
Corrupción y ayuntamientos: novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en 2025*

Ana Belén VALVERDE-CANO

Investigadora Ramón y Cajal en el Área de Derecho Penal

Universidad Complutense Madrid

ORCID ID: 0000-0001-5580-5365

Palabras clave: Derecho penal; prevaricación administrativa; cohecho; fraude; malversación; revelación de secretos; funcionarios públicos; jurisprudencia.

Keywords: Criminal Law; administrative prevarication; bribery; fraud; embezzlement; breach of confidentiality; public servants; case-law.

SUMARIO: 1. NOVEDADES NORMATIVAS: 1.1. Modificaciones al Código Penal. 1.2. Otras normas con relevancia penal: la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.—2. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA: 2.1. Delitos de prevaricación administrativa: 2.1.1. Sobre el delito de prevaricación en comisión por omisión. 2.1.2. Unidad de acción y continuidad delictiva en el delito de prevaricación. 2.1.3. La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal (I): plus de antijuridicidad. 2.1.4. La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal (II): el elemento subjetivo. 2.1.5. La incardinación de los actos prelegislativos y las modificaciones presupuestarias en el concepto de «acto administrativo»: una cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.1.6. Sobre la aplicación del art. 405 CP. 2.1.7. Novedades doctrinales. 2.2. Delitos de cohecho: 2.2.1. Sobre la relación entre la dádiva y la realización de un acto en ejercicio del cargo. 2.2.2. Sobre la relación entre el delito de fraude y el delito de cohecho. 2.2.3. Nove-

* Este informe se ha realizado en el contexto del Grupo de investigación en Delincuencia de Cuello Blanco y Corrupción de la Universidad Complutense de Madrid (DCBC), liderado por los Profesores Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante.

dades doctrinales. 2.3. Delitos de malversación: 2.3.1. Sobre la interpretación del concepto «apropiación con ánimo de lucro» del delito de malversación. 2.3.2. Sobre la capacidad decisoria o detentación material de caudales públicos que debe tener la persona para ser considerada autora. 2.3.3. Sobre la relación entre el delito de fraude a la Administración y la malversación. 2.3.4. Novedades doctrinales. 2.4. Revelación de secretos por autoridades o funcionarios públicos.—3. CONCLUSIONES.

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Modificaciones al Código Penal

En 2025 el Código Penal no ha sido objeto de reformas, siendo la última la llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Eso sí, hay algunas modificaciones penales en proceso de tramitación, previstas tanto en la Proposición de Ley Orgánica en materia de multirreincidencia, como en el Anteproyecto para transponer la Directiva 2024/1226, para hacer efectivas las decisiones de la Unión Europea en materia sancionadora. Aunque no están directamente relacionadas con la corrupción en la Administración local, conviene examinarlas brevemente porque pueden tener alguna incidencia en la actividad de los ayuntamientos (especialmente la transposición de la Directiva), o porque parecen tener su origen en la petición de algunos de ellos (en el caso de los hurtos). Así, en la Proposición de Ley se modifica, entre otros artículos, el art. 234.2 CP referido a los hurtos de cuantías inferiores a 400 euros. En la nueva redacción se elimina el requisito de que la cuantía total sustraída sea superior a 400 euros si la persona hubiera sido condenada ejecutoriamente por al menos tres delitos de la misma naturaleza.

En cuanto al Anteproyecto de transposición de la Directiva, entre otras cuestiones se añade un nuevo Título XXIII bis rotulado «Delitos contra el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea», con el fin de tipificar conductas que vulneren las medidas restrictivas impuestas por la Unión Europea, como la congelación de activos, limitaciones comerciales y financieras, o el embargo de armas, para así garantizar su aplicación efectiva y homogénea en todos los Estados miembros. El catálogo de conductas prohibidas abarca tanto la puesta a disposición o la falta de inmovilización de fondos y recursos económicos a favor de personas u organismos designados, como la realización de operaciones comerciales y financieras con terceros Estados sujetos a sanciones. En el marco de la Administración local, resulta fundamental la nueva prohibición de conceder o mantener la ejecución de contratos públicos con entidades bajo control de países sancionados, así como la prestación de servicios que contravengan estas limitaciones internacionales. Estas infracciones, concebidas como una forma de desobediencia a mandatos institucionales de la Unión Europea, conllevan severas penas de prisión y multas proporcionales al valor de los activos involucrados, lo que exige a los gestores municipales una fiscalización rigurosa de sus proveedores y colaboradores para no comprometer los intereses financieros y la seguridad del espacio europeo.

Así, se castigan —con penas de hasta seis años y multas de hasta seis veces el valor de los bienes o servicios involucrados— las siguientes acciones:

«a) La puesta de fondos o recursos económicos a disposición, directa o indirectamente, de una persona, entidad u organismo designado, o en su beneficio.

b) La no inmovilización de fondos o recursos económicos cuya propiedad, tenencia o control corresponda a una persona, entidad u organismo designados.

c) La realización o el mantenimiento de operaciones con un tercer Estado, así como con sus organismos o entidades que, directa o indirectamente, sean de su propiedad o estén bajo su control, incluida la concesión o ejecución ininterrumpida de contratos públicos.

d) El comercio, la importación, la exportación, la venta, la compra, la transferencia, el tránsito o el transporte de bienes, así como la prestación de servicios de corretaje, asistencia técnica u otros servicios relacionados con dichos bienes.

e) La prestación de servicios o la realización de actividades financieras.

f) La prestación de servicios de cualquier otra naturaleza.

g) La elusión de una medida restrictiva de la Unión Europea, mediante la realización de alguna de las siguientes conductas:

a. Utilizando o transfiriendo a un tercero, o disponiendo de otro modo, de fondos o recursos económicos que directa o indirectamente sean propiedad o estén en posesión o bajo el control de una persona, entidad u organismo designado y que deban ser inmovilizados de conformidad con una medida restrictiva con la finalidad de ocultar dichos fondos o recursos económicos; b. Proporcionando información inexacta o insuficiente con la finalidad de ocultar el hecho de que una persona, entidad u organismo designados son el propietario o beneficiario último de fondos o recursos económicos que deben ser inmovilizados de conformidad con una medida restrictiva de la Unión Europea.

h) La vulneración o incumplimiento de las condiciones establecidas en autorizaciones concedidas por las autoridades competentes para llevar a cabo actividades que, a falta de dicha autorización, supongan la infracción de una prohibición o restricción que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea, como “la realización o el mantenimiento de operaciones” con el Estado objeto de sanción, o el “comercio, la importación, la exportación, la venta, la compra, la transferencia, el tránsito o el transporte de bienes”».

Por otro lado, se incorporan dos nuevos artículos tipificando dos modalidades adicionales de conductas delictivas, el art. 604 ter y quater:

«Art. 604 ter.

Serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años, quienes, con la finalidad de vulnerar una prohibición o una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea, o que se haya establecido en la normativa española para su ejecución, permitan que personas físicas designadas entren en el territorio de un Estado miembro o transiten por el territorio de un Estado miembro.

Art. 604 quater.

Serán castigados con las penas de prisión de uno a dos años y multa del tanto al triplo del valor de los fondos, recursos económicos, bienes, servicios, operaciones o actividades involucrados en su ejecución, quienes eludan una medida restrictiva de la Unión Europea, mediante la realización de alguna de las siguientes conductas:

a) Incumpliendo una persona física designada, o el representante de una entidad u organismo designado la obligación de informar a las autoridades administrativas competentes de los fondos o recursos económicos dentro del territorio de un Estado miembro que le pertenezcan o estén en su posesión o bajo su control; o

b) Incumpliendo la obligación de proporcionar a las autoridades administrativas competentes información sobre los fondos o recursos económicos inmovilizados o la que se disponga sobre los fondos o recursos económicos que se encuentren en el territorio de los Estados miembros y cuya propiedad, tenencia o control corresponda a personas, entidades u organismos designados y que no hayan sido inmovilizados, cuando dicha información se obtuviese durante el ejercicio de una función profesional».

Por último, se prevén una serie de disposiciones generales y reglas específicas de decomiso y determinación de la pena en los arts. 604 quinquies y ss., permitiendo rebajas de pena de hasta dos grados cuando el sujeto abandone la actividad delictiva y colabore activamente con las autoridades; así como exenciones de pena cuando las conductas «tengan por objetivo prestar asistencia humanitaria a personas necesitadas o se trate de actividades en apoyo de necesidades humanas básicas». Este Anteproyecto ha sido comentado por J. LEÓN ALAPONT, «Los nuevos delitos relativos a la vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea: la trasposición al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento y del Consejo, de 24 de abril», *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 34, 2025, pp. 75-116.

1.2. Otras normas con relevancia penal: la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia

Ya en la edición de este informe sobre las novedades de 2024 mencioné esta norma, anticipando la importancia que tendría en el proceso penal (y, en alguna medida, también en la aplicación de las normas penales). Se trata de una ley que modifica profundamente el procedimiento penal, y que entró en vigor de forma escalonada desde el 3 de abril de 2025. Algunas de las principales novedades que se introdujeron, con incidencia en los procedimientos de delitos relacionados con la Administración Local, fueron: *a)* la creación de los Tribunales de Instancia; *b)* la ampliación de las posibilidades de conformidades; *c)* la incorporación de una audiencia preliminar; *d)* la previsión de medidas específicas de mediación penal, y *e)* la unificación de medidas relacionadas con la ejecución penal.

a) El Tribunal de Instancia y sus Secciones

De acuerdo con el nuevo modelo organizativo, se sustituyen los tradicionales juzgados unipersonales (de primera instancia y de instrucción) por tribunales colectivos, que no colegiados, que cuentan con el apoyo de unas Oficinas judiciales con servicios comunes. De esta manera, la organización judicial española sufre una importante trans-

formación al desaparecer los Juzgados como órganos unipersonales que se situaban en la base de la pirámide de la organización judicial en cada partido judicial. En su lugar, se crean Secciones dentro del Tribunal de Instancia, Secciones que se establecen conforme al art. 84 de la *Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*: en principio, cada Tribunal de Instancia tendrá una Sección Única de Civil y de Instrucción; además, podrá tener las Secciones especializadas a que se refiere el art. 84.2 LOPJ. Estas Secciones están sujetas a un principio de adscripción funcional; no obstante, pueden asignarse asuntos a otras secciones siempre que se trate de asuntos del mismo orden jurisdiccional.

