UNIVERSIDAD
DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
PROGRAMA DE DOCTORADO CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS CARGOS PÚBLICOS

Doctoranda: Susana Esther Castillo Ramos-Bossini

Directora de la Tesis doctoral: Francisca Villalba Pérez

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Susana Esther Castillo Ramos-Bossini
ISBN: 978-84-1195-496-9
URI: https://hdl.handle.net/10481/96689

ÍNDICE

ABREVIATURAS 8

INTRODUCCIÓN 10

CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ALTO CARGO 20

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS. 23
1.1 Los principios jurídicos que conforman el ejercicio del poder público y su responsabilidad: especial referencia a los principios de legalidad, objetividad e interdicción de la arbitrariedad. 23
1.2 Las modalidades de responsabilidad de los poderes públicos: delimitación del objeto de estudio. 33
2. ¿ES LA RELACIÓN DEL ALTO CARGO DE SUJECCIÓN ESPECIAL? NATURALEZA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALTOS CARGOS. 40
2.1 Las relaciones de sujeción especial y su aplicabilidad a los altos cargos. 40
2.2 Las consecuencias que se derivan de esa relación especial de sujeción a los efectos de la responsabilidad. 56
2.3 El fundamento y la finalidad de la responsabilidad de los altos cargos. 59
BIBLIOGRAFIA. 69

CAPÍTULO SEGUNDO. ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: EL "ALTO CARGO" 78

1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO: EL IMPRECISO CONCEPTO DE ALTO CARGO Y SU CONCEPCIÓN FUNCIONAL. 79
1.1 Concepto de alto cargo en la Administración General del Estado y deslinde de figuras afines. 79
1.1.1 La frontera existente entre el alto cargo y el personal directivo profesional. 86
1.1.2 El personal eventual: personal de confianza, pero no de gestión de las políticas públicas. 93
1.2 El concepto de alto cargo en la normativa autonómica. 104
1.3 El concepto de alto cargo en el ámbito de las Entidades Locales. 107
1.3.1 Los miembros electos de las entidades locales y los miembros de la Junta de Gobierno Local. 109
1.3.2 "Los asimilados": en especial el personal directivo de las entidades locales. 112
2. DESIGNACIÓN Y NOMBRAMIENTO DEL ALTO CARGO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONCEPTOS DE IDONEIDAD Y HONORABILIDAD 116
2.1 Requisitos para designación del alto cargo 116
2.2 Procedimiento de designación 126
2.3. Nombramiento y toma de posesión del alto cargo 128
3. REGIMEN JURÍDICO Y PRINCIPIOS RECTORES QUE RIGEN EL EJERCICIO DEL ALTO CARGO A EFECTOS DE SU RESPONSABILIDAD 130

3.1 Las actividades y actuaciones de los altos cargos: su sujeción al Derecho 130
3.2 Principios rectores de la actuación del alto cargo 133
3.2.1 Principio de Eficacia 138
3.2.2 Principio de Objetividad, imparcialidad y neutralidad 142
3.2.3 Principio de Integridad 148
3.2.4 Principio de Transparencia 150
BIBLIOGRAFIA 156

CAPÍTULO TERCERO. ELEMENTO OBJETIVO: RÉGIMEN DE DESEMPEÑO DEL ALTO CARGO 163

1. RÉGIMEN DE DEDICACIÓN DEL ALTO CARGO 165
1.1. La dedicación exclusiva de los altos cargos 165
1.2 La regla de la retribución única 169
1.3 La percepción de regalos o servicios 170
2. LIMITACIÓN DE ACTIVIDADES DURANTE EL EJERCICIO DEL ALTO CARGO 173
2.1 Actividades públicas compatibles 177
2.2 Actividades privadas compatibles 181
3. EL RÉGIMEN DE CONTROL DEL SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES 187
3.1 Declaraciones de actividades, de bienes y derechos 187
3.2 Autorización para el ejercicio de actividades compatibles 191
4. LIMITACIÓN DE ACTIVIDADES TRAS EL CESE DEL ALTO CARGO 193
5. LOS CONFLICTOS DE INTERÉS 199
5.1 Concepto y evolución 199
5.2 La regulación establecida en la normativa estatal y autonómica 201
5.2.1 El conflicto de interés y su expresión en el procedimiento administrativo: abstención y recusación 209
5.2.2 El conflicto de interés en la contratación pública 217
BIBLIOGRAFIA 229

CAPÍTULO CUARTO. RESPONSABILIDAD E INTEGRIDAD: LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL 233

1. INTRODUCCIÓN 234
2. LOS MODELOS COMPARADOS 238
2.1. La Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF) 238
2.2. El modelo italiano 243
2.3. El modelo portugués 246
3. LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO 255
3.1. El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude 257
3.2. La Oficina de Conflictos de Intereses creada por la LACAGE y sus antecedentes 262
3.3. Agencia Independiente de Protección del Denunciante 271
4. LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS 278
4.1. La Oficina Antifraude de Cataluña 279
4.2. La Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana 282

4.3. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares 285
4.4. La Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra 286
4.5. La Agencia de Integridad y Ética pública de Aragón 289
4.6. La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción 291
5. LOS ÓRGANOS MUNICIPALES 297
5.1 Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid 297
5.2 Oficina para la Transparencia y las Buenas Prácticas del Ayuntamiento de Barcelona 299
6. RECOPILACIÓN Y SÍNTESIS: ¿DISPONEMOS DE UNA ORGANIZACIÓN ADECUADA PARA LA ACTUACIÓN PREVENTIVA Y CORRECTIVA EN MATERIA DE INTEGRIDAD? 300
BIBLIOGRAFIA 304

CAPÍTULO QUINTO. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES DE LOS ALTOS CARGOS 307

1. INTRODUCCIÓN: NATURALEZA Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LAS INFRACCIONES DE LOS ALTOS CARGOS 308
2. LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ALTOS CARGOS 314
2.1. Las infracciones disciplinarias de los altos cargos en la legislación estatal 314
2.1.1 Infracciones muy graves 319
2.1.2 Infracciones graves 335
2.1.3 Infracciones leves 339
2.2 Reiteración y reincidencia en la conducta infractora 339
2.3 Las infracciones disciplinarias de los altos cargos en la legislación autonómica 340
3. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ESTABLECIDAS EN MATERIA DE INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERÉS 347
3.1 Las infracciones sobre conflictos de intereses e incompatibilidades en la legislación estatal 347
3.2 Las infracciones sobre conflictos de intereses e incompatibilidades en la legislación autonómica 353
3.3 ¿Existen infracciones en el ámbito local en materia de incompatibilidades y conflictos de interés? 359
4. LAS INFRACCIONES en MATERIA ECONÓMICO-FINANCIERA 363
4.1 Un breve apunte sobre la conciliación entre la normativa presupuestaria y la de buen gobierno: procedencia o no de esta tipificación 367
4.2. Los tipos económico-financieros 370
5. LAS SANCIONES ESTABLECIDAS PARA LOS ALTOS CARGOS 381
5.1 El cuadro general sancionatorio establecido en el ámbito estatal y autonómico 381
5.3 Los tipos sancionatorios comunes establecidos en las normas estatales y autonómicas 385
5.3 La graduación de las sanciones 389
6. PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD Y CANCELACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES 391

6.1 La prescripción de infracciones y sanciones 391
6.2 La caducidad 393
6.3 La cancelación de las sanciones 394

BIBLIOGRAFIA 395

CAPÍTULO SEXTO. LOS PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN DE LAS CONDUCTAS CONTRARIAS AL BUEN GOBIERNO 398

1. LOS INSTRUMENTOS PREVENTIVOS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA Y A LOS PLANES ANTIFRAUDE EN EJECUCIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS 401
1.1 Los códigos éticos y de conducta 402
1.2 Un caso específico de actuación preventiva: los Planes Antifraude en ejecución de fondos europeos 410
2. LA RELACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD 416
2.1 La virtualidad del principio non bis in ídem en la exigencia de responsabilidad al alto cargo 416
2.2 Las nuevas orientaciones derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 430
2.3 La existencia de otros procedimientos de exigencia de responsabilidad y su compatibilidad con los tipos infractores de la LTBG 440
2.3.1 Responsabilidad penal 440
2.3.2 Responsabilidad contable 441
2.3.3 Responsabilidad derivada de otros procedimientos sancionadores 442
2.3.4 La responsabilidad derivada de la legislación presupuestaria 443
2.4. Recapitulación y síntesis: ¿deberíamos abordar una reforma en lo que se refiere a la compatibilidad de responsabilidades exigibles a los altos cargos? 444
3. ASPECTOS COMPETENCIALES Y PROCEDIMENTALES DE RELEVANCIA EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A LOS CARGOS PÚBLICOS 448
3.1 La competencia para la exigencia de responsabilidad 449
3.1.1 La Administración General del Estado 449
3.1.2 Las Comunidades Autónomas 450
3.1.3 Las Entidades Locales 462
3.2 El procedimiento de exigencia de responsabilidad: especial referencia a la iniciación del procedimiento sancionador 465
3.2.1 ¿Cuál es la naturaleza del procedimiento: sancionador o disciplinario? 465
3.2.2 La denuncia de los ciudadanos y la legislación de protección al denunciante 468
3.2.3 La función de las Agencias Antifraude: ¿petición razonada de otros órganos? 478
3.2.4 Las actuaciones de oficio de los órganos competentes para el inicio del procedimiento sancionador: especial referencia a las actuaciones previas o informativas preliminares 481
BIBLIOGRAFIA 487

CONCLUSIONES 493

RESUMO E CONCLUSÕES 512

BIBLIOGRAFIA GENERAL 534

ABREVIATURAS

ANAC	Autoridad Nacional Anticorrupción de Italia
Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AVAF	Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española de 1978
CC	Código Civil
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CPC	Consejo de Prevención de la Corrupción de Portugal
CTBG	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FEDECA	Federación de Cuerpos Superiores de la Administración
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción
FJ	Fundamento Jurídico
LACAGE	Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LIAC	Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LMRFP	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
LTBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

MENAC	Mecanismo Nacional Anticorrupción de Portugal
OAC	Oficina Antifraude de Cataluña
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OCI	Oficina de Conflictos de Intereses
OLAF	Oficina Europea de lucha contra el Fraude
RD	Real Decreto
Rec.	Recurso
SNCA	Servicio Nacional de Coordinación Antifraude
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TREBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
UCLAF	Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude de la Secretaría General de la Comisión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

1. Concreción del objeto de estudio

La responsabilidad del Estado y de las personas a su servicio constituye un principio fundamental del Derecho público de cualquier país. Desde luego, dicho principio es esencial en todo Estado de Derecho y en toda sociedad que pretenda regirse por el principio democrático y aspire a un adecuado funcionamiento de las instituciones que conforman el poder público. Y es que la actitud recta y ejemplar de los cargos públicos es condición previa y esencial para el correcto desempeño de las labores de Gobierno y de Administración Es un clásico referirse al cuadro de Lorenzetti que luce en el *Palazzo Comunale* de Siena que fue descrito por GARCIA PELAYO como imagen del buen gobierno "la justicia, iluminada por la sabiduría, integra a los hombres en la concordia, y desde ella en la corporación o cuerpo místico de la comuna bajo el gobierno impersonal y abstracto del bien común, el cual, constantemente inspirado por las virtudes políticas, asegura un orden pacífico del que se excluye toda violencia, salvo a los malhechores, y obtiene sin presión los impuestos de los ciudadanos"[1].

