

MEMENTO

EXPERTO

FRANCIS LEFEBVRE

**Delitos cometidos
por funcionarios públicos
Abogacía del Estado**

Fecha de edición: 10 de mayo de 2019



Esta es una obra colectiva
realizada por iniciativa y bajo la coordinación de
Francis Lefebvre

Autores:

Ruth Álvarez Vinagre. Abogada del Estado en el Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria Regional de Madrid.

Edmundo Bal Francés. Abogado del Estado en la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional.

Fernando Bertrán Girón. Abogado del Estado adjunto en la Abogacía del Estado en Granada.

Roberto Antonio Fernández Castilla. Abogado del Estado Jefe Área Secretaría de Estado de Energía. Ministerio para la Transición Ecológica.

José Luis Fernández Ortea. Abogado del Estado en la Abogacía del Estado de Sevilla.

Javier Gómez-Ferrer Senent. Abogado del Estado en excedencia. Director legal en BDO Abogados y Asesores Tributarios Valencia.

Mario Maza Millán. Abogado del Estado en el Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria Regional de Cataluña.

Lucía Pedreño Navarro. Abogada del Estado adjunta en la Subdirección General de Servicios Contenciosos-Departamento de Penal.

María José Ruiz Sánchez. Abogada del Estado adjunta en la Subdirección General de Servicios Contenciosos-Departamento de Arbitrajes Internacionales.

Luis Enrique Vacas Chalfoun. Abogado del Estado en la Subdirección General de Servicios Contenciosos.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 34,32 € (IVA incluido)

ISBN de Lefebvre-El Derecho: 978-84-17544-82-9
Depósito legal de Lefebvre-El Derecho: M-18240-2019
ISBN del Ministerio: 978-84-7787-485-0
NIPO: 051-19-005-5



Impreso en España
por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) - 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.



Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo 1. Cuestiones comunes	50
Capítulo 2. Delitos contra la Administración pública	800
Capítulo 3. Delitos contra la Administración de Justicia	2300
Capítulo 4. Otros delitos cometidos por funcionarios públicos	3500

	<u>Página</u>
Tabla de Disposiciones	351
Tabla Alfabética	355

Abreviaturas

AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Circ	Circular
Const	Constitución
CP	Código Penal (LO 10/1995)
CPM	Código Penal Militar (LO 14/2015)
D	Decreto
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
Dir	Directiva
EBEP	Estatuto básico del empleado público (RDLeg 5/2015)
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (L 50/1981)
FGE	Fiscalía General del Estado
JI	Juzgado de instrucción
JP	Juzgado de lo penal
JVP	Juzgado de vigilancia penitenciaria
L	Ley
LAU	Ley de arrendamientos urbanos (L 29/1994)
LBRL	Ley de bases de régimen Local (L7/1985)
LCon	Ley concursal (L 22/2003)
LEC	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
LECr	Ley de enjuiciamiento criminal (RD 14-9-1882)
LGT	Ley general tributaria (L 58/2003)
LH	Ley hipotecaria (D 8-2-1946)
LO	Ley orgánica
LOGP	Ley orgánica general penitenciaria (LO 1/1979)
LOPJ	Ley orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
LOREG	Ley orgánica de régimen electoral general (LO 5/1985)
LPAC	Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (L 39/2015)
LRJSP	Ley de régimen jurídico del Sector Público (L 40/2015)
OM	Orden ministerial
RD	Real decreto
RDL	Real decreto-ley
RDLeg	Real decreto legislativo
Resol	Resolución
RH	Reglamento hipotecario (D 14-2-1847)
TCo	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

CAPÍTULO 1

Cuestiones comunes

Sección 1. Non bis in idem en la relación derecho penal y régimen disciplinario	52	50
Sección 2. Concepto de funcionario público	125	
Sección 3. Especialidades de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal	250	
Sección 4. Inhabilitación y suspensión de empleo y cargo público	325	
Sección 5. Responsabilidad civil derivada del delito	375	
Sección 6. Responsabilidad contable	450	

SECCIÓN 1

Non bis in idem en la relación derecho penal y régimen disciplinario

A. Perspectiva del non bis in idem	55	52
B. Preferencia de la jurisdicción penal	80	
C. Requisitos para apreciar la vulneración del principio non bis in idem	95	

Por virtud del principio non bis in idem nuestro ordenamiento jurídico impide que una misma persona pueda ser **sancionada dos veces** por unos mismos hechos (TCo 2/1981; 154/1990). **53**

