajo, es el que en primera instancia debe ofrecer medidas contra la corrupción, que pasan ante todo por el refuerzo de los sistemas de prevención, control y transparencia en la actuación de este tipo de entes.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALMONACID LAMELAS, V., “Sociedades mercantiles municipales: “regreso al Derecho”, *Revista de Derecho Local*, 2013.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., “Distribución de la responsabilidad penal entre los miembros del Consejo de administración de una sociedad”, en *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Dir. Bajo Fernández, Madrid 2008.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, marzo 1994*
- BAJO FERNÁNDEZ, M/ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico, Madrid, 2010*
- DE LA CUESTA, J.L., “Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra 2013.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “La prevención de la corrupción en la contratación pública”, en *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos (dir. Nieto Martín, Maroto Calatayud)*, Cuenca, 2014
- GARCÍA CAVERO, P., “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa”, en *Derecho y Sociedad*, num. 39, 2012.
- GÓMEZ RIVERO, MC, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995
- GÓMEZ RIVERO, M.C., ¿Aún un espacio de racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Penal*, julio 2004
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia. 2015

- QUINTANAR DÍEZ, M., “Aspectos de la responsabilidad penal de los órganos de administración en las sociedades mercantiles”, en *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Madrid, 2008
- LASCURAIN SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad penal individual por delitos de empresa”, en *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*, 4ª edición, Valencia, 2014
- MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, 2008
- MONTOYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, VII Congreso AEPDA Tarragona, 10-11 de febrero de 2012.
- MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica”, en *Revista penal*, nº 9, 2002
- NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el DP económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006.
- NIETO MARTÍN, A., *Nociones de Derecho penal. Parte Especial, vol. II*, (Dir. Gómez Rivero), Madrid, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., “La prevención de la corrupción”, en *Manual de cumplimiento de la empresa y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2015.
- PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista Penal* nº 9, 2002.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, 2007.
- RAGUÉS VALLÉS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Madrid, 2013.
- ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª ed, 1984.
- SÁNCHEZ LERMA, G.A., “Responsabilidad contable y gestión en las Administraciones públicas”, en *Auditoría pública*, nº 64, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra*, Barcelona, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Criterios de asignación de responsabilidad penal en estructuras jerárquicas”, en *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CDJ, Madrid, 1997
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración –a propósito de la STS num. 234/2010 de 11 de marzo”, en *InDret*, nº 2, 2011.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Participación en las decisiones del Consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, marzo 1994.