No cabe duda que la responsabilidad de los poderes públicos es un principio clave para el desarrollo y progreso de las sociedades democráticas al aportar confianza y seguridad de los ciudadanos sobre sus instituciones públicas, reforzando su buena imagen y reputación. Y contribuye a conformar las condiciones esenciales y necesarias para que el Gobierno y la Administración puedan ser considerados como buen gobierno y buena administración.
El reto es conseguir el necesario equilibrio entre la responsabilidad y la protección de la ciudadanía frente a conductas irregulares de los altos cargos y del personal al servicio de la Administración (sujetos a una relación laboral o estatutaria). Cuyo nivel de armonía y de proporción se alcanzó con la atribución a los ciudadanos de la posibilidad de dirigirse directamente al Estado para exigir la reparación del daño causado, aun cuando dicho daño se haya producido por conductas dolosas o negligentes de ese personal, sin perjuicio, de que, en determinados casos, los cargos y empleados públicos hayan de responder vía acciones de regreso o vía sancionadora/disciplinaria.

La irrupción en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen administrativo de responsabilidad de los altos cargos para conseguir un correcto ejercicio de sus funciones a través de la Ley 19/2013, 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTBG), y de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (en adelante, LCAGE), que en la actualidad pervive junto a la responsabilidad penal y contable, supuso la respuestas del legislador contemporáneo a distintas circunstancias, entre la que no fue menor la crisis económica gestada a partir de 2008, que determinó mayores niveles de exigencia de la ciudadanía en el comportamiento de las autoridades públicas reclamándoles un mayor compromiso con la ética y la integridad. De esta forma, en el ámbito político, su principal manifestación se produjo con el denominado movimiento 15-M que, a su vez, tuvo como resultado más relevante la fragmentación del espectro político con la aparición de nuevas fuerzas políticas que, en sus programas,

[1] GARCÍA-PELAYO, M (2009): "El buen y el mal gobierno", *Obras completas*, II, CEPC, Madrid, 2009, p. 1239.

incluyeron la idea de exigencia de integridad como un elemento esencial de su acción política.

Y es que los efectos de dicha crisis se manifestaron en distintas direcciones. En lo que afecta a este estudio singularmente es de destacar la disminución de la credibilidad de la ciudadanía en las instituciones básicas de la vida democrática, sobre todo, la referida a la confianza en la denominada clase política. Los estudios demoscópicos del CIS desde hace años son bastante elocuentes y muestran hasta qué punto la ciudadanía ha perdido la confianza en los partidos políticos y en los propios responsables y cargos públicos.

A título de ejemplo, en el barómetro del CIS (marzo 2016) los ciudadanos mantenían una elevada preocupación por la corrupción y el fraude (47,5%), pero es que años después consideraron, en determinados momentos, a los "políticos" como el segundo problema nacional con un 49´5 % de los encuestados (enero de 2020). Ambos problemas en la percepción de la ciudadanía española solo eran superados por el desempleo. Por su parte, la ONG *Transparency International*, en el ranking global que elabora cada año sobre el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), señala en el informe correspondiente al año 2021, últimos datos disponibles en el momento de elaborar este trabajo, que España había descendido un punto con respecto al año anterior (61 puntos), situándose por debajo de países como Portugal, Lituania o Corea del Sur. Una mayor puntuación significa menor percepción de corrupción, siendo así que, una economía como la española, que se posiciona entre las 15 primeras del mundo no debiera estar por debajo de los 70 puntos. En el ranking global del IPC España alcanza la posición 34/180**,** junto a Lituania. Y en el ámbito de la Unión Europea el puesto 14/27, habiendo bajado igualmente dos posiciones con respecto al año anterior.

Se podría pensar que estos datos no son extremadamente significativos, que al fin y al cabo se trata de la disminución de un punto en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC). Sin embargo, al menos en mi opinión, una correcta lectura de dichos datos proporciona cierta inquietud y preocupación y son una llamada de atención a no bajar la guardia sobre la exigencia de integridad en el manejo del erario público y en el correcto ejercicio del poder público. Y han sido determinantes a la hora de formular la hipótesis que mantenemos en este trabajo: la legislación aprobada en materia de buen gobierno, y más en concreto la referida a la exigencia de responsabilidad administrativa de los altos cargos, parece que no está consiguiendo los objetivos propuestos ni ofreciendo los resultados esperados. Al menos por ahora, y mucho nos tememos que, con el actual marco normativo, difícilmente los ofrecerá a medio y largo plazo, dada la artificiosa, asistemática y confusa regulación de su régimen sancionador. Basta leer el Informe del Tribunal de Cuentas nº 1418, de 22 de diciembre de 2020, sobre fiscalización del cumplimiento de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno en las entidades locales, del que nos haremos eco a lo largo de este estudio, y que nos ha permitido con datos detectar graves carencias en el funcionamiento efectivo del sistema sancionador establecido.

Y si ciertamente la existencia de un régimen sancionador no es condición suficiente para la prevención de conductas irregulares, y que es necesario e imprescindible construir y potenciar una cultura general de integridad pública que contemple un abanico de instrumentos dirigido a la prevención y a la gestión de riesgos, conviene no minusvalorar la importancia del funcionamiento correcto y efectivo de un aparato sancionador como instrumento disuasorio de las conductas que resulten contrarias al sistema normativo establecido. Es evidente que tener conciencia de la existencia de un sistema eficaz de

represión y la generalización de actuaciones profesionales correctas y adecuadas suelen extrapolarse a los destinatarios de las normas, que de forma generalizada tenderán a cumplirlas de forma habitual, voluntaria y espontánea para tratar de evitar, en último término, ser objeto de una sanción. A *sensu* contrario, si el régimen sancionador no es el adecuado, y si además no existe un sistema preventivo de integridad pública lo suficientemente vigoroso y correctamente articulado cómo sucede en nuestro caso, lo más probable es que los valores y principios que pretende proteger la responsabilidad de los altos cargos queden al más completo albur. No cabe duda que la impunidad produce un efecto contagio.

2. Hipótesis a la que intentamos dar respuesta el presente estudio.

Es conocida la frase de SENECA de que no hay buen viento para quien no sabe a donde se dirige. Y es que, desde el principio con la ayuda de mis compañeros del proyecto de investigación, y muy singularmente de mi Directora de Tesis, la profesora Villalba, consideré esencial aclarar y saber qué me proponía con este estudio y cuáles eran los objetivos generales y específicos a perseguir, ya que de ello dependía, en buena medida, los medios y métodos a utilizar. Soy consciente de que la seriedad y rigor de un trabajo de investigación están directamente vinculados y estrechamente unidos a un correcto planteamiento del objeto de estudio, de las cuestiones que suscita su aplicación, y de los problemas que intenta resolver. Es decir, era muy consciente de la importancia de tener claro el qué y el porqué de mi investigación.

Vayamos al porqué. La selección del objeto de estudio parte de mi compromiso y de un especial interés por el funcionamiento de nuestro Estado de Derecho y del sistema político que la CE instauró en 1978. Interés que puse de manifiesto con un trabajo de investigación previo al inicio de esta Tesis Doctoral publicado en la Revista Andaluza de Administración Pública. A ello contribuyó también la enorme y grata satisfacción que obtuve con el otorgamiento de una Beca Predoctoral de Formación del Personal Investigador (FPI), a través del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Economía y Competitividad sobre "la lucha por la ética y contra la corrupción: empleo y contratación del sector público, urbanismo y actividad de fomento de los poderes locales" (DER2016-79920-R), que fue la causa determinante que motivó la elección del tema objeto de estudio de la presente tesis doctoral.

Y es que la aparición de una hornada de normas sobre buen gobierno, a nivel estatal y autonómico, que articulan hoy el sistema de responsabilidad administrativa exigible a los cargos públicos por un irregular desempeño de sus funciones, puso de relieve implícitamente varias cuestiones: la primera, el deterioro institucional público producido como consecuencia de la poco ejemplar conducta de los cargos públicos; la segunda, la preocupación de la clase política por el desafecto que los ciudadanos mostraban respecto del ejercicio de las funciones políticas; y la tercera, la constatación de la ausencia de un sistema de integridad pública que propiciaba y favorecía cierta sensación de impunidad. Cuestiones, que no parece que se hayan conseguido revertir, a pesar de que la situación afecta a los cimientos básicos y esenciales del sistema democrático.

La pregunta, por tanto, que precede a la hipótesis formulada no puede ser otra que la siguiente: ¿cumple el régimen sancionador establecido en la LTBG y en la LACAGE la función esperada en relación a la integridad y al buen gobierno de los altos cargo?, ¿Son

estas cualidades y principios los que presiden el ejercicio de sus funciones? A este interrogante intentaremos dar cumplida respuesta a lo largo de nuestro trabajo y será una de las cuestiones que primigeniamente abordaremos en los distintos capítulos y epígrafes que lo conforman.