A. Perspectiva del non bis in idem

Tradicionalmente nuestra jurisprudencia ha señalado que el principio analizado puede observarse desde una **perspectiva bifronte**: material o sustantiva y procesal o formal (TCo Pleno 7-7-05). **55**

Vertiente procesal Desde el punto de vista procesal o formal, el principio analizado se traduce en que nadie puede ser objeto de más de **un procedimiento por una misma causa** (nemo debet bis vexari pro una et aedem causa). **58**

En este sentido, el Tribunal Constitucional precisó la dimensión procesal del non bis in idem, señalando que dicho principio proscribía que, a través de **procedimientos distintos**, se sancione repetidamente una misma conducta (TCo 177/1999, con remisión a la TCo 159/1987).

Semejante posibilidad entrañaría una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado, e inseparablemente, una abierta **contradicción** con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismo hechos, sucesiva o simultáneamente existan o dejen de existir para los órganos del Estado (TCo 77/1983).

El principio non bis in idem protege al ciudadano, no solo frente a la ulterior sanción, sino frente a la **nueva persecución punitiva por los mismos hechos**, una vez ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador. El doble proceso, por tanto, menoscaba la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento (TCo 188/2005).

Vertiente material Por otro lado, desde su vertiente material: el principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga **duplicidad de sanciones** –administrativa y penal– **60**

en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del ius puniendi por los tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración (TCo 2/1981).

- 62 Configuración como derecho fundamental** El principio non bis in idem carece de un reflejo expreso en nuestra Constitución (si bien sí lo tiene en la **normativa sectorial**, como ocurre, por ejemplo, con la L 39/3015 art.31), pese a lo cual se ha configurado jurisprudencialmente como un derecho fundamental. El principio non bis in idem tiene su anclaje constitucional en la Constitución, en la medida en que se **constitucionaliza el principio de legalidad** en materia sancionatoria en su doble vertiente, material –principio de tipicidad– y formal –principio de reserva de Ley– (Const art.25.1). Este principio que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro derecho (TCo 154/1990), ha sido reconocido expresamente también en los **textos internacionales** orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de la ONU Nueva York 19-12-1996 art.14.7 y ratificado por España mediante instrumento publicado en el BOE núm. 103, 30-4-97– y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales Protocolo núm. 7 art.4, protegiendo al ciudadano, no solo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la **nueva persecución punitiva por los mismos hechos** una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado– absolución o sanción– del mismo (TCo 2/2003).

Lógica consecuencia de lo anterior es que, al ser configurado el principio non bis in idem como un derecho fundamental (Const art.25), cabe invocar la protección del ciudadano a través de un procedimiento preferente y sumario (Const art.53.2) y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, todo ello sin perjuicio de que su vulneración, al considerarse íntimamente unido a los **principios de legalidad y tipicidad**, suponga una vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías –Const art.24– (TCo 188/2005).

B. Preferencia de la jurisdicción penal

- 80** Admitida, por tanto, la eventualidad de una **duplicidad sancionadora** por parte de la Administración y de la jurisdicción penal, eventualidad proscrita por el principio non bis in idem, debe recordarse necesariamente, la regla de la preferencia de la jurisdicción penal sobre la actividad administrativa sancionadora.

- 82 Paralización del procedimiento sancionador** Cuando unos mismos hechos puedan ser objeto de **sanción penal y administrativa**, habrá de darse preferencia siempre a la jurisdicción penal (TCo 77/1983). Preferencia que se traduce en la obligación (prevista normativamente) de paralizar cualquier procedimiento sancionador hasta tanto sea dilucidada la cuestión en el ámbito jurisdiccional penal.

En este sentido:

- No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie **identidad del sujeto, hecho y fundamento** (L 40/2015 art.31).
- En los supuestos a los que se refiere el precepto de referencia, la Administración se abstendrá de iniciar o, en su caso, continuar, el procedimiento sancionador correspondiente a estos mismos hechos. En caso de **haberse iniciado un procedimiento sancionador**, de no haber concluido este con anterioridad, dicha conclusión se entenderá producida, en todo caso, en el momento en que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sancionador en los casos a que se refiere el último párrafo de este apartado. La **sentencia condenatoria** de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa por los mis-

mos hechos. De **no haberse apreciado la existencia de delito**, la Administración tributaria iniciará, cuando proceda, el procedimiento sancionador administrativo de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados (LGT art.250).