b) *Ampliación de la institución de la conformidad*

En la nueva ley se amplían las posibilidades de dictar una sentencia de conformidad, especialmente en el procedimiento ordinario, tras verificarse por el juez que esta es acorde con la legalidad y que se ha prestado libremente y con conocimiento de sus consecuencias. Frente a la anterior versión del art. 655 LECrim, en la que la conformidad solamente era factible respecto de algunas penas —aquellas de carácter correccional, esto es, superiores a seis años de prisión—, el nuevo art. 655 LECrim pierde cualquier referente penológico. En el procedimiento abreviado, así como en el juicio rápido, la institución de la conformidad presenta algunas peculiaridades, ya que se admite que durante la instrucción el acusado reconozca los hechos (art. 779.1.5.^a LECrim) y se transforme el procedimiento abreviado en juicio rápido (art. 801 LECrim); así como en la novedosa audiencia preliminar prevista en el art. 785 LECrim.

c) *Introducción de una audiencia preliminar*

Se trata de una fase que se inserta antes del juicio oral, tras la remisión de las actuaciones al órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento. Regulada en el art. 785 LECrim, esta audiencia tiene como objetivo abordar cuestiones como la «posibilidad de conformidad del acusado o acusados, la competencia del órgano judicial, la vulneración de algún derecho fundamental, la existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido, finalidad o nulidad de las pruebas propuestas». En ese trámite las partes pueden, igualmente, «proponer la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos» y «la práctica de pruebas de las que las partes no hubieran tenido conocimiento en el momento de formular sus escritos de acusación o defensa». Con tradición en el modelo de proceso criminal angloamericano, la creación de esta fase intermedia ha sido aplaudida por la doctrina, por ejemplo, en V. MAGRO SERVET, «Apuntes sobre la resolución de la prueba ilícita en la LECRIM tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia», *Diario La Ley*, núm. 10649, 22 de enero de 2025; otros autores, en cambio, expresan algunas reservas, como J. L. RAMÍREZ ORTIZ, «Teoría general de la prueba en el proceso penal (II). La prueba ilícita», en I. FLORES PRADA (dir.), *Proceso Penal. 2 Tomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 820.

d) *Justicia restaurativa*

La Ley 1/2025 introduce por primera vez en la LECrim una regulación procesal específica de la justicia restaurativa a nivel estatal, resolviendo una carencia normativa especialmente patente desde la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima. Así, la DA 9.^a refuerza el modelo de justicia restaurativa, centrándose en la reparación del daño y en las posibilidades de diálogo víctima-infractor, como alternativa al proceso penal convencional. Se permite que el órgano judicial pueda remitir a las partes a un procedimiento restaurativo, salvo en aquellos casos expresamente excluidos por la ley —como los delitos relacionados con la violencia de género y violencias sexuales—. Para ello, deberá evaluar las circunstancias del hecho, así como la situación del investigado (o acusado o condenado) y de la víctima o perjudicado.

En ausencia de una exclusión legal explícita, sería jurídicamente posible aplicar procedimientos de justicia restaurativa en casos de corrupción, siempre que se cumplan los principios y requisitos establecidos en la ley. Sobre esto, es preciso rescatar nuevamente las reflexiones de P. FRANCÉS LECUMBERRI en «La justicia restaurativa en el anteproyecto de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Un veto para intervenir en delitos de corrupción desde otro paradigma?», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 45, 2024, pp. 1-25. Así, de acuerdo con esta autora: «En el marco del ARLCrim [ahora la Ley 1/2025] nunca podrá ser utilizado el principio de oportunidad para los delitos de corrupción, y por tanto archivar o sobreseer el procedimiento, aun habiéndose derivado el asunto a justicia restaurativa. Pero, además, como se ha expuesto, para algunos autores, en sí mismas, las previsiones del ARLCrim impiden la derivación a los servicios de justicia restaurativa de los asuntos enmarcados en el concepto de corrupción. Sin embargo, en este trabajo se ha enfatizado en la necesaria diferenciación de la derivación y el archivo, o ampliamente, las consecuencias de llevar a cabo un proceso de justicia restaurativa. En este sentido, se considera que la única limitación para los delitos de corrupción será la del archivo, porque se considera que el anteproyecto no implica, con todo lo expuesto, la prohibición de derivación» (p. 21). También son de sumo interés las consideraciones de D. GADDI, «La justicia restaurativa como estrategia de abordaje de la corrupción en el sector público empresarial», en M. CUGAT MAURI (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 443-494.

e) *Ejecución penal*

En fin, otra importante modificación tiene que ver con la introducción de un nuevo art. 988 bis LECrim en el que se sistematiza legalmente la fase de ejecución penal. Como venía señalando la doctrina, tradicionalmente, la ejecución de las penas se desarrollaba de forma fragmentada. Los trámites que conformaban dicha fase, como la suspensión de la pena privativa de libertad o la sustitución de penas, se resolvían en momentos distintos. El nuevo precepto persigue poner fin a esta dispersión de trámites y resoluciones y

establece la concentración de todas las peticiones y decisiones fundamentales relativas a la ejecución en un único e inicial acto procesal.

Por el enorme calado de la reforma, se han publicado (y se siguen publicando) numerosos análisis doctrinales. Entre ellos, cabe destacar el monográfico núm. 172, de febrero de 2025, de *La Ley Penal* («Aspectos penales de la Ley de Eficiencia»), donde intervienen autores como E. MESTRE DELGADO, V. MAGRO SERVET, L. ENRIQUE GRANADOS y N. CÁNOVAS FERNÁNDEZ. También resultan útiles los trabajos de J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, «El desacertado impacto de la Ley Orgánica de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia en el Proceso Penal», *Diario La Ley*, núm. 10665, 15 de febrero de 2025; A. E. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «La reforma del procedimiento de ejecución penal por la Ley de Eficiencia, LO 1/2025, de 2 de enero: cuestiones resueltas y cuestiones pendientes», *Diario La Ley*, núm. 10666, 17 de febrero de 2025. También son útiles otros trabajos y manualística como las obras de J. BANACLOCHE PALAO y F. GASCÓN INCHAUSTI (dirs.), *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia: nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, La Ley, Madrid, 2025; o de I. FLORES PRADA (dir.), *Proceso Penal. 2 Tomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, entre otras.

2. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

2.1. Delitos de prevaricación administrativa

El Código Penal castiga la conducta de prevaricar, esto es, «torcer el Derecho» por parte de determinados sujetos públicos. La figura central es, por supuesto, la del art. 404 CP (prevarica «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo»), pero en el Código Penal encontramos otras modalidades específicas de prevaricación en el ámbito urbanístico o medioambiental (arts. 320 y 329 CP, cuyo ámbito de aplicación es más amplio al incluir la aprobación de documentos o instrumentos previos a la adopción del acto administrativo); o para la adopción de cargos públicos (art. 405 CP). En esos casos, debe aplicarse la regulación más específica ex art. 8.1.^a CP —principio de especialidad—; permaneciendo el art. 404 CP como delito residual o subsidiario ante la ausencia de uno cuyo ámbito de aplicación sea más específico. Esta relación de parentesco o especialidad permite que se pueda aplicar la jurisprudencia sobre los delitos de prevaricación administrativa a los regímenes especiales y que no infrinja el principio acusatorio la condena por el delito de prevaricación general, incluso aunque no se hubiera incluido en el escrito de acusación.

La jurisprudencia es pacífica sobre los elementos básicos del delito de prevaricación. Así, la *STS 96/2025, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:373)* la resume en los siguientes términos: «El tipo penal precisa, no solo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que:

a) adopte una decisión en asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo; *b)* que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el derecho; lo que puede manifestarse no solo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino también por la falta de competencia para resolver o decidir una cuestión concreta o, también, por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, y *c)* que se dicte a sabiendas de esa injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión». A continuación, vamos a examinar algunos de las principales cuestiones que se han planteado en el último año.

2.1.1. Sobre el delito de prevaricación en comisión por omisión

Sobre esta cuestión se pronuncia la STS 975/2025, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2025:5213). Los hechos son los siguientes: tras la finalización en 2014 de un proyecto de recuperación ambiental financiado por fondos FEDER y la Diputación de Cáceres en diversas zonas degradadas del Valle del Jerte, los alcaldes de diversos pueblos permitieron, entre 2015 y 2019, la reapertura de vertederos y escombreras ya clausurados para el vertido de residuos, principalmente destríos de cerezas y restos de excavación. Pese a haber sido notificados formalmente de sus obligaciones de control y supervisión según la Ley 22/2011, los acusados omitieron su deber de protección de los bienes municipales —calificados en su mayoría como suelos no urbanizables de protección ambiental— e incluso algunos de ellos incentivaron activamente estos vertidos mediante bandos y carteles. Esta conducta se realizó sin las autorizaciones preceptivas y acabó provocando la degradación de las superficies restauradas y la desaparición de la vegetación plantada, frustrando así la finalidad pública y la inversión económica del proyecto de recuperación original.

La Audiencia Provincial condenó a los acusados como autores responsables de un delito de prevaricación administrativa en comisión por omisión, lo que fue confirmado posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. El Tribunal Supremo, sin embargo, estimó el recurso de los acusados, que mantenían que no había potestades de vigilancia, inspección y sanción concretas que los alcaldes y funcionarios municipales hubieran vulnerado. Tampoco un incumplimiento del «deber general de velar por la integridad de los bienes municipales», que no se considera base suficiente para generar responsabilidad penal en comisión por omisión. En definitiva, debe tratarse de un deber jurídico más tangible para que pueda efectivamente hablarse de clara contrariedad al Derecho¹. En este caso no solo los alcaldes no tenían competencias específicas,

¹ Aquí, además, debe añadirse que había reparos adicionales por haberse incluido la referencia a este genérico deber en la sentencia —como base para la condena— sin haberse planteado previamente en el escrito de acusación, produciendo indefensión.

sino que el art. 12.4.b) y e) de la Ley 22/11, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados atribuye las competencias de autorización, vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de residuos a la Comunidad.

Una perspectiva distinta se observa en la *STS 647/2025, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3490)*, que aborda la concesión de préstamos sin control por la sociedad pública andaluza INVERCARIA. En este caso, el Tribunal Supremo flexibiliza los requisitos de autoría al no exigir que el funcionario tenga una competencia administrativa específica o la detentación material de los caudales, siendo suficiente su intervención en la ejecución de los hechos injustos: bastó su actitud pasiva y su voto en un Consejo de Administración que omitió deliberadamente los filtros legales de viabilidad, para que el Tribunal considerara que había realizado una aportación relevante, incluso a pesar de su tenue relación jurídica con los fondos. El fallo se examina con más detalle en los apartados 2.3.1 y 2.3.2, pero es aquí donde se asienta el argumento central de que la intervención determinante en el plan delictivo prevalece sobre la competencia formal:

«Es cierto que el acuerdo de concesión del préstamo de 700.000 euros fue ratificado por el consejo rector de IDEA, días después de su concesión, pero esa ratificación posterior no excluye la relevancia de la previa aprobación por el consejo de administración de INVERCARIA máxime cuando consta que fue una mera ratificación formal. La declaración testifical de Esteban, responsable del control y seguimiento de las subvenciones de la agencia IDEA manifestó que la agencia no hacía ningún análisis de ningún proyecto que luego pasara a INVERCARIA y en este caso seguro que no. En esa dirección, el relato fáctico de la sentencia impugnada declara que “la actitud y conducta de Casilda fue absolutamente pasiva. A pesar de ser convocados a los consejos de administración de CEDES ninguna intervención tenía, ninguna documentación recababa, ninguna dación de cuentas realizaba ni a INVERCARIA ni a la Agencia IDEA y nada hicieron para evitar los hechos”».