Como afirmación provisoria podemos adelantar nuestra percepción: de poco ha servido la regulación de la responsabilidad administrativa de los altos cargos al no cumplir la función esencial para la que fue concebida y aprobada. La duplicidad de regímenes sancionadores contemplados en la LTBG y la LACAGE, dirigidos a un mismo personal, los altos cargos, con un importante número de remisiones, no aportan claridad y seguridad jurídicas. El sistema de integridad pública instaurado cuenta con notorias deficiencias que han sido puestas de manifiesto por la doctrina y, en algunos casos, por la jurisprudencia. No existen instrumentos preventivos de gestión de riesgos, y faltan herramientas eficaces de tipo reactivas tendentes a exigir la responsabilidad por incumplimientos normativos y por el uso irregular de los recursos y del patrimonio público. A ello se le añade la ausencia de una estrategia nacional contra la corrupción. Y estas deficiencias y ausencias, no cabe duda, que redundan en acrecentar y favorecer el deterioro institucional público y aumentan la desconfianza de los ciudadanos en las autoridades públicas.

Por todo ello, hemos intentado que la elaboración de este trabajo no se ciña exclusivamente a la descripción de un mero estudio monográfico lo más amplio y comprensivo posible de una institución o categoría jurídica, que también lo pretendemos, sino que, aprovechando el esfuerzo investigador, nos hemos preguntado si el modelo normativo dirigidos a los altos cargos potencia y garantiza la integridad y las prácticas de buen gobierno. Tratando de explicar y comprobar el cómo y el porqué del funcionamiento de un sistema, el sistema represivo de los altos cargos, ante la falta de integridad pública. De tal manera que sus resultados sirvan para afrontar un problema que no es otro sino plantearnos si es útil y eficaz, o si, por el contrario, nos encontramos ante un sistema represivo meramente estético. Sin olvidar la concreción de las posibles causas que motivan dichas deficiencias. Para que, eventualmente, ante cualquier reforma normativa que se decidiera emprender, las hipotéticas modificaciones puedan enfocarse en la buena dirección Por todo ello nuestro trabajo pretende ser, desde esta perspectiva, y en la medida de lo posible, un trabajo de investigación útil.

3. La estructura del estudio realizado.

La contestación a la pregunta efectuada y la constatación o no de la hipótesis requiere analizar un conjunto de cuestiones que son las que componen el cuerpo teórico conceptual de este estudio, y nos permitirán al finalizarlo dar una cumplida respuesta. Pero para ello, es necesario indagar sobre dos líneas de trabajo o bloques temáticos, que serán objeto de análisis en los distintos capítulos. El primero de ellos, referido al estatuto jurídico de los altos cargos a fin de determinar qué ha de protegerse y con qué intensidad a través del sistema de responsabilidad administrativa, con la finalidad de preservar los bienes jurídicos derivados de dicho estatuto. Y un segundo bloque relativo al régimen sancionador mediante un estudio exhaustivo de las infracciones y la imposición de las correspondientes sanciones, así como la determinación de los problemas que plantea la convivencia de este tipo de responsabilidad junto a otro tipo de responsabilidades jurídicas, como la penal o la contable, sin olvidarnos de las singularidades propias que

presentan los procedimientos para su exigencia. Ambos bloques quedan estrechamente entrelazados, la articulación del segundo está directamente relacionado y vinculado a los contenidos del primero para poder concretar si se adecúa o no a los mismos.

Con esta orientación, el Capítulo Primero trata sobre la naturaleza jurídica y el fundamento de la responsabilidad administrativa de los altos cargos. Y para ello era necesario realizar un breve recorrido sobre los principios constitucionales en los que se fundamenta que, a nuestro juicio, son fundamentalmente: los principios de legalidad, responsabilidad, objetividad, e interdicción de la arbitrariedad. que sustentan al que podríamos denominar ordenamiento jurídico de la integridad en nuestro texto constitucional y que también sostienen el modelo de integridad de los cargos públicos.

Con la finalidad de dar respuesta a la naturaleza de este tipo de responsabilidad, nos adentramos a estudiar si la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción es o no apropiada para caracterizar este tipo de responsabilidad y, sobre todo, qué consecuencias puede tener dicha caracterización. Y es que la posición institucional del cargo público y del alto cargo, las limitaciones a sus derechos, y las exigencias de ciertos comportamientos en su forma de actuar, nos inducen a considerar que en esta categoría jurídica pueden encontrar su más adecuada explicación. Por muy discutida que haya sido y sea en la actualidad.

Seguidamente abordamos las distintas clases de responsabilidades a las que están sujetos con la intención de delimitar la responsabilidad administrativa respecto del resto de responsabilidades en que pueden incurrir los poderes y cargos públicos que, en última instancia, derivan del principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Sin olvidar la responsabilidad política en la que pueden incurrir algunos de ellos, que está íntimamente relacionada con los demás tipos de responsabilidad, a pesar de no tratarse de una responsabilidad de tipo jurídico.
Poco después tratamos de delimitar la distinción realizada por la doctrina francesa entre la noción de falta de servicio o funcionamiento anormal de la Administración pública (*faute de service*), y la noción de falta personal (*faute personnelle*), que, aunque relacionadas entre sí, pueden, perfectamente, delimitarse para aprehender de forma más correcta nuestro objeto de estudio.

Y finaliza el Capítulo Primero con la concreción del fundamento y la finalidad que persigue la responsabilidad administrativa de los altos cargos que, como explicaremos oportunamente, integra el estatuto de Buen Gobierno y de Buena Administración.

En el Capítulo Segundo, y derivada de la naturaleza de la relación que con la que hemos caracterizado la relación de servicio de los altos cargos, nos preguntaremos por el impreciso concepto de alto cargo a fin de determinar quién queda incluido dentro de dicha categoría a la que se asignan especiales cometidos, pero también, y como ya se ha apuntado, ciertas limitaciones.

Tras ello, y ya profundizando en el contenido de esa especial relación, analizaremos los principios por los que se ha de guiar su actuación ya que de éstos se derivan determinadas obligaciones que afectan directamente a su régimen jurídico, algunas de ellas de carácter constitucional, y cuya infracción determina incurrir en la responsabilidad que es el objeto de estudio de esta tesis doctoral.

Precisamente por ello, y ya en el Capítulo Tercero, dedicamos una especial atención al *status* jurídico derivado de esa situación en la que se encuentran los cargos públicos, netamente distinguible de aquella que puede predicarse de los empleados públicos, y en el que encontraremos la razón de ser de muchos de los tipos infractores establecidos. Y es que cómo podrá comprobarse el ejercicio de sus funciones comporta determinadas exigencias en cuanto a su nombramiento, pero también ciertas limitaciones durante el ejercicio de su mandato y con posterioridad al mismo. Por lo que nos adentramos a analizar los requisitos de su nombramiento o designación; el régimen de incompatibilidades; y los conflictos de interés en los que puedan incurrir, con especial referencia a su actuación en el marco de la contratación del sector público.

El Capítulo Cuarto, y de forma previa al análisis del régimen de infracciones y sanciones y de las cuestiones procedimentales que con cierta relevancia acontecen en la exigencia de esta responsabilidad, se dedica a abordar la arquitectura institucional establecida en nuestro ordenamiento para hacer efectiva la responsabilidad administrativa en que pueden incurrir dichos cargos estudiando para ello los modelos comparados, el modelo estatal, el autonómico y algunas iniciativas acontecidas en el ámbito local. Poniendo una especial atención sobre la organización administrativa establecida, que no debe ser considerada como una cuestión menor, ni mucho menos, pues, la exigencia de responsabilidad a los cargos públicos no debe depender de la voluntad política. De ahí que nos planteemos si disponemos o no de un verdadero aparato institucional coherente para hacer efectiva dicha responsabilidad, dotado de autonomía e independencia orgánicas y funcionales, y sin las innecesarias y habituales duplicidades. De ello dependerá en gran medida la efectividad del sistema, no solo del sistema preventivo sino también del reaccional.

El Capítulo Quinto es el encargado, tal como anteriormente aludimos, de estudiar las infracciones y sanciones establecidas específicamente para los cargos públicos. Y en él abordamos en primer término los bienes jurídicos que se intentan proteger, es decir, si son idénticos en las distintas modalidades de infracciones establecidas en la legislación o si por el contrario son distintos. Seguidamente, y en el mismo capítulo, analizamos las distintas clases de infracciones establecidas: las disciplinarias; las relativas a las incompatibilidades y los conflictos de interés; y, por último, las infracciones que podemos denominar como económico-financieras. A lo largo de este capítulo trataremos también de discernir el grado de coherencia con que vienen establecidas dado que se contemplan simultáneamente en el ámbito estatal y autonómico, su idoneidad y acierto para la consecución de los objetivos propuestos y si se puede o no constatar insuficiencias en el sistema establecido.

En ese mismo capítulo, junto a las infracciones, nos ocupamos también de examinar si el modelo sancionador cuenta con la necesaria y suficiente contundencia para ser efectivo, sin perjuicio, claro está, de las exigencias impuestas por el principio de proporcionalidad en esta materia. Si se trata de un modelo sancionador coherente y está correctamente concebido.

Una vez estudiado el sistema reactivo nos quedaba por analizar cómo se encuentra en nuestro país el sistema preventivo de protección del correcto ejercicio del cargo público o alto cargo, tema al que dedicamos el Capítulo Sexto. Y en él intentamos poner de relieve si disponemos o no de un modelo preventivo propio, previamente pensado, definido y elaborado, o, más bien, hemos ido incorporando elementos aislados que, formando parte del principio de integridad, no establecen una visión general del mismo como

recomiendan los organismos internacionales. Junto al ello realizamos un breve recorridos sobre todos aquellos factores, elementos y aspectos que de forma preventiva aportan mayor garantía y protección al sistema público de integridad institucional y al modelo de buen gobierno. Con especial referencia a las agencias autonómicas antifraude, y los códigos de conducta, por su específica interrelación con la responsabilidad administrativa sancionadora.

Son también objeto de especial atención en este capítulo las cuestiones procedimentales que, con carácter singular y específico, aparecen en los procedimientos de exigencia de responsabilidad. La primera de ellas, la concurrencia y la compatibilidad de responsabilidades en los distintos ámbitos que nuestro ordenamiento jurídico prevé en materia de integridad. La cuestión reviste especial importancia y a ella hemos dedicado distintas reflexiones confrontando el ordenamiento jurídico español con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Adicionalmente estudiamos en este último capítulo las distintas instituciones y trámites que aparecen con singularidad específica en este procedimiento de carácter sancionador/disciplinario y que, desde mi punto de vista, plantean una especial relevancia en cuanto a la principal carencia de éste que, como se explica y ya se ha dejado apuntado, es precisamente su escasa aplicación.