- En los supuestos en que las **infracciones puedan ser constitutivas de delito**, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración podrá continuar el expediente sancionador en base a los hechos que los tribunales hayan considerado probados (RDLeg 1/2001 art.120).

No paralización e imposición de sanción administrativa No obstante lo anterior, se plantea la duda de cómo proceder cuando, debiendo paralizarse el procedimiento administrativo, este no se haya paralizado habiendo desembocado en la imposición de una sanción administrativa. La duda que se plantea es si cabe, en tal caso, la **iniciación de un proceso penal** por los mismos hechos.

84

Precisiones El Tribunal Constitucional, en un primer momento, ante tal eventualidad sostuvo la imposibilidad de iniciar un posterior proceso penal pues ello supondría una **vulneración del derecho fundamental**, al considerar que, impuesta una sanción, sea esta de índole penal o administrativa, no cabe sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Por tal motivo llegó a la conclusión de que, habiendo sido una persona condenada en sede administrativa, no cabía, pese a la prevalencia del orden penal, su condena en esta sede procediendo, por ende, la **absolución** (TCo 177/1999).

La doctrina anterior planteaba, sin embargo, el problema de **dejar impune una conducta sancionada penalmente** y, adicionalmente, dar por bueno, en cierta manera, el incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de **suspender el curso del procedimiento** desde el momento en que hubiese tenido conocimiento de la posibilidad. Precisamente por este motivo, la doctrina mencionada fue posteriormente corregida por el propio Tribunal en sentencia del Pleno del TCo 16-1-03. Dicha sentencia, con cita de la TCo 159/1987, recordó que, en efecto, el principio non bis in idem impide que a través de dos procedimientos se sancione repetidamente la misma conducta pues ello supondría una inadmisibles reiteración del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la **coexistencia de dos procedimientos sancionadores**, para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad contraria a aquel derecho de que unos mismos hechos sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado, pero corrigió la tesis mantenida en la sentencia antes citada advirtiendo de la **imposibilidad de establecer una completa equiparación** entre el procedimiento penal y el procedimiento administrativo sancionador. Así, sosteniendo la posibilidad, en el caso planteado, de que se iniciase un procedimiento administrativo sancionador, afirma que el derecho reconocido en la Const art.25 en su vertiente sancionadora no prohíbe el doble reproche aflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto, añadiendo que la existencia de una **sanción administrativa no excluye la posibilidad de la sanción penal**, siempre y cuando de la pena impuesta se haya descontado la sanción administrativa de tal forma que la sanción penal resultante sea proporcional a la gravedad del hecho (TCo Pleno 16-1-03).

Finalidad de evitar reacciones punitivas desproporcionadas Según el Tribunal Constitucional, el principio non bis in idem, en su formulación clásica veda la imposición de una dualidad de sanciones cuando se aprecie la **triple identidad de sujeto, hecho y fundamento**. Del mismo modo, recuerda el Tribunal Constitucional que el principio analizado constituye un derecho fundamental íntimamente ligado a los principios de tipicidad y legalidad con la finalidad de evitar una **reacción punitiva desproporcionada** y, finalmente, recordó que, ante la interdicción también insita del doble procedimiento sancionador, debería reconocerse una **lógica preferencia a la autoridad penal**.

86

Precisiones El núcleo esencial de la garantía reside en impedir el exceso punitivo y por lo tanto, afirma que lo relevante no es tanto la existencia de un doble procedimiento punitivo sino averiguar si, en efecto, se ha producido un **exceso punitivo** proscrito por el principio non bis

in idem. En el caso concreto analizado por la sentencia, concluye el Tribunal Constitucional que, si bien es cierto que existió ese **doble procedimiento sancionador** (un procedimiento administrativo sancionador que culminó en sanción y un proceso penal en el que se pedía la absolución) no lo es menos que la solución adoptada por el tribunal no permitía concluir la quiebra del principio analizado toda vez que había tenido en cuenta, a la hora de fijar la pena, la **sanción administrativa previamente impuesta**, de esta manera, concluye, no ha habido duplicación de la sanción constitutiva del exceso punitivo. En este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción (TCo 16-1-03).

- 88 Efectos de la reiteración del ejercicio del poder sancionador del Estado** En cuanto a la relevancia que a estos efectos pudiera tener la reiteración del ejercicio del poder sancionador del Estado, aun cuando, no se haya producido la duplicación sancionadora, señala el Tribunal Constitucional que, en efecto, no puede negarse que en ciertos casos la sustanciación de un procedimiento sancionador administrativo y un proceso penal, con ocasión de unos mismos hechos y un mismo fundamento, podría ocasionar la **vulneración del derecho a no ser sometido a un segundo proceso**. Si bien, matiza, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores sino solamente a aquellos que, en atención a las **características del procedimiento** (su grado de complejidad) como a las de la **sanción** (su naturaleza y magnitud) puedan equipararse a un proceso penal a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal.