Esta resolución es interesante porque la recurrente tenía un cargo de secretaria de industria en la Junta de Andalucía y vocal del Consejo de Administración de INVERCARIA. No tenía, por tanto, los bienes a su cargo y ni siquiera era competente para aprobar el préstamo, puesto que esta decisión tenía que se ratificada por el consejo rector de IDEA. A pesar de esto, la participación de Casilda en el proceso de concesión, sabiendo que no se habían cumplido las exigencias del plan de actuación, así como el «profundo conocimiento que la recurrente tenía de toda la operativa», llevan al Tribunal a constatar todos los elementos típicos del delito de prevaricación del art. 404 CP.

2.1.2. *Unidad de acción y continuidad delictiva en el delito de prevaricación*

En cuanto a la aplicación de la continuidad delictiva (art. 74 CP) en el delito de prevaricación, se plantea en la *STS 1066/2025, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:6095)*. Los hechos probados describen la gestión arbitraria de la empresa municipal SABFES, S. L., por parte del alcalde y el secretario-interventor del Ayuntamiento de San Antonio de Benagéber, quienes articularon una dinámica de confusión patrimonial y adminis-

trativa para eludir los controles legales. Entre 2009 y 2010, el alcalde ordenó múltiples transferencias millonarias y mandamientos de pago hacia la mercantil omitiendo resoluciones administrativas, firmas preceptivas de los claveros, consignación presupuestaria y procedimientos de reconocimiento extrajudicial de créditos para facturas de ejercicios anteriores.

El recurrente mantiene que, en realidad, sus hechos deben considerarse como una *unidad natural de acción* o *unidad típica de acción* —o, lo que es lo mismo, que todos los hechos deben valorarse conjunta y globalmente como un único evento—, ya que su propósito era uno solo: dar cobertura económica a la sociedad municipal. El Tribunal admite que esta categoría se utiliza para agrupar conjuntos de actos que se presentan como un solo acontecimiento en su dimensión socio-normativa; o exigidos por el propio tipo (por ejemplo, en delitos complejos). No obstante, excluye que en este caso pueda ser aplicable esta figura porque los hechos ocurren en fechas muy distantes entre sí, concretamente, entre el 1 de septiembre de 2009 y el 30 de junio de 2010, «de manera que no puede sostenerse ni una unidad natural temporal de acción, ni tampoco jurídica o normativa, pues son acciones con finalidades diversas, que de no haber sido calificadas como de unidad de propósito o plan, nos hubieran llevado a un concurso real de delitos, de mayor impacto penológico para el recurrente».

2.1.3. *La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal (I): el plus de antijuridicidad*

La STS 538/2025, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2910), se pronuncia sobre el límite del ilícito penal con el administrativo. En este supuesto se condena la actuación arbitraria del alcalde y el teniente de alcalde de Medinaceli, quienes utilizaron sus cargos para favorecer a sus propias empresas mediante contrataciones municipales. Así, ambos acusados mantuvieron una prolongada dinámica de autocontratación con sus mercantiles de instalaciones eléctricas y materiales de construcción, pese a conocer su ilegalidad a través de un informe preceptivo de la Diputación de Soria que declaraba la incompatibilidad. Para perpetuar esta situación, el alcalde bloqueó deliberadamente durante cuatro años la resolución de un recurso de reposición, suspendiendo el acuerdo del Pleno que prohibía dichas contrataciones, lo que permitió que el ayuntamiento abonara facturas a sus empresas por un valor total superior a los 110.000 euros hasta el año 2018. Esta conducta culminó con una votación fraudulenta en 2016 donde los propios acusados votaron a favor de anular su incompatibilidad.

La sentencia parte de jurisprudencia asentada, resumida en el siguiente párrafo: «El Derecho penal solo debe tener aplicación en los casos en los que el juicio de tipicidad se dibuja con la indispensable nitidez para fundamentar la condena [...] El delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos límite, en los que la posición de superioridad que

proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la *arbitrariedad* lo que se sanciona». Arbitrariedad que se constata en este caso.

Por el contrario, la ausencia de un resultado materialmente injusto es lo que lleva al Tribunal Supremo a absolver en la *STS 731/2025, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:3908)*, referida a las irregularidades administrativas cometidas en el Ayuntamiento de Arrecife en relación con el pago de facturas a las empresas de instalaciones eléctricas de un mismo administrador. El interventor municipal, Jesús María, autorizó los pagos sin verificar que el volumen de facturación excedía los límites del contrato menor y sin controlar el posible fraccionamiento del objeto del contrato, incumpliendo así sus deberes de fiscalización. Por su parte, la concejala de Hacienda, María Luisa, ordenó pagos por un total aproximado de 55.000 euros a pesar de haber sido advertida previamente de las deficiencias legales en la tramitación de dichas facturas. Ahora bien: los servicios facturados habían sido efectivamente prestados; los técnicos y concejales que dieron el visto bueno a las facturas lo habían hecho tras comprobar la ejecución de las obras. En la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria se condenan tanto al interventor municipal como a la concejala como autores de un delito de prevaricación administrativa, decisión que la concejala impugna en casación. Sus motivos prosperan, entre otras razones, por no describirse en el supuesto de hecho los «defectos que impedían a la recurrente autorizar el pago de las facturas»:

«[d]esconocemos de qué exigencias se desvió la recurrente, qué condiciones de producción incumplió, qué óbices de pago concurrían [...] La simple mención a que recibió informes no solo no permite conocer su contenido. [...] Y sin esa información declarada probada es imposible evaluar normativamente si el acto administrativo satisfizo los intensos niveles de desviación de la legalidad y de injusticia que reclama la aplicación del tipo de la prevaricación administrativa del art. 404 CP».

Por otro lado, el Tribunal Supremo da la razón a la recurrente cuando afirma que se «neutraliza la antijuricidad reclamada por el tipo cuando también declara probado que las obras facturadas se ejecutaron y su importe se ajustó al valor de mercado, no afectando a los intereses patrimoniales de la corporación». Esta interpretación viene a respaldar una doctrina jurisprudencial cada vez más asentada, que puede resumirse en la idea de que la resolución no solo ha de ser arbitraria, sino que *debe introducir a un grave trastorno de la actividad normal de los organismos públicos*, trastorno que no se constata si no hay un perjuicio material para la Administración. Este requisito lo relaciona el Tribunal con el elemento subjetivo: «La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada». En fin, si los importes respondían a obras efectivamente ejecutadas y no causaron quebranto al

patrimonio público, la conducta de la recurrente, limitándose a autorizar el pago, no puede ser considerada penalmente relevante.

En sentido parecido se había pronunciado la *STS 96/2025, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:373)*, en un supuesto relacionado con la adjudicación y financiación de obras en un campo de fútbol. Se detectó que, tras la concesión de una subvención de la Diputación Provincial de Pontevedra para dichas obras, la empresa adjudataria ejecutó trabajos adicionales no contemplados en el proyecto inicial, aunque no se determina la razón de estas obras extra. Como la normativa impedía aumentar la subvención, los acusados idearon un sistema para encubrir el pago mediante la concesión de una nueva subvención bajo el pretexto de mejoras en vestuarios y graderío, adjudicando el contrato a la misma empresa mediante un procedimiento negociado sin publicidad. La sentencia del Juzgado de lo Penal condenó a los acusados por prevaricación y fraude, al considerar probado que se manipuló el proceso administrativo para justificar el pago de trabajos ya realizados. Sin embargo, el Tribunal Supremo concluyó que ni la concesión de la subvención ni la adjudicación del contrato fueron arbitrarias en términos penales. Aunque se detectaron irregularidades administrativas, no se trató de una decisión «injusta y dictada a sabiendas de su injusticia», requisito esencial para la prevaricación. La contratación no fue un acto caprichoso o arbitrario, sino una respuesta a un problema administrativo. Los trabajos adicionales (cuyo precio se ajustaba al valor de mercado) fueron efectivamente ejecutados, y la empresa constructora tenía derecho a su cobro —de lo contrario, habría un enriquecimiento injusto de la Administración—, todo esto descarta cualquier perjuicio económico para la Administración. En definitiva, el Tribunal Supremo concluyó que la desviación del procedimiento administrativo no generó un resultado materialmente injusto, lo que impide calificar la conducta como prevaricación.

2.1.4. La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal (II): el elemento subjetivo

En la anteriormente mencionada *STS 1066/2025, de 30 de diciembre*, sobre las transferencias y mandamientos de pago hacia la mercantil constituida por el alcalde y el secretario-interventor de San Antonio de Benabéger omitiendo la normativa sobre incompatibilidades y resoluciones administrativas, también se realizan algunas consideraciones valiosas sobre uno de los elementos clave para diferenciar entre el ilícito administrativo y el delito de prevaricación: la conciencia de la ilicitud. Esta debe aparecer en el relato fáctico de los hechos, incluso de manera indiciaria, por ejemplo, cuando se hacen caso omiso de las advertencias de ilegalidad o cuando se decide (temerariamente) no someter ciertas decisiones a mecanismos de control legalmente previstos:

«El elemento subjetivo... no puede ser más claro en este caso, pues en tales cuatro ocasiones, distanciadas en el tiempo, una y otra vez, desoyendo las advertencias de ilegalidad, y sin conocer la finalidad de los pagos en dos ocasiones, y en otras dos, por la existencia de embargos, sin que consten más datos, ordena los pagos por su propia voluntad, pese a

señalarse por los funcionarios competentes, particularmente el secretario municipal y el interventor, la ilegalidad de su actuación, sin someter la cuestión al pleno del ayuntamiento. [...] Nada de ello hizo el alcalde acusado tras los reparos formulados por la intervención; en consecuencia, actuó con arbitrariedad, pues asumió personalmente su decisión, sin someterse ni al pleno ni a cualquier órgano de control, razón por la cual, tanto se cumplen los requisitos objetivos del tipo, como los subjetivos, pues no puede alegar desconocimiento de la ilegalidad de su acción *despreciando los remedios para el reparo*, de manera que actuó por su exclusiva voluntad, de lo que ahora debe responder penalmente».