Y el examen conjunto de todas las cuestiones expuestas sobre el régimen jurídico de los altos cargos y su específico modelo sancionador, nos permitirá al final de este trabajo emitir determinadas consideraciones o propuestas constructivas con la finalidad de dar cumplida y detallada respuesta a la hipótesis inicial formulada.

4. La metodología seguida para la realización de la tesis.

Si bien puede afirmarse la existencia de una metodología de investigación de carácter universal, lo cierto es que la doctrina científica del mundo del Derecho pone de relieve la necesaria existencia de una específica metodología de investigación jurídica. Baste referirnos en este punto a LARENZ [2]. Una metodología que procura solucionar los problemas derivados de las labores de la investigación, y que, como colofón, aporta nuevos conocimientos gracias a la explicación y la interpretación de las normas jurídicas y de su confrontación con la realidad social en la que recaen.

Ciertamente una investigación en Derecho no puede sino tener al sistema normativo como referencia necesaria e inexcusable, pero en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, como el modelo constitucional español, otras fuentes cómo los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, y las aportaciones de las organizaciones internacionales, son un complemento imprescindible a la hora de analizar las cuestiones planteadas y proponer medidas de mejora. El Derecho, tal y como proclama nuestra Constitución, no tiene por objeto exclusivo al sistema normativo, no puede reducirse a la mera interpretación de un texto legal, aunque también, sino que exige tener en cuenta

[2] LARENZ, K. (1966): *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

las aportaciones de la doctrina científica, los valores sociales y atender a los elementos y aspectos fácticos.

De esta forma, una tesis doctoral en Derecho necesariamente ha de afrontar el planteamiento inicial de los problemas que intenta mejorar, indagando sobre sus bases teóricas dentro del marco normativo en el que se integra, y analizar su coherencia e idoneidad. Así como concretar los objetivos generales y específicos que pretende perseguir y, lógicamente, y como resultado concluir con unas propuestas y recomendaciones que sean útiles para mejorar la institución jurídica estudiada. Este itinerario o cauce jurídico ha sido la piedra angular que ha guiado la metodología utilizada en este trabajo de investigación.

Si hubiera que caracterizar la metodología que hemos seguido tendríamos que señalar con WITKER a los métodos jurídico-comparativo; jurídico-descriptivo; jurídico-prospectivo; y, por último, jurídico-propositivo[3]. Intentando en todo momento que las proposiciones, afirmaciones y críticas realizadas constituyan verdaderas interpretaciones jurídico-hermenéuticas de carácter objetivo, siempre claro está que estén correctamente formuladas y fundamentadas.

Hemos realizado, por tanto, en algunas ocasiones un estudio y análisis mediante el método inductivo (de lo particular a lo general), en otras, a través de un razonamiento deductivo (de lo general a lo particular mediante reglas lógicas), e incluso mediante un análisis prospectivo (pronósticos a futuro mediante tendencias), sin dejar atrás las reglas de Derecho comparado y la perspectiva histórico-jurídica. Y todo ello bajo técnicas de investigación dogmática de *lege data* y *lege ferenda* sobre las fuentes normativas utilizadas, siendo la LACAGE, la LTBG y la normativa autonómica en esta materia, el esqueleto normativo que vehicula y articula nuestro objeto de estudio, y que mantiene una constante conexión con el resto de normas.

De las anteriores orientaciones y perspectivas nos han interesado especialmente las reglas de Derecho comparado, dado el carácter de esta tesis doctoral que aspira a conseguir una mención internacional, recogida en las normas de los estudios de doctorado. El ordenamiento jurídico portugués, que tuve la oportunidad de conocer a través de una estancia de investigación de la mano del Profesor Costa en la Universidad de Coímbra, ha tenido un peso e importancia relevante en la elaboración de los contenidos de este trabajo. El estatuto jurídico de los altos cargos en Portugal, la naturaleza jurídica de su responsabilidad, la arquitectura institucional establecida para preservar la integridad, y los conflictos de interés, con especial referencia en la contratación pública, han sido una constante fuente de inspiración, tal como reflejamos a lo largo de este estudio.

Me gustaría significar también que alguno de los elementos que conforman el realismo jurídico como doctrina filosófica han tenido cierta influencia en la metodología de investigación utilizada, en cuanto que hemos considerado que la ciencia jurídica debe realizar un análisis objetivo y rigurosamente científico de la realidad sobre la que el Derecho actúa.

En definitiva, el trabajo cotidiano y diario de elaboración de este trabajo lo hemos llevado a cabo mediante la sistematización y organización de los datos que ofrece el sistema

[3] WITKER, J. (1991): *Cómo elaborar una tesis en derecho, pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Ciudad de México: Civitas.

normativo y su contextualización, con la finalidad de construir los conceptos y las categorías jurídicas. Comparando los modelos y sistemas del ordenamiento jurídico portugués y los que nos ofrecen los distintos niveles territoriales españoles, en la búsqueda de las soluciones más adecuadas. Es decir, mediante la elaboración de proposiciones y propuestas a partir de un análisis funcional sobre los objetivos perseguidos. Y bajo técnicas de razonamiento lógico, tan propias de las ciencias sociales y jurídicas, como son las técnicas de carácter inductivo, que partiendo de premisas concretas nos facilitasen llegar a una conclusión general, o de técnicas deductivas a partir de la identificación y análisis de principios generales para poder llegar a conclusiones concretas.

CAPÍTULO PRIMERO:
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ALTO CARGO.

La legislación española contemporánea ha abordado muy recientemente la responsabilidad administrativa de los cargos públicos. Y es que, si salvamos la materia relativa a las incompatibilidades en el ejercicio de la función en que a lo largo de la década de los noventa, surgirán distintas normas que abordan dicha cuestión, la responsabilidad administrativa referida a la integridad en el ejercicio de su función ha estado carente de regulación explícita en nuestro ordenamiento si salvamos algunas instituciones de nuestra legislación histórica que si establecieron un sistema de exigencia de responsabilidad administrativa. En efecto, y aún con altibajos y claroscuros, históricamente los cargos públicos de nuestro país fueron objeto de vigilancia y control y, en ese sentido, el Derecho indiano y castellano abordó el denominado juicio de residencia[4], u otras instituciones como la toma de cuentas o la pesquisa[5].

No ha sido el caso, ciertamente, de la responsabilidad penal o contable que, tanto en la legislación criminal o de cuentas, habían encontrado fundamento, tanto en la Constitución como en los correspondientes textos normativos[6]. O de la propia responsabilidad política

[4] Y es que, en efecto, el Derecho indiano y castellano contempló, como una manifestación de exigencia de responsabilidad a los cargos públicos, los denominados "juicio de residencia". A este juicio debían de someterte todo tipo de cargos públicos: virreyes, presidentes de audiencia, gobernadores, alcaldes, alguaciles, etc.

Los juicios consistían en un procedimiento judicial, que acontecía cuando el funcionario terminaba su desempeño, a fin de evitar su influencia en el desarrollo del mismo, que procedía a analizar las actuaciones desarrolladas durante el ejercicio del mismo y atender cualquier cargo que se hubiese realizado en su contra pudiéndose imponer distintas sanciones de las cuales la más habitual era la multa. El inicio del citado proceso tenía dos consecuencias fundamentales: la primera, consistente en que el cargo público era obligado a permanecer en el lugar donde había ejercido este; la segunda se manifestaba en la prohibición de asumir una nueva responsabilidad pública hasta tanto el procedimiento se declaraba concluso. Las sanciones, por su parte, podían ser de distinta naturaleza, aunque normalmente consistían en multa, pero podían llegar a la inhabilitación temporal y perpetua en casos extremos.

Pueden verse los trabajos de VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M. (2008): *Juicio a un conquistador, Pedro de Alvarado: su proceso de residencia en Guatemala (1536-1538)*, Marcial Pons, Madrid, pp. 69-122; y de SMIETNIANSK S. (2007): "El juicio de residencia como ritual político en la colonia (Gobernación de Tucuman, siglo XVIII)", *Memoria Americana,* núm. 15, Buenos Aires. Esta última autora destaca que: "Desde los inicios de la colonización española, la Monarquía contó con diversas instituciones que, nacidas en la península en tiempos medievales, fueron trasladas a América con el propósito de contribuir al control de los funcionarios y al mejoramiento del gobierno indiano. El juicio de residencia constituía así una institución orientada a enmendar y limitar las arbitrariedades que los funcionarios públicos pudieran cometer durante el ejercicio de sus cargos. Los juicios de residencia se realizaban en todo el ámbito de la Corona española y a funcionarios de todas las jerarquías, una vez que habían finalizado sus respectivos mandatos". Por su calidad y rigor científico es de destacar respecto de esta institución el trabajo de GONZÁLEZ ALONSO, B. (1978): "El juicio de residencia en Castilla I: origen y evolución hasta 1480", *Anuario de historia del derecho español,* núm. 48, pp. 193-248 en el que pone de manifiesto como dicha institución encuentra su origen en Las Partidas.

[5] A estos efectos, cabe remitirse a los trabajos de GONZÁLEZ ALONSO, B. (2000): "Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, pp. 253 y 254 o GARRIGA, C. (1991): "Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la <<visita>> del Ordenamiento de Toledo (1480)", *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. 61, p. 226 y del mismo autor GARRIGA, C. (2017): "Crimen corruptionis . Justicia y corrupción en la cultura del Iuscommune (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)", en *Revista Complutense de Historia de América* núm. 43.

[6] En materia de responsabilidad contable el art. 49 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTC), establece que "la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector

que, por su propia naturaleza, tiene cauces formales a través del control parlamentario como pueden ser la moción de censura o la cuestión de confianza, e informales cómo pueda ser la suspensión de militancia de cargos públicos a resultas de la apertura de eventuales procesos penales[7].

Los episodios de conductas irregulares de los cargos públicos que, con especial virulencia, surgieron en nuestro país en las últimas dos décadas fueron determinantes para un cambio de perspectiva en la exigencia de esa responsabilidad. Y es que es precisamente este hecho aludido el que será determinante para que, en distintas facetas del denominado "buen gobierno", se abordase por el legislador estatal, también por los legisladores autonómicos, la tarea de poner coto a ese vacío de exigencia de responsabilidad administrativa y de integridad en la vida pública. Desde 2013, como es conocido, se han aprobado un buen número de normas que abordan las exigencias de transparencia en la actuación administrativa, la participación de los ciudadanos en las tareas públicas más allá de las técnicas de la democracia representativa y la exigencia, bajo amenaza de sanción, de conductas integras e irreprochables. A lo largo de este estudio, ya lo hemos apuntado en la Introducción, veremos con qué fortuna se ha realizado en lo que respecta a este último aspecto y habremos de cuestionarnos si los resultados avalan su mantenimiento o se requeriría una profunda reforma de la misma o, en caso contrario, su eventual supresión y sustitución por otros mecanismos.