C. Requisitos para apreciar la vulneración del principio non bis in idem

- 95** Cabe la posibilidad de que unos mismos hechos constitutivos de infracción penal, tengan del mismo modo encaje en alguna infracción administrativa, planteándose en tal caso la posibilidad de **imponer ambas sanciones** –la penal y la administrativa– respetando las exigencias del principio non bis in idem. En tal sentido, la jurisprudencia, de forma reiterada ha venido admitiendo que si bien el principio non bis in idem proscribía la duplicidad sancionadora al concurrir el triple fundamento (sujeto, hecho y fundamento) ello quedaría excepcionado cuando media una **relación de sujeción especial** como la que vincula a los funcionarios públicos y a la Administración. En estos supuestos, por tanto, estaría justificado el ejercicio del ius puniendi por los tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración (TCo 2/1981; 50/1983).
En consecuencia, no se entenderá vulnerado el principio analizado cuando no medie esa triple identidad: sujeto, hecho y fundamento. Tampoco se entenderá producida la vulneración cuando (con los matices que a continuación expondremos) medie una relación de sujeción especial entre la Administración y el sancionado.

1. Admisibilidad de dualidad de sanciones

- 100** Para que la dualidad de sanciones sea admisible es necesario que el **interés jurídicamente protegido** sea distinto como sucede en las relaciones de sujeción especial (TS cont-adm 27-2-09, EDJ 42639).
- 102 Relevancia penal de la conducta dentro de la relación funcional**
Una cosa es la relevancia penal que una conducta pueda tener y otra la que tiene, dentro o con ocasión de la relación funcional.
Sobre esta última cuestión, cabe añadir que:
- No basta la simple **dualidad normativa** (la previsión de sanciones penales y administrativas) para considerar justificada la dualidad punitiva, pues si así fuera, el principio non bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador quisiera darle.

De este modo, para que la dualidad de sanciones fuese constitucionalmente admisible sería necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una **relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado**. Será preciso por tanto que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción prevista sea proporcionada a esa protección (TCO 234/1981).

• Del mismo modo, la mera existencia de una **relación de sujeción especial** no justificaría automáticamente la duplicidad sancionadora pues, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, no puede sostenerse que, en el ámbito de estas relaciones los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales (TCO Pleno 7-7-05; 2/1987; 42/1987; 61/1990).

Dualidad de sanciones sobre la base de relación especial Así pues, solo cabrá admitir la dualidad de sanciones sobre la base de una relación de sujeción especial cuando el desvalor no haya sido abarcado plenamente por una norma sino por varias. De esta manera, cuando el **delito abarca la totalidad del desvalor de la acción** estaremos ante un concurso aparente de leyes que cederá en favor de la sanción penal; pero cuando los **intereses jurídicos no queden totalmente protegidos** por la sanción penal cabría acudir también a la sanción administrativa, si bien habrá que velar por que la sanción sea proporcionada a esa protección. Ello es así porque, con cada una de las infracciones, se producirá una distinta vulneración del ordenamiento jurídico siendo por ello la acción merecedora de los distintos reproches punitivos.

104

2. Ponderación de la condición de funcionario como sujeto activo del delito

Es aceptable la dualidad de sanciones en los supuestos en que medie una relación de sujeción especial siempre y cuando el **fundamento de la sanción** responda a intereses jurídicos distintos. Circunstancia que concurre cuando, por un lado se pretende la protección del orden social (sanción penal) y, por otro, el buen funcionamiento de la Administración.

110

Además, habrá que tomar también en consideración cómo es ponderada la condición de funcionario como sujeto activo del delito para la **calificación penal** de los hechos.

Así, cabría ponderarla:

- como elemento imprescindible para que una determinada acción tenga relevancia penal; o bien,
- como una circunstancia sobreañadida a la acción cometida.

Como elemento imprescindible para que la acción tenga relevancia penal Este supuesto abarca los delitos propios de los funcionarios, por lo que el **bien jurídico protegido** sería precisamente el correcto funcionamiento de la Administración siendo las penas correspondientes la adecuada respuesta penal dirigida a la restauración del orden social y la protección del buen funcionamiento de la Administración, de modo que no estaría justificado en estos supuestos el doble reproche punitivo. En estos casos cuando la condena penal ha contemplado expresamente la condición de funcionario, la imposición de una **sanción disciplinaria** supondría una vulneración del bis in idem.