En sentido parecido, la *STS 108/2025, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:602)*, también recuerda que el elemento subjetivo «a sabiendas de la ilicitud» es un elemento determinante para diferenciar entre el ilícito administrativo y el penal. Dice la resolución que «[d]ictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, [...] la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido». En esta sentencia se enjuicia el caso de un alcalde que llevó a cabo reiteradas contrataciones de personal sin respetar los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad, en contra de los informes desfavorables emitidos por la secretaría del ayuntamiento. Varios de estos decretos fueron posteriormente anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa al haber prescindido de las normas esenciales del procedimiento. No se dan por probados ni el contexto de imprevisibilidad o la urgente necesidad, ni la falta de conciencia de la ilegalidad: el alcalde era plenamente consciente de la falta de cobertura jurídica de los sucesivos decretos que culminaron con los nombramientos.

2.1.5. *La incardinación de los actos prelegislativos y las modificaciones presupuestarias en el concepto de «acto administrativo»: una cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

En 2025 la Audiencia Provincial de Sevilla ha acordado en el *AAP 657/2025, de 14 de julio (ECLI:ES:APSE:2025:335A)*, plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tras las sentencias del Tribunal Constitucional que anularon las condenas por el «caso de los ERE» a nueve ex altos cargos del gobierno andaluz. Recordemos que en este caso se enjuiciaron a los principales responsables políticos y administrativos que intervinieron en la gestión, concesión y pago de determinadas ayudas que se concedieron al margen del control administrativo. Tal y como se relata en los antecedentes de hecho de la *STS 749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258)*, se concedieron y pagaron una serie de ayudas sociolaborales al margen de los controles y normativa de subvenciones, respaldándose esta forma de presupuestación —uso de transferencias de financiación para pago de subvenciones— en proyectos de ley y modificaciones presupuestarias remitidas al Parlamento por el Gobierno de la Junta de Andalucía. El Tribunal Supremo concluyó en esa Sentencia de 2022 que la actuación del órgano legislativo convalidando las actuaciones del Gobierno

no podía eliminar la infracción previa, de carácter administrativo, de un órgano precisamente encargado de velar por la legalidad de los presupuestos. Se trataba, en fin, de «actos prelegislativos» reglados que pueden ser calificados como resolución en asunto administrativo a efectos del art. 404 CP².

Como se indicó en este mismo informe del año 2024, el Tribunal Constitucional, con algunos Votos Particulares en contra, concedió el amparo a los recurrentes admitiendo que se había realizado una interpretación analógica contra reo de los elementos típicos del delito de prevaricación —los elementos «resolución» y «arbitrariedad»—, al subsumir los actos de carácter prelegislativo y las modificaciones presupuestarias en el concepto de «acto administrativo» del art. 404 CP. Sostiene que las decisiones adoptadas en el procedimiento de elaboración de leyes no pueden ser calificadas como «resoluciones» recaídas en asunto administrativo porque el ejercicio de la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno o a los gobiernos autonómicos no es un procedimiento administrativo³.

Por el momento, por tanto, disponemos de una «interpretación conforme» del art. 404 CP por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, en el *Auto 657/2025, de 14 de julio*, los magistrados de la Audiencia Provincial de Sevilla acordaron «suspender la tramitación de la causa, en lo que se refiere a la ejecución de los mandatos contenidos en las sentencias del Tribunal Constitucional, y respecto de los acusados a que se refiere esta cuestión prejudicial, hasta obtener la respuesta demandada» del TJUE. La Audiencia Provincial plantea esta cuestión prejudicial «para que este tribunal nacional español pueda decidir sobre el requerimiento derivado» de las sentencias del Tribunal Constitucional, y todo ello «atendidas las dudas acerca de su adecuación al Derecho Europeo y la

² La argumentación es la siguiente: a diferencia de la decisión de elevar un Proyecto de Ley o del contenido de un proyecto normativo, que son actos de gobierno inmunes al control jurisdiccional, los actos prelegislativos tienen un contenido obligatorio dispuesto en la ley. Son resoluciones que no se rigen por los principios de oportunidad y discrecionalidad, sino que se adoptan en un procedimiento reglado y deben ser respetuosas con las normas que regulan su producción. Son, en fin, susceptibles de ser emitidas de manera arbitraria (FJ 20.3). De la misma manera, las modificaciones presupuestarias estaban sometidas a un procedimiento de elaboración reglado, regido por Derecho administrativo y ajeno a los criterios de discrecionalidad propios de toda decisión política. Como forma de recapitulación, el Tribunal Supremo concluye «que el concepto de resolución al que alude el art. 404 CP no se reduce a la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo, sino que puede extenderse a actuaciones posteriores que ejecutan la resolución y actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley» (FJ 22).

³ En contra, los magistrados firmantes de los Votos Particulares entienden que la actividad prelegislativa es propia del procedimiento administrativo (a diferencia del procedimiento legislativo), aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE. El magistrado don César Tolosa Tribiño cita jurisprudencia que respalda esta conclusión: «[e]n la STS 259/2015, de 30 de abril, dijimos, con cita de otros precedentes (STS 941/2009, de 29 de septiembre) que por “asunto administrativo” no han de entenderse los “asuntos regidos por el Derecho administrativo”, sino “todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos” y entendemos que los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación».

jurisprudencia del TJUE» y con el fin de «evitar que, por efecto de la doctrina incluida en las repetidas sentencias del Tribunal Constitucional, se produzca un riesgo sistémico de impunidad futura en escenarios similares», y de «salvaguardar los intereses financieros de la Unión Europea».

2.1.6. Sobre la aplicación del art. 405 CP

El art. 405 CP establece lo que puede considerarse una modalidad atenuada de prevaricación cuando «la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años». Su aplicación se plantea en la *STS 573/2025, de 24 de junio (ECLI: ES:TS:2025:3271)*. Los hechos probados describen una sistemática de contratación arbitraria y continuada en el Ayuntamiento de Almacelles entre los años 2006 y 2015, liderada por su entonces alcalde. Tras una única convocatoria pública legal en 2005, el consistorio no volvió a realizar ofertas públicas de empleo mediante oposición o concurso, a pesar de lo cual la plantilla aumentó de 54 a 107 trabajadores mediante la firma de decretos de alcaldía. Bajo el pretexto recurrente de urgencia o mediante la concatenación de planes de empleo temporales que derivaban en contratos indefinidos, el alcalde favoreció la incorporación de personas con vínculos de parentesco, afinidad política o amistad personal, incluyendo casos flagrantes como el nombramiento de interventores sin la titulación ni competencia necesaria —pese a las advertencias de informes de ilegalidad—, la contratación de un policía local que carecía del graduado escolar o la designación de técnicos de diversas áreas sin proceso selectivo alguno. El Juzgado de lo Penal de Lérida condena por delito de prevaricación, condena que respalda posteriormente la Audiencia Provincial. En el recurso casación la parte sostiene que se debería haber aplicado el art. 405 CP, al existir un concurso de normas con la tipicidad del art. 404 CP que debe resolverse, ex art. 8 CP, en favor del precepto más especial, a saber, la modalidad del art. 405 CP.

El Tribunal rechaza esta conclusión aportando una interesante argumentación: en primer lugar, señala que la relación entre ambos preceptos no es de concurso aparente a resolver por el principio de especialidad («Un concurso aparente en el que la *lex specialis* —art. 405— derogarí a la *lex generalis* —art. 404—»), sino que el art. 405 CP constituye un auténtico tipo privilegiado por definir una conducta menos antijurídica, al estar ligada a consideraciones sobre todo formales con una incidencia solo indirecta o mediata respecto de los derechos reconocibles a los administrados («Desde esta perspectiva, la protección penal de la eficacia de la gestión pública, que se vería menoscabada por la inidoneidad del candidato formalmente nombrado, haría entendible un reproche penal menos intenso»).

Ahora bien, esta menor antijuridicidad no se constata en el supuesto a examen:

«La conducta imputada al alcalde de Almacelles desborda la porción de injusto abarcada por el art. 405 CP. No se trata de responder penalmente por no haber garantizado el nombramiento del candidato más idóneo. Cándido ha vulnerado todos y cada uno de los principios que informan el régimen jurídico de la contratación administrativa. No solo ha favorecido a aquellos con quienes mantenía lazos familiares o ideológicos sin asegurar su idoneidad para el puesto, sino que ha privado de toda oportunidad al resto de los ciudadanos que nunca tuvieron noticia de la convocatoria de esas plazas. La clandestinidad en la contratación administrativa, la invocación de inexistentes razones de urgencia y, en fin, la desatención del informe técnico que advertía de esas irregularidades, son hechos que desplazan la aplicación del tipo atenuado (art. 405) y encajan perfectamente en el tipo básico (art. 404)».

Rechaza, en fin, que sea aplicable el delito definido en el art. 405 CP cuando sea ilegal el *procedimiento en su conjunto*, y cuando se refiera a una *conducta global* con mayor entidad para vulnerar los derechos constitucionales recogidos en los arts. 23.2 CE y las garantías de mérito y capacidad del art. 103.3 CE. De este modo, el art. 405 CP ha de reservarse a los nombramientos ilegales puntuales en los que no concurre en una persona concreta los requisitos para servir en ese puesto de trabajo.

2.1.7. *Novedades doctrinales*

En este último año caben destacar las siguientes contribuciones sobre el delito de prevaricación. En primer lugar, el fino análisis de J. CASAS HERVILLA, «El objeto material del delito de prevaricación administrativa: aproximación al concepto de «resolución en asunto administrativo»», en M. CUGAT MAURI (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 165-198, donde realiza una interesante defensa de un concepto de «asunto administrativo» *sui generis* a efectos del art. 404 CP: «Puede concluirse que el objeto material del delito son las resoluciones dictadas en un asunto materialmente administrativo, es decir, sometido al Derecho administrativo. Se trata, en definitiva, de un concepto penal con sustantividad propia, que se erige sobre bases materiales. No en vano, si hubiera sido voluntad del legislador circunscribir el objeto material del delito a los actos administrativos que ostenten la condición de “resolución administrativa”, fácilmente podría haberlo logrado empleando a tal efecto la locución “resolución administrativa”» (p. 180). En sentido parecido, A. RUIZ ROBLEDO, «La ley presupuestaria como el bálsamo de fierabrás que sana todos los delitos de los gobernantes. Un comentario a las SSTC de los ERE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 134, 2025, pp. 327-358.