Esa sensibilidad sobre las exigencias de integridad en la vida pública se pone de manifiesto con solo dar un pequeño repaso a la regulación establecida. En efecto, de acuerdo con lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (en adelante, LACAGE)[8], un alto cargo, por la responsabilidad que conlleva y la relevancia de las funciones que desempeña, sólo puede ser ejercido por personas que, constatada su competencia personal y profesional, respeten el marco jurídico que regule el desarrollo de su actividad, con vistas a garantizar que el nombramiento, así como el ejercicio del cargo, se realiza con las máximas condiciones de objetividad, transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas. Para ello, la norma introduce el concepto de honorabilidad que, junto al de idoneidad del cargo, son requisitos para su nombramiento y, adicionalmente, establece las causas por las que se considera que no concurren y, por consiguiente, no podrá considerarse una persona idónea para el desempeño del cargo.

público o, en su caso, a las personas o entidades perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector".
En el ámbito penal, por su parte, se establecen dos tipos de delitos: por un lado, y en relación con lo empleados públicos el Título XIX del Código Penal se dedica a los "Delitos de los funcionarios"; de otro, el Capítulo V del Título XXI, aborda los que se denominan **"**De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales". Obviamente todo ello sin perjuicio de aquellos delitos que puedan cometer a título personal y no en el ejercicio de sus cargos.

[7] En cualquier caso, dicha responsabilidad ha distado mucho de dejar satisfecha a la doctrina que, con cierta razón, se ha preguntado si en verdad puede hablarse de responsabilidad política. Por todos puede verse el trabajo de BUSTOS GISBERT, R. (2001): *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Colex, Madrid.

[8] Véase el Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla los títulos Preliminar, II y III de la LACAGE.

Esta loable manifestación del legislador, repleta, eso sí, de conceptos jurídicos indeterminados[9], y los efectos anejos que implica para la delimitación de su responsabilidad, nos obligará a analizar el concepto legal de alto cargo, la forma de designación y, la naturaleza jurídica y el contenido de las funciones que ejerce. Pero eso lo abordaremos en un siguiente capítulo sobre el régimen jurídico del alto cargo. Toca ahora referirnos a la naturaleza y fundamento de esa responsabilidad y a su caracterización ya que de ello derivaran importantes consecuencias en relación a aspectos esenciales de ésta y al alcance y vigencia de determinados principios que han de presidir el régimen jurídico de ésta.

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS.

1.1 Los principios jurídicos que conforman el ejercicio del poder público y su responsabilidad: especial referencia a los principios de legalidad, objetividad e interdicción de la arbitrariedad.

El régimen de responsabilidad de los poderes públicos viene encabezado, en nuestro país, por una serie de principios jurídicos proclamados por nuestra Constitución de 1978. Cabe recordar que los principios generales del Derecho son parte de las fuentes del Derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.4 del CC, y su función es eminentemente supletoria de otras fuentes como son las normas escritas o la costumbre. Sin embargo, tienen gran relevancia en nuestro ordenamiento, pues actúan informándolo, organizándolo, dándole un sentido de totalidad al mismo evitando lagunas y marcando una guía de actuación para los poderes públicos. Son reglas jurídicas en sentido estricto que se revelan de gran ayuda y recobran mucha fuerza actualmente a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico.

Los principios generales del Derecho juegan, por ello, una función fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y cobran una especial relevancia, sobre todo hoy día, en que éste se nos presenta fragmentado y atomizado y, como es conocido, se añade a ello una hiperregulación. Y es que el Derecho, como parece obvio, que busca hacer efectivo el principio de justicia material y ordenar las relaciones sociales, no puede limitarse a una aplicación meramente automática de la letra de la Ley[10]. Y es que, como señala CASTILLO BLANCO[11]: "Desde SANTO TOMÁS a LARENZ y STAMMLER, pasando incluso por IHERING, la evolución de la doctrina científica ha tenido que reconocer

[9] De más está referirnos a la abstracción que implica la utilización de esa técnica por el legislador que hunde sus raíces en la doctrina alemana *Unbestimmte Rechtsbegriffe*. Baste para ello remitirnos a la clásica obra de SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, pp. 67 y ss. y, especialmente, 191 y ss., o la no menos reseñable obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998): *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, pp. 232 y ss.

[7] En este sentido, señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): "Principio de Legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, p. 14, en relación al contenido del artículo 103 CE somete a la Administración a la Ley y al Derecho, ha declarado que "Examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto que presupone de manera inequívoca por el uso gramatical de la conjunción "y" que existe un Derecho simplemente, y que la Ley no es el único origen del Derecho para el sistema constitucional, que *ius y lex* no se corresponden y se confunden, según el dogma central del positivismo)".

[11] CASTILLO BLANCO, F.A. (2002): "Presentación: El Principio de Seguridad Jurídica y sus manifestaciones", *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, p. 9.

finalmente que el conocimiento integral del Derecho exige la reflexión sobre los valores jurídicos en que se asienta la sociedad"[12].

La búsqueda de la solución justa en el caso concreto, exige acudir, en múltiples ocasiones, a los principios generales del Derecho como representación jurídica general que define las opciones básicas de un sistema jurídico. No estamos así frente a una teoría inútil en la vida diaria sino, como certeramente pusiera de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, algo que encontramos en la práctica jurídica real. En consecuencia, de acuerdo con dicho autor, la inexcusabilidad de estos principios generales sigue siendo el gran obstáculo para que cualquier concepción positivista del Derecho que intente reducirlo al contenido estricto de las leyes pueda prevalecer[13].

Hay que reconocer, eso sí, que la doctrina más autorizada (RIVERO, GARRIDO FALLA, GARCÍA DE ENTERRÍA…) le ha concedido a los principios un valor distinto según se trate, o no, de normas con rango de ley y su positivación, o no, en normas constitucionales. En cualquier caso, es del todo indiscutible que los principios, cuando están reconocidos en la Constitución o se derivan de esta, pueden obligar por encima, inclusive, de leyes y reglamentos.

En este sentido, nuestra Constitución no duda en proclamar que el poder público tiene su fuente u origen en la soberanía nacional, que reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art.1.2 CE). Y este poder, encargado y encomendado por el pueblo (fiduciario), ha de ser ejercido de acuerdo con la Constitución y las leyes, sirviendo con objetividad al interés general, según establecen los artículos 97 y 103.1 de la Constitución[14]. Este es, en una apretada síntesis, el marco conformador del ejercicio del poder en nuestra Constitución[15].

Y esta primigenia configuración jurídica del ejercicio del poder en el texto constitucional nos ayuda también a delimitar su responsabilidad. Así, la Constitución en su artículo 9.3 garantiza, entre otros, el principio de legalidad, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; el art. 103, por su parte, subraya que "la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho"; asimismo, el art. 106 encomienda a los Tribunales de justicia que controlen la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, quedando sometido este control "únicamente al imperio de la

[12] Como ya explicó certeramente BELADIEZ ROJO, ha existido un proceso de transformación en el entendimiento de la doctrina en relación a los principios jurídicos y señaló al respecto, siguiendo en este punto a GARCÍA DE ENTERRÍA, que el Derecho debe reflejar aquello que sea jurídicamente más preciado en el pensamiento jurídico general, sólo de esta forma podrá ser legítimo. BELADIEZ ROJO, M. (1994): *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid.

[13] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994): "Prólogo", en BELADIEZ ROJO *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, p. 15.

[14] En este sentido, la mejor doctrina ha señalado que "las potestades públicas y, en particular, las administrativas son siempre serviciales o fiduciarias". Es decir, que "el ordenamiento no permite que sus titulares las ejerzan para su provecho o beneficio, sino siempre para atender y satisfacer intereses ajenos, los intereses comunes de los ciudadanos, denominados en las leyes habitualmente intereses generales. El art. 103.1 de la Constitución se refiere a esta posibilidad servicial de la Administración Pública, otorgándole el máximo rango normativo posible: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales". Véase MUÑOZ MACHADO, S. (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general. Tomo I.* Thomson Civitas. Madrid, p. 513.

[15] En contraposición con el poder arbitrario e ilegal que sirve a los intereses particulares del Gobierno y sus miembros.

Ley" (art. 117); y, en último término, el artículo 106.2 sienta el paradigma de que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos[16].

Como se deduce de dichos preceptos, la Constitución no sólo establece una serie de normas jurídicas, sino que también positiviza y constitucionaliza los principios jurídicos que configuran nuestro Estado de Derecho y que deben ser respetados por todos los poderes del Estado[17], y en lo que nos atañe, tanto por el Gobierno como por la Administración. Así, el Tribunal Constitucional en la STC 4/1981, de 2 de febrero (rec. de inconstitucionalidad 186/1980) señaló en su F.J.1º que "los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico (…) que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos". Señalando, con posterioridad, en la STC 48/2003, de 12 de marzo (rec. de inconstitucionalidad 5550-2002), que "la Constitución proclama determinados principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a las normas concretas y específicas. Son los principios constitucionales (…) que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto esta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos" (F.J. 7º)[18].

Dejada constancia de la relevancia que tienen los principios generales del Derecho constitucionalizados en el funcionamiento de nuestro Estado de Derecho y, por tanto, en

[16] En sentido parecido se pronuncia el artículo 121 CE al enunciar la responsabilidad del Estado por los daños causados como consecuencia de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

[17] En torno al tema puede consultarse, sin ánimo de ser exhaustivos, los siguientes trabajos: ARCE FLOREZ-VALDEZ, J. (1990): *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Edit. Civitas, Madrid; BELADIEZ ROJO, M. (1994): *Los principios jurídicos*, Edit. Tecnos, Madrid; CLAVERO ARÉVALO, M. (1952): "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 7; DE LA CRUZ FERRER, J. (1986): "La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho público francés", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 111; ESSER, E. (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Edit. Bosch, Barcelona; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): "Principio de legalidad, Estado Material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Documentación Científica (REDC)*, núm. 10; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Edit. Civitas, Cizur Menor; GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1989): *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Edit. Civitas, Madrid; MESCHERIAKOFF, A.F. (1976): "La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence recente", *L'actualité juridique. Droit Administratif (AJDA)*; RIVERO. J. (1951): "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*", Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 6.