112

Precisiones En este sentido, por ejemplo, **no se admite la dualidad sancionadora** cuando la condición de funcionario público es una circunstancia que determina la existencia de relevancia penal (TS cont-adm 16-12-08, EDJ 314103). El tipo penal incluye, como uno de sus elementos la condición de funcionario del autor, lo que evidencia que el interés protegido es el servido en general por la Administración, dándose así la coincidencia con el **interés tutelado en el orden disciplinario**, concurriendo por tanto los elementos de identidad precisos para el juego del principio non bis in idem (TS Sala cont-adm 3-3-97, EDJ 1638).

114 Como circunstancia sobreañadida a la acción cometida Partiendo de que estamos ante delitos relacionados con el servicio que se cometen **prevaliéndose de la condición funcional**, nos encontraríamos ante distintas lesiones de bienes jurídicos y, por tanto, **distintas vulneraciones** del ordenamiento jurídico, siendo que, además, en estos supuestos la condición funcional justificaría una mayor reprochabilidad de la conducta. Se trata, por tanto, de **delitos comunes**, que podría cometer cualquiera que no tuviera la condición de funcionario pero que, en la medida en que concurre dicha condición, sí son susceptibles de una mayor penalidad. Cabe por tanto concluir en estos supuestos estará justificada la **dualidad sancionadora** sin riesgo de incurrir en vulneración del bis in idem si bien habrá que acreditar que se ha causado un daño a la Administración y que el reproche penal no ha incluido pena accesoria que ya castigue el interés lesionado de la Administración.

116 **Precisiones** 1) Siendo el **interés jurídico protegido** determinante a la hora de dilucidar si ha habido o no vulneración del principio non bis in idem, debe tenerse en cuenta que el bien jurídico protegido en cada infracción penal no viene determinado por la condición del sujeto activo, sino por aquel **valor social o individual** cuya lesión o puesta en peligro encarna la acción típica de la infracción y que, un elemento interpretativo importante a la hora de llegar a dicha determinación será la rúbrica de los títulos en los que se inserta el tipo penal o administrativo de que se trate.
2) Tradicionalmente la doctrina administrativista ha señalado como ejemplos de **relaciones de sujeción especial** donde, con los matices que se acaban de exponer, podría darse la dualidad sancionadora o excepción al principio del non bis in idem, además del supuesto clásico del funcionario, el del empleado público laboral respecto a la imposición de sanciones por parte de la Administración como empleadora, el del interno en centro penitenciario respecto a la imposición de sanciones de régimen interior sujetas al control del juez de vigilancia **penitenciaria** y el de los concesionarios de servicios públicos, sujetos a los poderes de la Administración relativos a la revocación o extinción administrativa de la concesión o la imposición de sanciones, según en qué supuestos.

SECCIÓN 2

Concepto de funcionario público

125	A. Requisitos	130
	B. Figuras afines	215
	C. Concepto de funcionario en los elementos del delito	235

128 La definición **administrativa** de funcionarios de carrera como quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente (RDLeg 5/2015 art.9.1) no es aplicable al ámbito penal (TS 26-4-16, EDJ 47590 –caso Inalsa–).

El concepto **penal** del término es más amplio, autónomo y funcional que el administrativo al no exigir nombramiento por disposición legal, vinculación a Administración pública, retribución ni permanencia.

Tiene una definición **propia y autónoma** como todo el que:

- por disposición inmediata de la Ley;
- por elección; o
- por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas (CP art.24.2).

Por tanto, no se trata de una **norma penal en blanco** que haya de ser integrada por las disposiciones de derecho administrativo (TS 23-3-05, EDJ 157539).

Se consagra una concepción funcional del término en el que lo relevante es la **protección de bien jurídico afectado**, la función pública, en sus diferentes facetas y modos de operar (TS 27-1-03, EDJ 1013; 4-12-01, EDJ 48546).

Lo que define al funcionario público a efectos penales es su **participación en la función pública**, independientemente de su vestidura formal (TS 4-12-02, EDJ 55553).

A. Presupuestos

(CP art.24.2)

Se establecen dos presupuestos para la definición del funcionario público:

- uno relativo, consistente en el **acceso** por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente; y
- otro esencial, que se basa en la **participación** en el ejercicio de funciones públicas.