También son esenciales los trabajos de A. BLANCO MONTAÑÉS, «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de «resolución» del art. 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)»,

Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 240, 2025; P. L. OLIVAS MORILLO, «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», *La ley penal*, núm. 175, 2025; A. ORTEGA MATESANZ, «La prevaricación del profesorado universitario (al mismo tiempo, un estudio de los tipos legales de los arts. 404 y 405 del Código Penal Español)», *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, núm. 36, 2025, pp. 241-402.

2.2. Delito de cohecho

El cohecho alude a lo que popularmente se conoce como «soborno». Regulado en los arts. 419 a 427 bis CP, su objetivo es preservar el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración, evitando que el interés privado colonice el ejercicio de las funciones públicas. La figura central es la que castiga al funcionario público o autoridad que acepta o solicita una dádiva o promesa para realizar un comportamiento *indebido* (cohecho pasivo propio del art. 419 CP), pero también es punible esta misma conducta a cambio de un comportamiento *debido*, esto es, un acto propio de su cargo, o como recompensa del mismo (cohecho pasivo impropio, antecedente o subsiguiente, de los arts. 420 y 421 CP); incluso si se limita a aceptar los regalos que se realizan en consideración a su cargo o función, como los que se conocen como pagos de facilitación o «de engrase» (art. 422 CP). Funcionario público o autoridad son, a efectos del régimen del cohecho, no solo los funcionarios que reúnan los requisitos del art. 24.2 CP («el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas»), sino que se extiende ex art. 423 CP a los «jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como a mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o *a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*», o al personal equiparable de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 427 CP).

Estos delitos especiales tienen un correlativo común si el que soborna o corrompe (o se deja corromper) es un particular: se incriminan las conductas de ofrecimiento de pago o promesa por parte de los particulares y de la aceptación de las exigencias de pago hechas por los funcionarios (cohecho activo del art. 424 CP). Por último, para completar la visión general del régimen de cohecho, ha de tenerse en cuenta que la pena se atenúa cuando el soborno se emite en el contexto de una causa criminal a favor del reo y la persona está ligada al procesado por una relación de afectividad o convivencia (art. 425 CP); y que se establece una exención para el particular que «habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciar el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos» (art. 426 CP). A continuación, vamos

a examinar los principales avances jurisprudenciales y doctrinales sobre los delitos de cohecho.

2.2.1. *Sobre la relación entre la dádiva y la realización de un acto en ejercicio del cargo*

En la SAN 10/2025, de 12 de mayo (ECLI:ES:AN:2025:2293), pieza «Proyecto Wine» del caso *Tándem*, se plantea recientemente la aplicación de los delitos de cohecho y, en concreto, sobre qué debe entenderse por acto en ejercicio del cargo —que es lo que funcionalmente debe estar conectado con la dádiva para la aplicación del art. 419 CP—. El supuesto de hecho se refiere a la contratación del Grupo Cenyt, liderado por un entonces comisario en activo y su colaborador, por parte de los responsables de seguridad de Repsol y Caixabank entre 2011 y 2012 para ejecutar el denominado Proyecto Wine. El objetivo de este encargo era investigar y obtener información confidencial sobre el presidente de Sacyr y su entorno, con el fin de desarticular un pacto de sindicación de acciones entre Sacyr y Pemex que amenazaba el control de Repsol.

Las acusaciones sostuvieron que los directivos de las compañías habían pagado elevadas sumas de dinero (aproximadamente 389.400 euros) sabiendo que el comisario mantenía su condición de funcionario público en activo en el Cuerpo Nacional de Policía, lo que le habría permitido utilizar medios ilícitos y acceso a bases de datos restringidas para cumplir el encargo. No obstante, la Audiencia Nacional acaba absolviendo a los acusados porque entiende que «la actividad desarrolla por el Comisario del Cuerpo Nacional de Policía... *en ningún caso guardaba relación alguna con el ejercicio de su cargo*, ni tenía como finalidad menoscabar la legitimidad y los criterios de actuación de la Administración pública, sino obtener unos mayores beneficios económicos derivados de un *encargo empresarial absolutamente privado*, que ninguna relación guardaba con investigación policial alguna». Esta interpretación sigue la línea trazada por la STS 441/2024, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2551), donde se enjuicia un supuesto de usurpación de funciones públicas en el que un individuo se hizo pasar por una figura de alto rango, presentándose falsamente como enlace entre la Vicepresidencia del Gobierno y la Casa Real, contratando a dos personas de la Policía Municipal para que actuaran como escoltas y respaldar así su impostura. El Tribunal Supremo absolvió a los policías del delito de cohecho por el que habían sido condenados también porque «la entrega de dinero no tuvo como objetivo remunerar la realización de un acto relacionado con el cargo público desempeñado por el sujeto pasivo».

En definitiva, no es suficiente con que la persona ostente una función pública, sino que la entrega de la dádiva debe estar funcionalmente conectada con el acto requerido o con la afectación de la función. En la Pieza del «Proyecto Wine» del caso *Tándem*, el pago estaba directamente relacionado con una tarea extraoficial, fuera de sus horas de servicio y sin aprovecharse de métodos o medios policiales u otros recursos públicos: «Por mucho que su actuación fuere conocida y tolerada por sus superiores a todos los niveles, ni actuaba al servicio de un ente público, ni encuadrado en un organigrama de

servicios públicos, ni realizaba actuaciones de interés público. Ninguna encomienda al amparo de las funciones que le son propias». No se afecta, en fin, el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, ya que estas conductas que acontecen en la esfera privada no alteran normatividad de la función pública, o a la rectitud y limpieza de los procedimientos y decisiones administrativas. Esta interpretación es confirmada por la Sala de Apelaciones en la *SAN 27/2025, de 17 de septiembre (ECLI:ES:AN:2025:4047)*, en los párrafos 380 y ss.

En términos muy parecidos se pronuncia también la Pieza separada «Saving» de este mismo caso *Tándem*, de la *SAN 18/2025, de 21 de octubre (ECLI:ES:AN:2025:4372)*, donde se absuelve al comisario por ofrecer sus servicios privados de investigación (en concreto, las irregularidades en el procedimiento concursal). Nuevamente, se entiende que se trata de una actividad privada, que persigue intereses particulares, y que no guarda relación con la función o cargo del sujeto activo funcionario público.

Sí se constata la afectación a la función pública, aunque no se materialice en actos concretos, en la *SAN 3/2025, de 15 de enero (ECLI:ES:AN:2025:59)*. En este supuesto un ex comisario del aeropuerto de Madrid había aceptado múltiples dádivas en especie y metálico entre 2010 y 2015 de dos empresarios a cambio de dispensar un trato de favor a sus clientes y familiares en el aeropuerto. El Tribunal recuerda que el delito de cohecho se consuma con la mera aceptación de la dádiva, sin que sea necesario probar que se concretó un acto administrativo irregular en favor del pagador. Por ello, resulta irrelevante que no conste un trato efectivo de favor: lo decisivo es que las dádivas buscaban ese trato privilegiado *en el contexto de su actuación pública*.

2.2.2. Sobre la relación entre el delito de fraude y el delito de cohecho

El delito de fraude a la Administración pública se regula en el art. 436 CP:

«La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años [...] Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a estos».

Sobre la relación entre el delito de fraude y el cohecho se pronuncia la *SAN 23/2025, de 1 de septiembre (ECLI:ES:AN:2025:3781)*, que enjuicia una trama de corrupción en la Región de Murcia donde diversas autoridades y funcionarios públicos, entre ellos el Consejero de Industria y directivos de los Institutos de Turismo y de Fomento, se concertaron con los empresarios para utilizar fondos públicos para la mejora de su imagen personal. Los acusados diseñaron una estrategia para sufragar servicios de reputación *online*, posicionamiento digital y mejora de la imagen política de las autoridades a través de contratos administrativos simulados, fraccionados o sobrevalorados, utilizando para ello las mercantiles EICO y MADIVA. Estos contratos, que formalmente se presentaban

como planes de comunicación o internacionalización institucional, carecían de utilidad pública real y tenían como objetivo neutralizar noticias negativas y generar contenidos favorables en redes sociales y diarios digitales creados *ex profeso*, financiándose íntegramente con presupuestos públicos mediante la fijación arbitraria de precios y la manipulación de los procedimientos de contratación negociados sin publicidad.

Estos hechos se castigan como cohecho pasivo (funcionarios y autoridades) y activo (empresarios), al no aceptar el argumento de la inexistencia de perjuicio material para la Administración —las partes alegaban la confusión entre reputación personal e institucional—. Además, aplican el delito de prevaricación administrativa y el de fraude a la Administración del art. 436 CP, porque el Tribunal entiende que el pretendido interés público del contrato era meramente marginal y accesorio, y el propósito de defraudar se infiere del diseño de la trama:

«Primero se pacta un importe global a “bulto”; después se rellena con actividades a conveniencia; todo ello bajo rótulos institucionales que encubren una finalidad privada. La aceptación consciente de un empeoramiento del valor público [por la inidoneidad del servicio para una política pública verificable]... colma, al menos, el dolo eventual de causar un perjuicio a la Hacienda pública».

Este delito coexiste con el delito de prevaricación porque, según el Tribunal, tienen objetos materiales distintos: el art. 436 CP protege *ex ante* el patrimonio frente a riesgos como los descritos; el art. 404 CP por el daño inmaterial a la credibilidad de las instituciones⁴. También convive sin aparentes fricciones el delito de fraude con el delito de cohecho, nuevamente por abordar ambas figuras distintos objetos de protección: por un lado, el delito de fraude ampara tanto el desempeño lícito de la función pública como el patrimonio de la Administración; por otro lado, el delito de cohecho protege la probidad del funcionario público que permite a la Administración asegurar prestaciones adecuadas. En fin, el delito de fraude contiene una acusada vertiente de tutela del patrimonio de la Administración, de ahí que sea preciso concretar objetivamente su efecto perjudicial para el erario público. Esta no está presente en el delito de cohecho, razón por la que del delito de cohecho no se puede derivar más consecuencia pecuniaria que el decomiso de las dádivas o presentes.