[18] Asimismo, la STC 16/1982, de 28 de abril (rec. de amparo2/1981), estableció en su F.J.1º que "conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la CE). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (...), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 de la CE)".

el ejercicio del poder público[19], pasamos a analizar brevemente aquellos que constitucionalmente presiden la actuación y el régimen de responsabilidad de los poderes públicos, expresión que afecta tanto a los entes como a los órganos que configuran el entramado institucional del poder ejecutivo y de los que se derivan el resto de subprincipios atinentes a la responsabilidad de estos[20].

Y no está de más referirnos al principio de legalidad en primer término que supone su marco configurador y habilitador dado que la eficacia predicada constitucionalmente no puede ser tildada de indiferente, sino más bien los poderes públicos, para ser eficaces, han de sujetarse en primer término al ordenamiento jurídico[21]. Varios preceptos se refieren al mismo. Así tanto el art. 9.1 CE, donde se recoge el enunciado más amplio y general del principio, como el artículo 9.3 CE que lo incluye de forma más literal y expresa, pasando por el art. 103.1 CE que somete plenamente a la Administración a la ley y al Derecho[22], y el art. 97.1 CE que atribuye al Gobierno el ejercicio de la función ejecutiva de acuerdo con la ley y la Constitución, son expresivos de la relevancia de este principio al referirnos a la actuación de los poderes públicos.

[19] No en vano, la LACAGE somete el ejercicio de sus funciones (artículo 3.1), además de a las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a los siguientes principios:
a) Interés general: servirán con objetividad a los intereses generales.
b) Integridad: actuarán con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflictos de intereses.
c) Objetividad: adoptarán sus decisiones al margen de cualquier factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares, o cualesquiera otras que puedan estar en colisión con este principio.
d) Transparencia y responsabilidad: adoptarán sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción.
e) Austeridad: gestionarán los recursos públicos con eficiencia y racionalizando el gasto.

[20] En cuanto al concepto de poder público, la STC 35/1983, de 11 de mayo (rec. de amparo 142-1982), acogió una concepción muy extensa de esta expresión, y así señaló en su F.J.3º que "la noción de poderes públicos que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo. Esta noción no es sin duda coincidente con la de servicio público, pero lo «público» establece entre ambas una conexión que tampoco cabe desconocer, pues las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas por ello, y con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los «poderes públicos». Esta relación se hace tanto más intensa, como es obvio, cuanto mayor sea la participación del poder en la determinación de las condiciones en las que el servicio ha de prestarse y en la creación, organización y dirección de los entes o establecimientos que deben prestarlo. Cuando el servicio queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el poder público, no cabe duda de que este es el que actúa, a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente. La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del derecho privado y que se sometan a este los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero esta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, según dispone el art. 53.1 de esta y, en consecuencia, los ciudadanos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales frente a los actos del poder".

[21] Como con acierto señaló PAREJO ALFONSO, L. (1989): "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública, *Revista de Documentación Administrativa*, núm. 218-219, pp. 15-65.

[22] Según señala SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010): "Legalidad y sometimiento a la ley y al Derecho", *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (libro colectivo dirigido por SANTAMARÍA PASTOR, J.M.), La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, p.55, "Esta es la cláusula primordial del Estado de Derecho, la que sanciona, en una versión actualizada, el principio de legalidad de la Administración que, como puede entenderse, es la piedra angular de todo el Derecho administrativo desde su origen".

Es este principio, como apuntábamos, la clave de bóveda donde se asienta el marco jurídico de actuación de los poderes públicos y de los cargos públicos hemos de añadir[23]. Así lo señala, precisamente, el Diccionario Jurídico de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial que definen el principio de legalidad en el Derecho Administrativo como un "principio conectado con la idea de que los poderes públicos actúan dentro de los límites que las leyes establecen y, en particular, la Administración, en los términos concretos en que la ley se lo permite, parámetro del que se sirven los jueces y tribunales para controlar las decisiones de la Administración".

El Tribunal Constitucional, en este mismo sentido, había afirmado en la Sentencia 108/1986, de 29 de julio (rec. de inconstitucionalidad 839/1985), que el principio de legalidad es un dogma básico del sistema liberal democrático. Por tanto, informa todo el ordenamiento jurídico y afecta a todas las ramas del Derecho. Asimismo, la STC 42/2014, de 25 de marzo (impugnación de disposiciones autonómicas 1389-2013), proclamó en su F.J.4º que "en el principio de legalidad se manifiesta la preeminencia del Derecho, entendido, en este contexto, como la subordinación a la Constitución, así como al resto del ordenamiento jurídico. La primacía incondicional de la Constitución requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres o ámbitos de inmunidad frente a ella. De esta manera se protege también el principio democrático, pues la garantía de la integridad de la Constitución ha de ser vista, a su vez, como preservación del respeto debido a la voluntad popular, en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política".

Es más, como ha destacado MUÑOZ MACHADO, "la sustancia del principio de legalidad toca de cerca el problema esencial de la articulación entre los tres poderes del Estado. Es preciso mantenerlos en equilibrio y preservar para cada uno de ellos la función que más se le acomoda. No es bueno que el legislador estreche demasiado el campo propio de la actuación administrativa, ni tampoco que los Tribunales, con el pretexto de mantener la legalidad, sustituyan las decisiones de la Administración con las suyas propias, sobre todo cuando aquéllas se adoptan dentro de los márgenes de oportunidad que ella maneja, con mejor criterio y medios"[24].

Y este principio toma una especial relevancia en el actuar de la Administración Pública. Tal como destacó en su día GARRIDO FALLA, el principio de legalidad significa, "de un lado, la sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general, y de otro, la sumisión de los órganos que dictan disposiciones generales al ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho"[25]. Es decir, se distingue en el principio, según la jurisprudencia constitucional[26], dos vertientes: una, la vertiente material que se concreta en que el contenido de la legalidad se impone al Gobierno y a la Administración de forma tal que sería invalida cualquier actuación de los mismos en contra de este principio; y una vertiente formal que se reconduce, en lo esencial, a que una Ley solo puede ser modificada por otra.

[23] No en vano, la LACAGE expone en su preámbulo que "Un alto cargo, por la responsabilidad que conlleva y la relevancia de las funciones que desempeña, sólo puede ser ejercido por personas que, constatada su competencia personal y profesional, respeten el marco jurídico que regule el desarrollo de su actividad".

[24] MUÑOZ MACHADO, S. (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general. Tomo I.* Thomson Civitas. Madrid, p. 327.

[25] GARRIDO FALLA, F. (1985): "El artículo 103.1". *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo.* Civitas, Madrid.

[26] Entre otras, STC 42/1987, de 7 de abril (rec. de amparo 520/85).

Aunque en el siguiente capítulo nos ocuparemos de ello con mayor profundidad, debemos aclarar, no obstante, que la tradicional concepción de este principio en el Estado Liberal de Derecho, respecto de la vinculación que el poder ejecutivo (Gobierno y Administración) tengan en relación al mismo, ha sufrido una clara evolución en el Estado Social y Democrático de Derecho, de la que advertiremos al analizar el régimen jurídico de actuación de los cargos públicos.

De otro lado, y habiendo dado somera cuenta de las exigencias que impone el principio de legalidad, es preciso referirse a otro de los principios que se enumeran en el artículo 9.3 de la Constitución: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en el cual también encuentra fundamento la actuación y la correlativa exigencia de responsabilidad de los poderes públicos. Ha sido precisamente RIVERO ORTEGA quien ha señalado que el principio de interdicción de la arbitrariedad en realidad está conectado con el principio de responsabilidad enunciado en el artículo 9 CE. Y entiende esto porque, más que la perspectiva clásica indemnizatoria que se le ha dado por diversos autores a este último principio, la clave estaría orientada, sobre todo, al control del poder[27].

La interdicción de la arbitrariedad se configura por la Constitución como un mecanismo al servicio del control de la actuación de los poderes públicos[28]. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, muy certeramente, ha señalado que "lo que la prohibición de la arbitrariedad condena es, justamente, la falta de un fundamento objetivo; la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o por su capricho, simplemente. Exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presentes los valores superiores del ordenamiento jurídico que formula su artículo 1°, como los menores, presentes cada uno en las distintas ramas del Derecho y en todas y cada una de sus instituciones. Si nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (el cual opera en cuanto tal como agente del Derecho) debe dominar la totalidad de sus decisiones"[29].

También MUÑOZ MACHADO se ha ocupado del principio de interdicción de la arbitrariedad afirmando que "una decisión de cualquier poder público se considera arbitraria cuando no es el resultado de un proceso de aplicación de las reglas del ordenamiento, sino el fruto de una manifestación de la voluntad particular del órgano que la adopta, sin una cobertura razonable en la Constitución o en las demás reglas que constituye el Derecho vigente en un momento dado" [30]. Y destaca que la cuestión reside, esencialmente, en detectar cuándo el apartamiento del Derecho sería suficientemente

[27] RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, p. 246. Asimismo, añade que "no solo es importante atender al daño; también lo es prevenirlo mediante una garantía de respuesta jurídica frente a quien, bien por dolo, o por negligencia, vulnera gravemente sus compromisos institucionales".

[28] Este principio fue primeramente acuñado en Alemania por LEIBHOLZ en 1928, y posteriormente acogido y desarrollado en España por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991): "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?". *Revista de* administración *pública*, núm. 124, p. 225 siendo además este autor el responsable de su introducción en el artículo 9.3 de la Constitución Española, con oposición de algún autor, como RUBIO LLORENTE, F. (1990), Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en la obra colectiva *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, págs. 91 y ss. que ha mantenido que el mismo quedaba ya formulado en el artículo 14 CE.

[29] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991): "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?". *Revista de* administración *pública*, núm. 124, p. 225.

[30] MUÑOZ MACHADO, S. (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general. Tomo I.* Thomson Civitas. Madrid, p. 570.

importante como para que la decisión pudiera considerarse arbitraria e incurriera en la prohibición que recoge el art. 9.3 de la Constitución. Además, establece, a tenor de la jurisprudencia, los test utilizados para medir dicha arbitrariedad, a saber:

- concurriría cuando, por ejemplo, la actuación o decisión de cualquier poder público no encuentra fundamento en las normas porque las consecuencias que se extraen de sus determinaciones no son racionales;
- también cuando al aplicar una regla de derecho se infringen otros principios, como el de igualdad o el de proporcionalidad; o,
- en el caso de que el órgano que decide incurriera en manifiesto error de hecho al aplicar previsiones normativas; o,
- si contando con la posibilidad de optar por varias soluciones no se fundamenta o motiva razonablemente la elección; o
- el razonamiento es manifiestamente inaceptable por su incoherencia, o
- por no haber tenido en cuenta opciones más relevantes;
- por conducir a resultados absurdos, etc.