130

1. Título de acceso a la función pública

La jurisprudencia no considera un elemento esencial para definir al funcionario a efectos penales el acceso a la función pública por alguna de las tres vías señaladas en el Código Penal. Puede ser funcionario el que no se encuentre en ninguno de los tres supuestos. Basta con el **desempeño efectivo de funciones públicas** mediante la apariencia de un ejercicio legítimo del mismo.

132

Por disposición inmediata de la ley En la actualidad no existe en el ordenamiento jurídico español supuestos de nombramientos directos de funcionarios por «disposición legal», lo que dejaría vacía de contenido esta previsión. Para evitarlo, se consideran funcionarios por disposición inmediata de la ley:

134

1. Los **funcionarios de carrera**, definidos como quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública (RDLeg 5/2015 art.9.1). La disposición inmediata de la ley se refiere al acto de nombramiento por la que se constituye la relación de servicio del funcionario público concurriendo los **requisitos** del Estatuto Básico del Empleado Público: titulación, superación de proceso selectivo, publicación y toma de posesión. Prima en estos empleados como **título de acceso** la superación de pruebas selectivas sobre la concreta autoridad que acuerda el nombramiento.

2. Un sector de la doctrina considera encuadrados en este supuesto los **nombramientos por disposición legal** en sentido amplio (normas reglamentarias: decretos, órdenes ministeriales, etc), como ocurre con los ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, etc. (Del Toro). Otros autores entienden que dicho inciso carece de sustantividad propia, no siendo más que el soporte normativo para las otras dos formas acceso: **elección y nombramiento**.

3. Eventuales **procesos de nacionalización o estatalización** por disposición legal de servicios, actividades o profesionales que originalmente se considerasen ajenos a la función pública, podrían determinar la adquisición de la condición de funcionario de quién no lo era con anterioridad (servicios financieros, inmobiliarios, energéticos, etc). El personal comprendido en dicho proceso asumiría la condición de funcionario público a efectos penales.

Por elección Comprende a todas aquellas personas que han accedido a la función pública mediante un proceso de votación, **sin exigirse sufragio universal o popular** en la elección: alcaldes, diputados provinciales, miembros de juntas de facultad, claustros universitarios, decanos de colegios profesionales (TS 9-7-02).

136

Los **alcaldes** son funcionarios públicos por elección, adquiriendo la responsabilidad de gobernar adoptando decisiones que tienen la forma de verdaderas resoluciones o acuerdos (TS 4-4-16, EDJ 34073). No es aun funcionario el **concejal** que comete falsedad en la declaración de bienes patrimoniales y participaciones sociales antes a la toma de posesión (LBRL art.75.7; TS 25-4-18, EDJ 59010). Como excepción, sí cabe imputar el carácter de funcionario al **concejal electo**, aunque no haya tomado posesión de su cargo, por hechos que suponen participación en su función pública: compra de voto a cambio de dinero y el acceso a cargos públicos de libre designación (TS

19-12-00, EDJ 44297); Presidente de la Diputación Provincial y senador (TS auto 4-10-07). concejal de Sanidad (TS 10-7-18, EDJ 522522).

138 Por nombramiento de autoridad competente Funcionarios interinos, eventuales, personal laboral temporal e indefinido, que tras el procedimiento selectivo o de contratación de personal, son designados por la autoridad con potestad legal o apoderado para ello. También puede mediar una **relación civil** (contrato de arrendamiento de servicios), **mercantil** (contrato de directivo) o **administrativa** (concesionarios de servicios públicos). Nada importa en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que sea, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (TS 4-12-01; 11-10-93), resultando suficiente un **contrato laboral** o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (TS 27-1-03, EDJ 1013). Tan funcionario es el titular, o de «carrera» como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al **servicio de entes públicos**, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia (TS 14-2-17, EDJ 9497).

Son funcionarios a efectos penales el **personal laboral** (TS 27-1-03, EDJ 1013), **internos y sustitutos** (TS 26-10-12; 23-12-04, EDJ 234841).

El momento relevante para atribuir la condición de funcionario es el de la **toma de posesión** o aceptación del cargo. No obstante, cabe anticipar el carácter de funcionario a un momento anterior cuando se trate de conductas que supongan participación en la función pública (concejal electo que ha tomado posesión (TS 19-12-00).