Esta interpretación es puesta en tela de juicio en el Voto Particular de la magistrada doña María Fernanda García Pérez, que discrepa sobre el encaje penal. Considera que los hechos deberían haberse calificado como constitutivos de delito de prevaricación y de fraude a la Administración (que absorbería el tráfico de influencias), excluyendo el cohecho, ya que, para que exista, debe haber una dádiva o regalo (material o no) que el particular entrega al funcionario. En este caso, el servicio de reputación *online* no es un «regalo» que los empresarios hacen al consejero, sino un trabajo que forma parte de

⁴ Nótese la contradicción entre este criterio y el sentado en resoluciones como la comentada STS 731/2025, de 17 de septiembre, donde se requiere adicionalmente al daño inmaterial o indemnidad de la función pública un *grave trastorno material* de la Administración pública.

su actividad profesional y que pretenden cobrar, perjudicando así a la Administración. Al ser el pago del servicio el objetivo del fraude, el injusto se agota en dicha figura sin que exista un desvalor de acción añadido que justifique la aplicación del tipo penal del cohecho. En el fondo, lo que se sostiene es que resulta artificioso ver en la misma conducta (el cobro por servicios que benefician particularmente a los funcionarios) un doble contenido de injusto que deba abordarse recurriendo a dos tipos penales (un aspecto de perjuicio y otro de indemnidad en el ejercicio de la función pública), ya que el delito de fraude a la Administración lo abordaría de forma global.

2.2.3. *Novedades doctrinales*

En la doctrina, es imprescindible mencionar nuevamente la obra colectiva dirigida por M. CUGAT MAURI, *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, donde se encuentran contribuciones como la de M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «La responsabilidad de las empresas públicas en los delitos de cohecho» (pp. 279-326); así como la monografía de M. A. MORALES HERNÁNDEZ, *Corrupción pública los delitos de cohecho y tráfico de influencias*, Dykinson, Madrid, 2025. También resulta del mayor interés la obra colectiva dirigida por H. OLASOLO, D. BENITO SÁNCHEZ, D. SANSÓ-RUBERT PASCUAL y N. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Esta obra incluye dos capítulos sobre los delitos de cohecho: J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, I. BLANCO CORDERO y M. ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, «El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales», pp. 65-173; y M. SCOLETTA y S. B. TAVERRITI, «El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas», pp. 175-255. Deben destacarse además los trabajos de G. OLIVER CALDERÓN, «Determinación del bien jurídico atacado en el delito de cohecho», *Política Criminal*, núm. 20, 39, 2025, pp. 1-23 (referidos al Derecho penal chileno); y el novedoso análisis de L. PUENTE RODRÍGUEZ, «La responsabilidad penal de los árbitros en el ejercicio de su actividad como alternativa a la jurisdicción», en B. FEIJOO SÁNCHEZ y E. PEÑARANDA RAMOS (dirs.), *Teoría y práctica de los delitos económicos: Hacia una racionalización de la protección penal del orden socioeconómico*, BdF, Buenos Aires, 2025, pp. 365-398 (donde se plantea diversas cuestiones sobre la responsabilidad penal de los árbitros, por ejemplo, por conductas de cohecho).

2.3. Delitos de malversación

Debemos comenzar recordando que en 2022 el régimen de la malversación fue objeto de una importante reforma. Ahora coexisten tres modalidades de mayor o menor gravedad: apropiarse de patrimonio público con ánimo de lucro o consentir que otro lo haga con igual ánimo (nuevo art. 432 CP); el uso temporal de bienes públicos

(art. 432 bis CP); y, por último, los desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación (cláusula subsidiaria del art. 433 CP)⁵. También se establecen tipos atenuados cuando el perjuicio económico sea de menor gravedad (art. 432.3 CP), o cuando se reintegren en el erario público (segundo párrafo del art. 432 bis CP). También, en el marco del Capítulo VIII (De los fraudes y exacciones ilegales), se crea un nuevo delito de enriquecimiento ilícito de autoridades en el art. 438 bis CP, que castiga los incrementos patrimoniales injustificados hasta cinco años después de haber desempeñado un cargo público.

Común a las modalidades de malversación es la noción de patrimonio público, que el nuevo art. 433 ter CP define auténticamente como el «conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas», lo que excluye la posibilidad de una concepción puramente jurídica del patrimonio público. Sobre este concepto, ha de tenerse en cuenta la consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2024, de 16 de mayo, sobre la delimitación del objeto material de los delitos de malversación. Como el art. 433 ter CP se refiere a los bienes *pertenecientes a las Administraciones públicas*, uno se pregunta si esto excluye los bienes de las entidades que, a pesar de integrarse en el sector público institucional, no son Administración pública con arreglo al Derecho administrativo⁶. La FGE, sin embargo, recuerda que el concepto penal de Administración pública no tiene que coincidir exactamente con el Derecho administrativo (no coincide, sin ir más lejos, el propio concepto de funcionario público), y concluye, por diversas razones, que no hay inconveniente en mantener que el patrimonio de las entidades que integran el sector público tiene la consideración de patrimonio

⁵ Puesto que muchos casos que se enjuician actualmente aún aplican legislación anterior, es útil ofrecer un breve panorama sobre cómo se ha configurado en los últimos años el régimen jurídico contra la malversación. A partir de la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, el delito de malversación consistía en «sustraer con ánimo de lucro o consentir que otro con el mismo ánimo sustraiga» los caudales públicos por autoridad o funcionario público. El Tribunal Supremo interpretó que eran dos modalidades comisivas distintas: en la primera había un ánimo de apoderamiento definitivo, la segunda tenía una configuración de omisión impropia (obligación de evitar el resultado lesivo contra el patrimonio). Como consecuencia de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la malversación pasa a configurarse como la realización de cualquiera de las conductas previstas en el art. 252 CP (administración desleal) o la apropiación indebida del art. 253, cometidas sobre fondos públicos y por funcionarios. De esta manera, se castigaba tanto la sustracción definitiva como el perjuicio patrimonial sin apropiación. La reforma de 2022, como puede verse en el texto principal, retorna al régimen 2003-2015 aunque sustituyendo el verbo «sustraer» por «apropiación», manteniendo el requisito del ánimo de lucro. Se mantiene también la modalidad omisiva de, en este caso, apropiación («consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público»).

⁶ Esta cuestión, en realidad, hasta la reforma de 2022 estaba resuelta de manera muy clara: la jurisprudencia consideraba que estos bienes encajaban en el objeto material de los delitos de malversación, en el entendimiento de que el carácter público de los fondos viene determinado por su origen y su destino debido. El acuerdo no jurisdiccional adoptado por el Pleno del Tribunal Supremo, de fecha 25 de mayo de 2017, contribuyó a disminuir notablemente la complejidad de esta materia al ofrecer diversas pautas para discernir cuándo el patrimonio de las sociedades mercantiles debía reputarse público. No obstante, el (ya no tan) nuevo tenor literal del art. 433 ter CP parecía obligar a mantener una interpretación restrictiva del concepto de Administración pública, excluyente, por ejemplo, de las sociedades mercantiles públicas, lo que a su vez limitaría el patrimonio afecto al régimen de la malversación.

público ex art. 433 bis CP, aunque no ostenten la condición de Administración pública *stricto sensu*.

2.3.1. *Sobre la interpretación del concepto «apropiación con ánimo de lucro» del delito de malversación*

La interpretación del verbo típico «sustraer» (conforme al concepto de malversación anterior la reforma de 2015) o «apropiarse» (concepto tras la reforma de 2022), así como los elementos modalidad omisiva —consentir la apropiación por un tercero—, continúa recibiendo atención jurisprudencial. Esto no es sorprendente si se tiene en cuenta que hay que acomodar la interpretación al hecho de que ahora existe un art. 432 bis CP que castiga el destino a usos privados de los fondos públicos, *sin ánimo de apropiación* —antes se castigaba únicamente dar a los caudales públicos un destino ajeno a la función pública de acuerdo con el art. 433 CP—.

La STS 647/2025, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3490), enjuicia un supuesto de concesión irregular de cuantiosas ayudas públicas y préstamos por parte de la sociedad pública INVERCARIA para la creación de un proyecto de energía eólica denominado CEDES ELECTRIA. Los responsables de la entidad pública, por indicación de altos cargos de la Administración autonómica, omitieron deliberadamente todos los controles internos y procedimientos de análisis de viabilidad técnica y financiera legalmente exigidos, basando la inversión únicamente en una presentación comercial básica (una presentación con Power Point) y sin realizar seguimiento posterior del dinero. Los promotores privados del proyecto constituyeron sociedades instrumentales con domicilios sociales ficticios en Sevilla para simular un interés regional y fraccionaron las solicitudes de fondos para eludir la fiscalización del Consejo de Gobierno, desviando finalmente el capital público hacia sus propias empresas personales y otros proyectos ajenos a Andalucía mediante facturaciones cruzadas por servicios inexistentes o gastos personales.

En el recurso se plantea que la concesión de un préstamo no es título hábil para la comisión de un delito de malversación al subsistir la obligación de devolución, ya que no hay apropiación entendida como sustracción o desvío sin ánimo de reintegro, a diferencia de lo que ocurriría si fuese un préstamo simulado o con un acuerdo previo para tolerar el impago. El Tribunal, sin embargo, considera que el término apropiación que utiliza el art. 432 CP equivale a «disposición de los bienes públicos de forma definitiva sin ánimo de reintegro, disposición que tanto puede ser para el propio sujeto activo como para un tercero y el ánimo de lucro que debe guiar la conducta del autor se produce cuando el sujeto activo obre con conciencia y voluntad de disponer de la cosa como si fuera propia, destinándola a unos fines ajenos a la función pública al objeto de conseguir una ventaja o beneficio propio o ajeno de cualquier tipo. Este elemento subjetivo del injusto se apreciará también cuando el responsable del delito no persiga la obtención de una ventaja patrimonial o de un incremento económico personal». En principio, parece que el art. 433 CP/1995 quedaría reservado para aquellos fun-

cionarios públicos que, sin ánimo de apropiación, destinan unos bienes a usos ajenos a la función pública. No obstante, puesto que según este artículo debían ser «caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones», esto es, bienes sobre los que ostenta una posición de garantía, no parece —hasta donde alcanzo— que esto en la práctica dejara espacios de aplicación no cubiertos por el art. 432 CP, especialmente si se sostiene una versión amplia del ánimo de lucro, como la que, de hecho, se mantiene: lo identifica con «la [mera] disminución ilícita de los caudales públicos», excluyendo expresamente que sea equiparable al propósito de enriquecimiento personal del autor⁷. Teniendo en cuenta que la regulación actual es muy parecida (art. 432 CP alude a la apropiación de patrimonio público a su cargo con ánimo de lucro o el consentimiento de que lo haga un tercero; el art. 432 bis CP, al destino a fines privados del patrimonio público a su cargo, sin ánimo de apropiación), seguramente se reproduzca el mismo problema⁸.