El Tribunal Constitucional ha venido a definir este concepto señalando que "la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad"[31].

Por otro lado, el Tribunal Supremo también ha subsumido los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad dentro de los principios del buen gobierno y de la buena administración, y es que, no cabe duda, para que existan una buena gobernanza y una buena administración, debe haber, en primer término, un comportamiento objetivo e imparcial por parte de los cargos públicos, lo que excluiría la arbitrariedad. Así la STS de 3 de noviembre de 2015 (rec. 396/2014) señala que:

"En este sentido, cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente".

[31] STC 325/1994, de 12 de diciembre (rec. de amparo 2.240/1991). La jurisprudencia en general ha destacado la necesidad de motivación para evitar la arbitrariedad. Así, a modo de ejemplo, la STSJ de Andalucía, de 15 de enero de 1999 (rec. 1911/94) afirma que "la motivación en cuanto discurso justificativo de la decisión de la Administración, responde a la necesidad de que se exterioricen las razones por las cuales se llega a emitir un determinado juicio o decisión, siendo su finalidad la de evitar la arbitrariedad administrativa". O la STSJ de Andalucía, de 29 de octubre de 2009 (rec. 797/2006), que señala que "la motivación conecta el acto con la legalidad, estableciendo un enlace entre el acto y el ordenamiento, haciendo ver que toda decisión administrativa es una especificación o particularización de la norma. Se otorga así racionalidad a la actividad administrativa, facilitando su fiscalización y evitando situaciones de indefensión que surgirían si el administrado no conociera los motivos o causas del ejercicio de sus potestades por los poderes públicos". También el Tribunal Constitucional se ha ocupado de esta temática, y así ha declarado en su Sentencia 196/2003, de 27 de octubre (rec. 1302-2002), que el derecho a obtener una resolución fundada en derecho favorable o adversa exige que aquella contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se basa la decisión. También en su Sentencia 165/1993 señaló que "la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del Ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad".

La interdicción de la arbitrariedad, según manifiesta PONCE SOLÉ, queda incluida dentro del principio de buena administración, junto a otros principios como el de no discriminación, art. 14 CE, de igualdad material, 9.2 CE, el principio de proporcionalidad y, por tanto, de una actuación no desproporcionada, incluyendo los conocidos subprincipios de adecuación, necesidad, o el principio de asignación equitativa, eficiencia y economía en la programación gasto público (art. 31.2 CE)[32].

Una cuestión que se plantea de forma conexa, a propósito de la interdicción de la arbitrariedad, es su diferenciación con la noción de discrecionalidad y su influencia en la actuación de los cargos públicos que se caracteriza precisamente en un número importante de supuestos en la elección de alternativas tanto en lo que se refiere a la definición de las políticas públicas como, naturalmente, a la ejecución de las mismas. No es este el lugar para hacernos eco de la problemática de la misma, de la que se han escrito en los últimos años verdaderos ríos de tinta[33], simplemente baste decir que, a los efectos que aquí interesa, clásicamente se ha considerado a la discrecionalidad como un comportamiento de la Administración, querido y atribuido por la norma, que consiste en la posibilidad de elegir entre diversas alternativas o soluciones igualmente válidas y legítimas que es precisamente una de las características de la actuación de los cargos públicos bajo el principio democrático. La diferenciación es obvia y radica en que ese ejercicio de libertad se realiza dentro de la norma (lícita), mientras que por el contrario la arbitrariedad implicaría actuar fuera de la norma sin que fuese posible motivar de manera objetiva la conducta de la Administración (ilícita)[34]. Bien es cierto que hoy esa discrecionalidad en la actuación de los poderes públicos hay que entenderla necesariamente referida a la buena administración. Discrecionalidad no es libertad de elección, como ha puesto de relieve SCHMIDT-ASSMANN[35]. Mucho más allá, implica la adopción de la mejor de

[32] PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 7.

[33] Baste en este punto, sin ánimo de ser exhaustiva, referirnos a los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983): La *lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid; FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ T.R. (1991): *Arbitrariedad y discrecionalidad,* Civitas, Madrid; PAREJO ALFONSO, L. (1993): *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid; SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid; BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995): *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid; BACIGALUPO, M. (1997): La discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Madrid; DESDENTADO DAROCA, E. (1999): *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra PONCE SOLÉ, J. (2003): "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 162, pp. 89-144.

[34] GARRIDO FALLA, F. (1952): "Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales". *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 7, p. 37, señala al hablar del servicio público y su equiparación con el interés público y el interés general que "si se dejase a la Administración manejar arbitrariamente sus prerrogativas, no sólo se estarían negando los derechos del particular, sino que se también se estaría corriendo el riesgo de que la idea de servicio público no se alcanzase, porque tales prerrogativas fuesen utilizadas por los gobernantes en beneficio propio".

[35] En efecto, razona el autor referido que "Discrecionalidad no significa 'libertad de elección'. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada (...). Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la Administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de una serie de variados parámetros. Para que este mandato sea ejercido 'correctamente' no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la 'corrección' de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se

las decisiones posibles conforme al principio de buena Administración como ha resaltado, asimismo, PONCE SOLÉ, ya que la Administración no puede elegir cualquier solución, sino la que pueda conseguir el mejor servicio a los intereses generales[36]. Y es importante este aserto, en torno a la discrecionalidad y que implica el ejercicio de estos poderes discrecionales, porque, precisamente, la responsabilidad administrativa de los cargos públicos y su correlativa sanción potencia, de forma decisiva, ese actuar conforme al interés general.

Por último, es preciso referirse a la objetividad que completa esa triada de principios que fundamentarán el régimen de responsabilidad de los cargos públicos objeto de este estudio. Tres preceptos constitucionales enmarcan el principio de objetividad en el ordenamiento constitucional español[37]. De un lado, y en el pórtico constitucional con referencia a todos los poderes públicos incluido claro está el poder ejecutivo, el artículo 9.3, como ya se ha apuntado, proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos. Más adelante, y en referencia específica a la Administración pública, el artículo 103.1 del texto constitucional español establece que ésta ha de servir con objetividad los intereses generales[38]. Y, en tercer lugar, el mismo precepto, en su apartado tercero añade a fin de garantizar esa actuación objetiva de la Administración que "la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos... y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

En este principio, clásico del Estado de Derecho, no caben las medias tintas. Como acertadamente ha puesto de relieve VAQUER CABALLERÍA[39], es una cuestión binaria

---

propicie su aceptación por parte de sus destinatarios". Ver de dicho autor SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003): *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, p. 347 y ss.

[36] Puede consultarse, a este respecto, PONCE SOLÉ, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid y, del mismo autor, (2016) "La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 173.

[37] La Constitución de la República Portuguesa, a diferencia de la Constitución Española, que en el mismo título se refiere al Gobierno y a la Administración, contempla en un título propio a ésta. De esta forma, y de acuerdo con su artículo 266, la misma debe perseguir el interés público con especial atención a los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos, por lo que los órganos y agentes administrativos están subordinados a la Constitución y a la ley y deben actuar, en el ejercicio de sus funciones, con respeto por los principios de igualdad, de proporcionalidad, de justicia, de imparcialidad y de buena fe. Además, de acuerdo con el artículo 267 de la Constitución de la República Portuguesa, esto deberá realizarse con una organización administrativa que evite la burocratización, aproximando los servicios a los ciudadanos y asegurando la participación de los interesados en su gestión efectiva, en otras palabras, asegurando y garantizando la simplicidad administrativa.
Por su parte, la Constitución italiana también contempla explícitamente en su artículo 97 los principios de "*buon andamento dell'amministrazione" y de la "imparzialitá*".

[38] La doctrina científica ha sostenido que la caracterización que hace el artículo 103.1 de la Constitución Española sobre la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho, no podría haber sido mejor. "Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía" y, "segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen". Véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2011): "El marco constitucional del Derecho Administrativo. (El Derecho Administrativo Constitucional)" *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 15, p.93.

[39] VAQUER CABALLERÍA, M. (2017): "Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones Públicas" en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J., FERNÁNDEZ RAMOS, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 265-303.

y no cabe un *tertium genus*. Un cargo público es objetivo e imparcial o no lo es. En contraposición, según destaca el mismo autor, con los principios del Estado social, que no imponen límites, sino fines. Y a modo de ejemplo cita, la eficacia, la descentralización o la coordinación que permitirían una graduación.

De las previsiones constitucionales puede deducirse, *prima facie*, que los principios de neutralidad, imparcialidad, objetividad deben presidir toda la actividad administrativa, lo que se traduce en el establecimiento de una serie de límites tanto del ejercicio del poder público como de la actividad administrativa. Por tanto, no solo los poderes públicos deben perseguir el interés general, sino que deben hacerlo con objetividad[40]. Es precisamente esta nota la que caracteriza a la Administración frente a otras organizaciones privadas que, como las Fundaciones o las Asociaciones, también pueden perseguir fines de interés general[41]. Lo que no es objetivo y no es imparcial termina siendo arbitrario y no puede ser asimilado a la actividad discrecional de las Administraciones públicas cómo han puesto de relieve GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS[42].

De la importancia del principio de objetividad da cuenta las corrientes de pensamiento más contemporáneas en torno a explicar cómo y porqué el desarrollo y los principios democráticos se asientan con mayor vigor en unas sociedades que en otras. En efecto, los pensadores de la evolución cultural, como HENRICH, sostienen cómo la Iglesia Católica hizo saltar por los aires las bases sobre las que se cimentaba la sociedad basada en el parentesco y dieron lugar al pensamiento individualista predominante en las sociedades occidentales que, en base, entre otros valores a la imparcialidad contribuyeron al progreso de la sociedad occidental ya que, al liberarse de sus lugares de origen, y reunirse en la ciudad dieron lugar a los gremios profesionales, cartas de ciudad y, en definitiva, se dieron los primeros pasos para la existencia de una democracia representativa. En este contexto, el comercio exigía una sólida reputación, no favorecer a los parientes, y la regla de imparcialidad se hizo necesaria para tener éxito en esas iniciativas[43].