Se atribuye la condición de funcionario a quién ha sido nombrado y ejerce funciones públicas, aunque concurren **defectos en el proceso de selección**, causas de nulidad o anulabilidad en el nombramiento (TS 23-5-05, EDJ 157539), o incluso si ha sido ilícito.

El **funcionario de mero hecho** (sin título o nombramiento), debe entenderse también que desempeña una función pública, aunque no reúna todas las calificaciones o legitimaciones requeridas (TS 30-9-92, existiendo excepciones: TS 8-5-44, sustituto de facto de un cartero rural absuelto de un delito de malversación), debiendo contar con la aquiescencia activa o simplemente permisiva de los responsables directos del funcionamiento de un determinado servicio administrativo (TS 9-6-99, EDJ 9248). En caso contrario, la conducta puede ser constitutiva de un delito de usurpación de funciones.

2. Participación en funciones públicas

145 La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud, entendiendo que son funciones públicas las realizadas por entes públicos y desarrolladas con la pretensión de **satisfacer intereses públicos**, extendiendo esta calificación a supuestos en que la participación en funciones públicas es meramente indirecta o colateral. La jurisprudencia utiliza dos criterios para definir la función pública, el formal y el material.

a. Función pública formal

148 Desde un punto de vista formal se ha entendido que se califican como funciones públicas las actividades de los **entes que forman parte del sector público** en sentido amplio. En consecuencia, el personal encuadrado en cualquiera de las diferentes instituciones que constituyen el sector público, tendría la condición de funcionario. En todo caso, será funcionario el **personal de las Administraciones públicas** (LRJSP art.2): Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y Administración local: personal laboral de ayuntamiento (TS 10-7-00), funcionarios docentes y sanitarios de centros públicos (FGE Consulta 2/2008, 25-11-08; TS 7-11-01), miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado,

comunidades autónomas y entidades locales, consejeros de comunidades autónomas, directores generales, etc.

La jurisprudencia penal ha extendido el ámbito subjetivo del concepto de funcionario a la **Administración institucional**, que comprende todas las entidades delimitadas, entre otras, por la LGP art.2 (nº 550 s. Memento Administrativo 2019). La complejidad y diversidad de entes han convertido en un instrumento fundamental para su localización y catalogación las **publicaciones e inventarios** de entes de los portales de transparencia de las diferentes Administraciones públicas (INVESPE, inventario de entes del sector público estatal; inventario de entes dependientes de las comunidades autónomas; inventarios de las comunidades autónomas, etc.).

Organismos públicos vinculados o dependientes de las Administraciones públicas 150

Se clasifican en:

Organismos autónomos Se consideran tales, entre otras, el Consejo Municipal de Deportes del Ayuntamiento (TS 24-4-07, EDJ 28991), confederaciones hidrográficas (TS 17-11-05, EDJ 207184), gerencias municipales de urbanismo, Instituto Nacional de Empleo-INE- (TS 12-6-90), museos, Mutualidad General Funcionarios Civiles del Estado-MUFACE-, Mutualidad General Judicial-MUGEJU, Servicio Público de Empleo, servicios de salud de comunidades autónomas, parques naturales (TS 6-11-06, EDJ 337352), delito de atentado del que fue víctima el director-conservador de un parque natural]. 152

Entidades públicas empresariales Puede citarse: cohecho y falsedad documental de exgerente de mantenimiento de ADIF (AP Huesca 28-3-18, EDJ 76397); AENA (controladores aéreos: AP Baleares auto 10-5-17, EDJ 57201); Loterías y Apuestas del Estado (titular de administración de loterías: TS 23-12-04, EDJ 234841), Instituto de Crédito Oficial-ICO-, Consorcio de Compensación de Seguros, etc. 154

Autoridades administrativas independientes Entre ellas se encuentran: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Comisión Nacional del Mercado de Valores (AP Madrid auto 9-12-09, EDJ 361953), Consejo de Seguridad Nuclear, etc. 156

Sociedades mercantiles La comisión de delitos por **empleados de empresas públicas** es la que ha motivado la ampliación del concepto de funcionario en el ámbito penal, evitando que la huida del derecho administrativo a través de diferentes fórmulas directas o indirectas de gestión pública pudiera sustraer del ámbito penal la protección del bien jurídico protegido, cual es la función pública. Los **instrumentos** fundamentales empleados por la jurisprudencia para definir a los empleados de sociedades mercantiles como funcionarios son la procedencia de los fondos financieros, composición del accionariado, poder de decisión, autoridad que acuerda o propone los nombramientos, y la función pública desarrollada. 158

El carácter de funcionario del personal de **empresas con capital social íntegramente público** fue reconocido por la jurisprudencia de forma prematura. Pero la jurisprudencia no fue uniforme en cuanto al reconocimiento de tal carácter a los **empleados de empresas de economía mixta**; sociedades en las que la participación pública podía llegar a ser minoritaria.