2.3.2. *Sobre la capacidad decisoria o detentación material de caudales públicos que debe tener la persona para ser considerada autora*

Esta cuestión también se plantea en la mencionada STS 647/2025, de 7 de julio, sobre el préstamo concedido por INVERCARIA. Una de las acusadas sostiene que ha sido indebidamente condenada por el delito de malversación, al no tener facultad decisoria pública o detentación material de los caudales públicos o efectos ni su efectiva disponibilidad materia. Ciertamente, Casilda era secretaria de industria y lo que hace es contactar al que era presidente y consejero delegado de INVERCARIA, a quien le encomendó la puesta en marcha de todo lo necesario para invertir y ayudar a los promotores en la compañía. Además, era vocal del Consejo de Administración de INVERCARIA que aprueba los préstamos. La recurrente sostiene que:

«No tenía capacidad de dominio de la acción para inducir al presidente y consejero delegado a adoptar los actos de disposición patrimonial. No existía tampoco dependencia jerárquica o funcional de INVERCARIA respecto de la Secretaría General de Política Industrial y Energía de la Junta de Andalucía de la que la recurrente era titular, por lo que en esas circunstancias su posible participación podría ser, a lo sumo, de cómplice en la medida en que su actuación podría haber servido como cooperación a la ejecución de los hechos».

El Tribunal no aborda expresamente la objeción planteada por Casilda (que no ostentaba una posición de garante sobre los bienes públicos concretos), sino que recuerda

⁷ Esta fórmula es incluso más amplia que la se mantiene, por ejemplo, en la sentencia del «caso de los ERE», donde se requiere algo que pueda ser categorizado como ventaja, en concreto, «toda clase de ventaja, patrimonial o espiritual (*animus lucri faciendi gratia*)».

⁸ Quizá, como sugiere I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración Pública», en J. M. SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 416, un espacio propio de aplicación puede ser la utilización temporal para luego devolverlo.

los elementos dogmáticos configuradores de la coautoría —decisión conjunta, con o sin reparto expreso de roles; aportación esencial al hecho en fase ejecutoria o de manera que revele el «dominio funcional del hecho»—, para a continuación determinar que:

«La recurrente estuvo desde el principio en el desarrollo de los acontecimientos y con pleno conocimiento de lo que pasaba, asistió al consejo de administración de 15 de julio de 2009 donde se aprobó la concesión del préstamo, que no había pasado previamente ni por el departamento técnico ni por el Comité de Inversiones. A la reunión aprobatoria únicamente asistieron el Sr. Carlos Miguel y la recurrente, por lo que su participación directa en la disposición de fondos junto con el otro acusado resulta incuestionable. Existió una decisión conjunta y una aportación relevante de la recurrente que con su voto posibilitó la disposición de fondos, por lo que ninguna objeción puede hacerse al juicio de autoría de la sentencia impugnada».

De esta manera, el Tribunal mantiene aquí una interpretación amplia sobre el concepto de capacidad decisoria o detención material de caudales públicos: basta con que se tenga un dominio meramente fáctico sobre esos bienes, sin que deban estar, en concreto, a su cargo. Cabe preguntarse si esta interpretación sería igualmente admisible si la persona que hubiera acudido al Consejo de Administración fuera un particular o un funcionario con una relación aún más tenue con los bienes. Ciertamente, la jurisprudencia venía manteniendo una visión amplia de este requisito⁹ (que se incluye expresamente a partir de la reforma de 2022, que ahora menciona que el patrimonio público tiene que estar «a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas»), pero está por ver si, tras la nueva incorporación de la cláusula, se mantendrá esta interpretación amplia o si se desarrollará una más restringida.

2.3.3. *Sobre la relación entre el delito de fraude a la Administración y la malversación*

La STS 475/2025, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2443), ha reiterado recientemente la discutible doctrina sobre la compatibilidad entre el delito de fraude a la Administración y la malversación de capitales. Se trata de un caso en el Ayuntamiento de Peguerinos donde el alcalde, su hermana, un contratista y un arquitecto planificaron y ejecutaron el desvío de fondos públicos destinados a unas obras de urbanización. Tras un proceso de adjudicación directa irregular a una mercantil que no prestó las garantías debidas y que subcontrató ilícitamente más del 50 por 100 de la obra a una empresa propiedad de la hermana del alcalde, los implicados emitieron y firmaron múltiples certificaciones de obra que no se correspondían con la realidad, facturando trabajos no ejecutados o realizados de forma deficiente y con sobrecostos. Mediante este plan los cuatro acusados lograron apoderarse de un total de 652.825,34 euros, correspondientes

⁹ Como explica I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, había una prácticamente unánime doctrina jurisprudencial que requería una facultad de disposición, de hecho o de derecho, sobre los bienes, «entre o no en las atribuciones legales de su cargo o cuerpo administrativo»: «Delitos contra la Administración Pública», en J. M. SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 414.

a la diferencia entre los pagos efectivamente realizados por el consistorio y el valor real de lo ejecutado según las tasaciones periciales posteriores.

Los autores fueron condenados, entre otros delitos, por las conductas de malversación (art. 432 CP) y fraude a la administración (art. 436 CP) en concurso medial, cuestión que se impugna por los recurrentes al entender que el fraude queda absorbido por el delito más general de malversación. El Tribunal Supremo sostiene que lo más adecuado es el castigo por ambos delitos, en concurso medial, porque:

«El tipo previsto en el art. 436 CP es un delito de mera actividad, que se consuma con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a su perfeccionamiento. De ahí su compatibilidad con el delito de malversación, delito de resultado, en el que la acción típica consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga»¹⁰.

Nótese, sin embargo, que persiste una cierta contradicción con una argumentación mantenida en relación con el delito de prevaricación del art. 404 CP —mencionada en el apdo. 2.2.2—. Ahí se sostiene que pueden aplicarse conjuntamente ambos tipos sin riesgo de *bis in idem* porque tienen objetos materiales distintos: el art. 436 CP protege el patrimonio frente a riesgos de disminución; el art. 404 CP por el daño inmaterial a la credibilidad de las instituciones. Ahora bien, si el delito del art. 436 CP es de mera actividad, que se consuma al concertarse para defraudar, ¿cuál es el daño concreto materializado distinto de la afectación a la integridad de las instituciones públicas? ¿No es acaso, así descrito, una *modalidad* de afectación inmaterial concretada en el propósito de defraudar? Y si, efectivamente, se mantiene que el propósito de defraudar aporta algo único, distinto a la afectación genérica de la función pública (lo cual parece en sí discutible), ¿no son acaso actos preparatorios (a veces pasos necesarios) de la posterior defraudación efectiva? ¿Por qué no están englobados por la malversación, que a diferencia de otras conductas de apropiación (como el hurto) se hace cargo del elemento público que además se está afectando?

2.3.4. *Novedades doctrinales*

Entre las novedades doctrinales relacionadas con otros más o menos aspectos generales de la malversación o la corrupción pública, cabe destacar los siguientes trabajos: el fundamental análisis de M. VALLE MARISCAL DE GANTE, «Una década de errático control penal de la gestión del patrimonio público», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 34, 2025, pp. 281-326; de J. MARTÍN MUÑOZ, *Incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos y de corrupción. Un análisis dogmático y empírico de los arts. 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II, 426 y 434 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025; J. CASAS HERVILLA, «Aproximación a la reforma de los deli-

¹⁰ Es claro que si esto se mira al revés queda absorbido. La sentencia recuerda que lo menos puede absorber lo más. Pero es que la pregunta era la inversa, si lo más puede absorber lo menos.

tos de malversación operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre», en M. CUGAT MAURI (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 199-239. También hay otras contribuciones en esa obra relacionadas con la malversación (y con la corrupción en general) muy valiosas, como los capítulos de M. GARCÍA ARÁN, «Las entidades del sector público empresarial y el concepto penal de funcionario público» (pp. 31-69); C. PADRÓS I REIG, «El problema del sujeto administrativo en la atribución de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas» (pp. 71-117); A. CARDONA BARBER, «Los presupuestos de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas» (pp. 119-162); M. J. GUARDIOLA LAGO, «Penas aplicables a las personas jurídicas y régimen especial de las empresas públicas» (pp. 403-441).

De otra obra colectiva, J. P. MATUS, «La malversación o peculado y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos», en H. OLÁSULO, D. BENITO SÁNCHEZ, D. SANSÓ-RUBERT PASCUAL y N. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ (dirs.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 257-288; A. LUZÓN CÁNOVAS, «El concepto penal de patrimonio público en el art. 433 ter CP: entre el continuismo y la novedad», *Diario La Ley*, núm. 10668, 2025; R. CRUZ PALMERA, «Peculado por uso en el código penal colombiano: ¿qué constituye el uso indebido de bienes? Bases para una correcta interpretación», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 43, 2025 (sobre Derecho penal colombiano). Por último, muy recientemente, ha sido publicada una obra colectiva que agrupa numerosos estudios sobre corrupción, dirigida por J. LEÓN ALAPONT, *Corrupción, delincuencia socioeconómica, criminalidad organizada y delación*, Colex, Madrid, 2026, donde encontramos publicaciones relacionadas con la malversación, como la de C. ÁLVARO PERIS, «Aproximación dogmática al delito de malversación de usos públicos distintos a los establecidos» (pp. 15-40). También es de interés el libro editado por DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE IBERLEY, *La corrupción y sus delitos. Análisis de los diferentes delitos de corrupción en la Administración pública*, Colex, Madrid, 2026.

2.4. Revelación de secretos por autoridades o funcionarios públicos

El último de los aspectos que va a analizarse en este informe es la protección penal de los «secretos» o la información reservada por parte de funcionarios públicos. El artículo principal que articula este régimen es el art. 417 CP, que establece:

«1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

Por supuesto, hay otros cauces adicionales para la protección de aspectos de la información reservada, como los arts. 197 y ss. CP, con particularidades y agravaciones específicas cuando son cometidos por funcionarios. También los delitos del Capítulo IX relacionados con las «negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» contienen preceptos que prohíben asesoramiento indebidos (art. 441 CP), o aprovechamiento de información privilegiada con ánimo lucrativo (art. 442 CP), aunque en este caso se protegen valores adicionales a la información reservada, como la probidad en el ejercicio de la función pública.

Una sentencia que es indispensable examinar sobre el deber de secreto de los funcionarios públicos es la *STS 1000/2025, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365)*, sobre la revelación de información reservada de un particular realizada por el Fiscal General del Estado. Como es sabido, en el año 2022, la Agencia Tributaria inició una inspección a la sociedad Maxwell Cremona S. L., y tras detectar posibles delitos fiscales en 2020 y 2021, remitió el expediente a la Fiscalía. El 2 de febrero de 2024, el abogado del investigado propuso por correo electrónico un pacto de conformidad reconociendo los hechos y ofreciendo pagar la deuda, lo que inició un intercambio de comunicaciones con el fiscal del caso para explorar la viabilidad del acuerdo. Tras filtrarse en diversos medios informaciones contradictorias sobre quién había ofrecido el pacto, el Fiscal General del Estado ordenó recabar los correos electrónicos confidenciales de la negociación y, tras filtrar su contenido textual a la Cadena SER, ordenó publicar una nota informativa oficial detallando la cronología y el reconocimiento de culpabilidad del particular.