Precisiones La reciente jurisprudencia negaba el carácter de funcionario al personal de empresas de economía mixta, cuando la **participación pública no era mayoritaria** (TS 7-10-14, EDJ 172612; 28-2-14, EDJ 33339; 11-3-15, EDJ 28163). Esta jurisprudencia ha sido superada por el Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 25-5-17, EDJ 232079; TS 13-7-17, EDJ 133404; 7-9-17, EDJ 175658.

Fondos públicos de empresas mixtas En lo que respecta al carácter público o privado de los caudales de una sociedad mixta, el Tribunal Supremo delimita con claridad los **requisitos** para considerar los fondos de las empresas mixtas como públicos, y en consecuencia, anudar la condición de funcionario a su personal (Acuerdo TS Pleno no Jurisdiccional 25-5-17, EDJ 232079): 160

a) Cuando su **capital es íntegramente público**. Esto es, cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas (Estado y otras Administraciones u organismos públicos).

b) Cuando su **capital es mayoritariamente público**. La composición del **accionariado** puede ser total o parcialmente pública, siendo posible su constitución por cualquier Administración pública. La sociedad puede estar participada por la Administración General del Estado (TS 22-4-04, EDJ 238787 –Improasa–), una comunidad autónoma (TS 28-2-14, EDJ 33339 –Bitel–) y la Administración local (TS 16-5-14, EDJ 79217 –Mercasevilla–). Se considera que la totalidad del capital social es público cuando los accionistas son entes dependientes o vinculados a una Administración pública, aunque tengan forma de sociedades anónimas (Mercasevilla, participada por Ayuntamiento de Sevilla, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación a través del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA): TS 16-5-14, EDJ 79217). Las **cajas de ahorros** no se consideran participes públicos a estos efectos (TS 13-7-17, EDJ 133404). La **participación de empresas municipales** en la totalidad del capital de otra empresa municipal se estima como pública (TS 7-9-17, EDJ 175658).

162 c) Siempre que la sociedad pueda ser considerada como **pública en atención a las circunstancias concretas**, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:

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

En ausencia de capital mayoritario público, el elemento esencial para definir el carácter público de las funciones que desarrolla una empresa es la naturaleza de su **objeto social**. Si a través de su actividad se satisfacen necesidades de interés general, la empresa participa en la función pública y su personal tendrá la consideración de funcionario (nº 185).

Tratándose de **sociedades de economía mixta** (con participación privada), sus trabajadores, directores y presidentes tendrán carácter de funcionarios cuando estas empresas participen en el ejercicio de funciones públicas –suministro y abastecimiento de agua, alumbrado, servicios funerarios, etc– (TS 27-1-03, EDJ 1589). Incluso siendo dudosa la naturaleza pública de la actividad desarrollada, el **carácter público del capital** determina que los empleados sean considerados funcionarios (son funcionarios los empleados de empresas públicas promotoras inmobiliarias: –Plaza SA–, empresa que pese a tener una actividad propiamente privada –promueve parcelas, reparte dividendos, tiene ánimo de lucro–, su capital es público (TS 13-7-17, EDJ 133404).

165 2. Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a **órganos de control, inspección, intervención** o fiscalización del Estado o de otras Administraciones públicas.

Los presidentes, consejeros o directores de empresas públicas son funcionarios a efectos penales aunque su **nombramiento** se haya sujetado al ordenamiento jurídico privado, acordándose por el accionista, junta general, administradores, consejo de administración u órgano competente conforme al RDLeg 1/2010 y RD 1784/1996 –RRM–. Se produce una suerte de levantamiento del velo, teniendo la consideración de funcionario cuando la decisión procede, aún de forma indirecta, de la autoridad pública con potestad para ello. La **junta general y administradores** no son más que un instrumento para ejecutar las decisiones de la autoridad pública (TS 11-3-15, EDJ 28163 –Caso Rilco–; TS 26-4-16, EDJ 47590 –Caso Inalsa–).

El **grado de control** que ejerce la Administración accionista sobre la empresa pública a través de instrucciones, nombramientos, avocación de decisiones, fiscalización de la actividad y cuentas de la sociedad es otro elemento que delimita el carácter funcional de sus empleados.