El Tribunal califica los hechos como constitutivos de un delito de revelación de secretos del art. 417.1 CP, tanto por la filtración del correo como por la publicación de la nota informativa —que, sostiene, concurren en unidad de acción—. El injusto específico se compone de tres elementos: la posición jurídica del funcionario público o autoridad que, por razón de su cargo, tiene información reservada, el deber de no divulgarla y su revelación. Se trata de una concepción funcional de la información reservada donde el eje del reproche no reside tanto en el hecho de que terceros accedan a una información reservada, como en la *infracción del deber de no divulgar* aquello que, por mandato legal o constitucional, debe permanecer bajo custodia institucional para salvaguardar los derechos del administrado. Esta es la razón por la que se desechan las alegaciones de que no había secreto que salvaguardar porque esa información ya era conocida en algunos círculos:

«Aun cuando una determinada información fuera, total o parcialmente, conocida, la obligación de reserva de la autoridad o funcionario que la hubiera conocido por razón de su cargo permanecería, *porque la acción de divulgar el dato reservado por quien es garante*

de la obligación de sigilo, en sí misma es dañina. Y lo es porque implica una utilización perversa de las herramientas e instrumentos privilegiados de los que goza la administración para acceder a la información confidencial y personal de los ciudadanos [...] Porque, aun cuando la información ya hubiera sido divulgada, total o parcialmente por terceros, el riesgo de quiebra de la presunción de inocencia permanece inalterable y con ello, el carácter reservado de la información que, como hemos dicho, es un concepto de naturaleza funcional destinado a la protección, entre otros, de este derecho fundamental».

Este deber de confidencialidad no decae por el hecho de que la información que él conoce por razón de su cargo ya haya sido objeto de tratamiento público. Para ilustrarlo, equipara esta situación con la de un médico con acceso a la historia clínica que confirma ante terceros que una persona padece una enfermedad de transmisión sexual. Aunque sus vecinos o compañeros ya lo *sospechen*, las afirmaciones del médico lo *confirman*. Además, no había razones de interés público que justificaran la divulgación de información (si se hubieran constatado, la conducta podría enmarcarse en el ejercicio del deber que impone el art. 4.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)¹¹.

Se descarta también la aplicación de los arts. 197.2 y 3 y 198 CP, ya que no ha habido un apoderamiento o una utilización. Si el funcionario hubiera accedido ilegalmente o de manera no autorizada a la información reservada, estaríamos ante una modalidad de acceso ilegítimo del art. 197 (en relación con el art. 198 CP), que parte de que el autor no esté autorizado para el acceso, apoderamiento, utilización o modificación de los datos. El art. 417 CP, en cambio, castiga la revelación de secretos o informaciones que la autoridad o funcionario público tiene conocimiento de manera legítima. Si, además, hace uso de esta información con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, podría aplicarse otro delito como el art. 442 CP.

Sorprendentemente, también se descarta la aplicación del apartado 2 del art. 417 CP (agravación por grave daño para la causa pública o para tercero), al entender que no hay un desvalor adicional a la afectación a los derechos fundamentales inherente al primer apartado:

«[e]sa consideración de afectación de derechos fundamentales nos impide subsumir la conducta en el párrafo 2.º, el grave daño para la causa pública o para tercero, pues conformamos la tipicidad con la revelación de datos reservados que comprometen los derechos procesales de un ciudadano. El grave daño para la causa pública o para un tercero, en este caso, ya aparece recogido en la subsunción del apartado primero del art. 418 CP».

En otras resoluciones el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre los criterios para aplicar el subtipo agravado, estableciendo un ámbito material más amplio que el que parece dejar sentado la sentencia del FGE. En la *STS 842/2025, de 15 de octubre*

¹¹ El art. 4.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que el Ministerio Fiscal, en ejercicio de sus funciones, podrá «[i]nformar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados».

(*ECLI:ES:TS:2025:4531*), un supuesto en el que varios altos cargos y técnicos de la Agencia Catalana del Agua se concertaron con los responsables de las empresas Auding y Artenginy para adjudicarles de manera irregular el contrato de consultoría para el Plan de Gestión del Distrito de Cuenca Fluvial de Cataluña, los funcionarios facilitaron información privilegiada y confidencial a los licitadores en reuniones previas a la publicación oficial del concurso, permitiéndoles participar en la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas para que la oferta de la futura UTE DMA-Gestió resultara adjudicataria en condiciones de ventaja. Este esquema se completó mediante un modelo de contratación diseñado para eludir los controles legales y permitir la adjudicación directa de trabajos complementarios. Entre otros delitos, se les condena por los arts. 417 CP (a los funcionarios) y 418 CP (a los particulares) y se aplicó la agravación al considerar que el daño no fue solo económico, sino que afectó a la gestión de un bien esencial como el agua y a los principios constitucionales de eficacia y transparencia (art. 103.1 CE). En concreto:

«Se trataba de un importante contrato para la causa pública en relación a un bien como el agua. Y el perjuicio es para el resto de posibles ofertantes legítimos aspirantes en las empresas que invierten para poder aspirar a este tipo de contratos, pero estas actuaciones suponen una burla a la legítima aspiración del resto de empresarios en este país, y un ataque al exigente cumplimiento de los requisitos de la Administración y con un objetopreciado como es una contratación sobre el agua. [...] hay menoscabo grave de la credibilidad pública, se trata de un bien público, se ataca a la competencia libre entre las empresas para pujar por los contratos públicos, el bien referido era de primer orden, como es el agua, se trataba de un proyecto y objetivo a nivel europeo, y era una de las contrataciones más Importantes de la Agencia Catalana del Agua cuyo proceso de selección del adjudicatario se adulteró».

La sentencia del FGE ha sido comentada por M. A. RUEDA MARTÍN, J. SOLANES MULLOR y A. ESTRADA CUADRAS en un magnífico número monográfico de *InDret, Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, núm. 1, 2026, sobre «La condena al Fiscal General del Estado: una mirada crítica. Comentario a la STS 1000/2025, de 9 de diciembre». Sobre estos delitos, pueden consultarse también los trabajos de P. LLORIA GARCÍA («El delito de revelación de secretos ante la evolución del sector público institucional: la experiencia de los puntos de encuentro familiar») y de R. REBOLLO VARGAS («Propuestas para una reinterpretación de los elementos esenciales del delito de negociaciones prohibidas a funcionarios. Art. 439 CP»), ambos en el libro dirigido por Miriam CUGAT MAURI, *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

3. CONCLUSIONES

Para finalizar este análisis, pueden esbozarse una serie de conclusiones que resumen los avances normativos y jurisprudenciales en los delitos de corrupción a los que habrá que estar atentos en los próximos años:

PRIMERA.—Introducción de un requisito adicional de antijuridicidad material en los delitos de prevaricación: el Tribunal Supremo, en resoluciones recientes, insiste en que, para calificar una irregularidad administrativa como delito, es necesario certificar un plus de antijuridicidad. De este modo, si no hay un «grave trastorno» para el organismo o un perjuicio material claro (como pagar a precio de mercado por obras que sí se ejecutaron), no hay tampoco «resolución arbitraria» ex art. 404 CP.

SEGUNDA.—Pulso institucional por el concepto de «resolución» del art. 404 CP. El Tribunal Constitucional determinó, al hilo de la sentencia del «caso de los ERE» y en contra del criterio del Tribunal Supremo, que los actos prelegislativos (como preparar un proyecto de ley o una modificación presupuestaria para enviarla al Parlamento) no pueden constituir resoluciones administrativas, sino que forman parte de la función política o legislativa —y, por tanto, están excluidas del ámbito material del art. 404 CP—. La Audiencia de Sevilla ha elevado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el fondo, lo que se está discutiendo es si el concepto penal de «resolución» debe ser algo propio y amplio (como defienden algunos expertos, que creen que no debería limitarse estrictamente a lo que el Derecho administrativo entiende por resolución) o si debe ser interpretado de forma mínima para no invadir la esfera de la política.

TERCERA.—Dádivas fuera de servicio. ¿Puede un funcionario vender sus servicios privados «por fuera» sin que eso sea corrupción? Si no se aprovecha de las facilidades que otorga su cargo o puesto, la respuesta es que sí, siempre que la dádiva no esté funcionalmente conectada con el cargo (es decir, que el pago no se haga por el aprovechamiento del cargo o posición oficial); que el encargo sea *estrictamente privado*; y que la actividad no corrompa la «rectitud de la función pública». Así, en piezas como «Proyecto Wine» o «Saving», se ha determinado que los pagos por encargos empresariales privados, realizados fuera del horario de servicio y sin utilizar recursos o métodos policiales, no constituyen cohecho, ya que se consideran actividades particulares que no comprometen la rectitud ni la imparcialidad de la Administración.

CUARTA.—La malversación y la interpretación expansiva de «apropiación» y «ánimo de lucro»: a pesar de la reforma de 2022, la jurisprudencia sigue aplicando un concepto muy amplio de ánimo de lucro y apropiación. Basta con que el funcionario disponga del dinero público como si fuera suyo, desviándolo de su fin legal para beneficiar a un tercero. En la práctica, esto supone dejar sin espacio aplicativo las conductas de destino a usos privados del patrimonio público sin ánimo de apropiación (p. ej., art. 432 bis CP).

QUINTA.—Tensión jurisprudencial en torno a la aplicación del delito de fraude del art. 436 CP. Al ser calificado como un delito de mera actividad, la justicia entiende que se consuma por el simple hecho de concertarse para defraudar, lo que facilita su compatibilidad con la malversación (un delito de resultado). No obstante, esta interpretación convive con aquella otra que compatibiliza a su vez la aplicación conjunta de la prevaricación y del delito de fraude porque la prevaricación preserva la credibilidad

de las instituciones y el fraude protege el patrimonio público frente a riesgos *ex ante*. Se trata de interpretaciones algo contradictorias y han surgido voces en los tribunales que cuestionan si esto no acaba siendo un castigo doble por el mismo hecho, especialmente cuando el fraude es solo el paso previo a la materialización del fraude.

SEXTA.—Concepto funcional de «secretos o informaciones». Con independencia de que la información se haya filtrado o sea «un secreto a voces», si el funcionario que tiene el deber de custodia la confirma o la difunde oficialmente, realiza el tipo del art. 417 CP, ya que infringe su deber de reserva de la información a la que tiene acceso por su condición de funcionario o autoridad pública.