---

[40] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2014): "El Buen Gobierno y la Buena Administración en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", en *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Comares, Granada, p. 44, relaciona directamente el principio de legalidad con el de objetividad, y así señala que la objetividad "es un principio básico porque, en efecto, frente a la subjetividad propia del ejercicio del poder en el Antiguo régimen, la democracia trae consigo el principio de legalidad, de forma y manera que las potestades públicas requieren de una previa habilitación legislativa, lo que permite un ejercicio del poder sometido a ciertos cánones que garanticen una razonable objetividad. Como principio que se proyecta sobre el gobernante o alto funcionario, la objetividad requiere motivar las decisiones, atender a los informes preceptivos, pensar en la realidad y tener bien presente el carácter central de la persona en el sistema político y administrativo".

[41] Y es que, como indica VAQUER CABALLERÍA, M. (2017): "Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones Públicas" en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J., FERNÁNDEZ RAMOS, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, "lo que diferencia a la Administración pública respecto de estas organizaciones de la sociedad civil no es que sirve el interés general, sino que lo hace con objetividad. La subjetividad de asociaciones, fundaciones y empresas no sólo es lícita, sino que es parte del derecho constitucional a ellas consagrado, pero en la Administración está prohibida: la Administración está constitucionalmente conminada a ser y actuar como un sujeto sin subjetividad".

[42] GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018): *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, p. 89.

[43] HENRICH, J. (2020): *"Las personas más extrañas del mundo: cómo Occidente se volvió psicológicamente peculiar y particularmente próspero*, Farrar, Straus y Giroux , USA. El autor se basa en investigaciones de vanguardia en antropología, psicología, economía y biología evolutiva para dar respuesta, entre otras, a porqué las sociedades prosperan. Para alertar a los investigadores sobre este punto

Pero de su análisis, y del alcance del mismo, nos ocuparemos en el próximo capítulo al abordar los principios rectores del ejercicio de las funciones de los altos cargos y ahí nos remitimos.

1.2 Las modalidades de responsabilidad de los poderes públicos: delimitación del objeto de estudio.

Una vez definidos los principios que afectan a la responsabilidad del poder público, en sentido amplio, está de más señalar, que los mismos serán de aplicación también a las Administraciones públicas en general y, en el caso que nos ocupa, a los cargos públicos en particular. Es por ello que debemos bajar un escalafón para acercarnos al objeto de nuestro estudio, esto es, la responsabilidad de los cargos públicos. Que puede ser de diferente índole: la responsabilidad política que afecta a los altos cargos; la responsabilidad jurídica, entre la que se encontraría la penal y administrativa, siendo esta última la que trataremos de analizar a lo largo de este trabajo y; finalmente, la responsabilidad patrimonial, a la que hemos hecho alusión unas líneas atrás con ocasión del análisis del principio de responsabilidad. Pero, en este epígrafe, trataremos de deslindar esos distintos tipos de responsabilidad a la que puede estar sujeto un cargo público a fin de delimitar el objeto de nuestro estudio.

Pues bien, de este sometimiento a la legalidad del poder público, y de la repulsa al actuar arbitrario, deriva el principio de responsabilidad que aparece con toda su fuerza constitucional en los artículos 9.3 (responsabilidad general de los poderes públicos) y 106.2 de la Constitución (referido a la responsabilidad patrimonial) bien que, en este segundo caso, como es conocido también incluye el funcionamiento "normal" de los poderes públicos siempre que concurran al efecto los requisitos establecidos.

A estos efectos, es importante destacar que la doctrina francesa distinguió dos conceptos: por un lado, la falta de servicio o funcionamiento anormal de la Administración Pública y, por otro, la falta del personal al servicio de ésta. Aunque lógicamente ambas pueden coexitir y estar relacionadas[44]. De hecho, es lo más común, que las faltas del personal al servicio de la Administración sean el origen de las faltas relativas al "funcionamiento anormal", que daría paso a la responsabilidad directa del Estado.

Tal y como se señala por la doctrina francesa "como la Administración no tiene existencia física, sus faltas son siempre faltas de individuos y no es sino a través de una operación

---

denominó WEIRD a las poblaciones más comúnmente elegidas para la investigación psicológica y del comportamiento, un acrónimo que significa occidental, educado, industrializado, rico y democrático.
Dicho proceso, al que se refiere el autor, se enmarca en un contexto evolutivo de carácter cultural que en el marco de Occidente se ha traducido en instituciones y reglas entre las que el autor cita: democracia, principios de justicia universal, mercados, ciencia, ciudades cosmopolitas, etc.

[44] Tras un primer momento en que entendía que se trataba de conceptos excluyentes, la jurisprudencia francesa vino a acoger posteriormente la teoría de que un mismo supuesto pudiera constituir simultáneamente falta personal y falta de servicio, dando paso a un fenómeno conocido como sistema del *cumul des responsabilités* o cúmulo de responsabilidades, por el cual la falta del personal se extiende a la falta de servicio (Conseil D´État, 26-7-1918, Lemonnier). Disponible en https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-26-juillet-1918-epoux-lemonnier

jurídica como éstas se imputan a la Administración[45]. En relación al pretendido carácter anónimo de la falta de servicio, éste no es necesario. Hay faltas de servicio de las cuales se conocen los autores, y hay otras en las que éstos son desconocidos. De lo que no hay duda es de que, en caso de falta de servicio, la víctima puede perseguir a la Administración sin tener que designar nominativamente al funcionario que ha cometido la falta cuya personalidad no tiene interés mientras él no es accionado personalmente"[46].

La realidad es que en la doctrina española existen distintas posiciones sobre esta cuestión. De esta forma, para algunos autores en la responsabilidad a la que alude art. 9.3 CE no vendría incluida en modo alguno la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, sino que se referiría únicamente a la responsabilidad política de los mismos[47]. Para otros autores[48], no existe duda de que el artículo 9.3 incluye todos los tipos de responsabilidad posibles en que pueden incurrir los poderes públicos (política, civil, penal, contable, administrativa…)[49], que necesitarán de un ulterior desarrollo legislativo y, finalmente, un último grupo de autores entiende que esta responsabilidad viene incluida en el art. 9.3 y además no es necesario que se desarrolle legislativamente para que dicha responsabilidad tenga virtualidad[50].

A mi juicio, el principio de responsabilidad se enuncia de forma genérica en el art. 9.3 de la Constitución y se refiere, por tanto, a todos los tipos de responsabilidad que se le puede exigir a los poderes públicos. Como se dijo unas líneas atrás, este es el sentir también de la última jurisprudencia: que el art. 9.3 se refiere también a la responsabilidad patrimonial y que no es necesario que la misma venga desarrollada mediante ley, aunque la norma siempre podrá regular los casos en que proceda y sus límites.

---

[45] Para un estudio profundo sobre las relaciones entre responsabilidad del Estado, juez contencioso administrativo y el juez penal y el alcance de la cosa juzgada, véase el libro de CASINO RUBIO, M. (1998): *Responsabilidad del Estado y delito*, Marcial Pons, Madrid.

[46] VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P. (1990): *Droit administratif*, Presses universitaires de France, París, t. I, p. 576.

[47] En este sentido se manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA E. (2005): *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español,* Civitas, Madrid, p. 86, señalando que la responsabilidad de los poderes públicos proclamada en nuestra Constitución se refiere "al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben "dar cuenta" a éste de su gestión y responder de la objetividad de la misma". También RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2014): "El Buen Gobierno y la Buena Administración en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", en *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Comares, Granada, p. 44, hace hincapié en esta idea de que en una democracia es necesario que respondan ante el Congreso, la prensa, opinión pública acerca de las decisiones que afecten al interés general.

[48] *Vid.* LEGUINA VILLA, J. (1993): "La responsabilidad patrimonial de la Administración y de sus autoridades y personal a su servicio, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dirigido por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M), Tecnos, Madrid.

[49] Esta parece ser la tesis de RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, p. 97 y ss. Asimismo, añade que "no solo es importante atender al daño; también lo es prevenirlo mediante una garantía de respuesta jurídica frente a quien, bien por dolo, o por negligencia, vulnera gravemente sus compromisos institucionales".

[50] *Vid.* MARTÍN REBOLLO, L (1983): *Jueces y responsabilidad del Estado,* CEC, Madrid, p. 9, y *Vid.* también DOMÉNECH PASCUAL, G. (2010): "El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos", *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (libro colectivo dirigido por SANTAMARÍA PASTOR, J.M.), La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, p. 674.

En cuanto a la responsabilidad general a la que quedan sometidos los poderes públicos (artículo 9.3 CE), se trata de una responsabilidad tanto de carácter político, jurídica (administrativa y penal) y patrimonial. Por su parte, la expresión "poderes públicos" se refiere tanto a las personas físicas, como a las propias instituciones y, más específicamente en lo que abordaremos en este estudio al Gobierno y a la Administración pública[51].

Empecemos por ésta última modalidad de responsabilidad que constituye la garantía patrimonial de los ciudadanos por el funcionamiento de los servicios públicos. Por lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial (artículo 106.2 CE), debe comenzarse señalando que, aún tratándose de un principio que proviene del Derecho Civil, el mismo se ha desarrollado y perfeccionado en el ámbito público a fin de garantizar, con mayor rotundidad, la posición jurídica del ciudadano frente a actuaciones de los poderes públicos que no tenga la obligación de soportar (legislativo[52], ejecutivo y judicial). En este sentido, el Diccionario Jurídico de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial señala que el significado de la reparación del daño en el Derecho Administrativo y Constitucional es "la finalidad a la que responden las indemnizaciones para conseguir la reparación integral de los daños y perjuicios imputables a la Administración por las lesiones producidas provenientes de daños que quien las padece no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley".

Su finalidad, por tanto, es la reparación del daño a la víctima que se garantiza, además, en el ámbito público asumiendo la Administración de forma directa la misma. Y ello, sin perjuicio, eso sí, de repetir -acción de regreso- en su caso a los cargos y empleados públicos en determinados supuestos, los daños y perjuicios sufridos. Es relevante señalarlo dado que la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, y a salvo de que se ejerza la acción de regreso, enerva o, al menos, deja sin efectos, la antigua responsabilidad civil de empleados y autoridades públicos recogida en nuestra legislación y que podía ocasionar una doble vía para la exigencia de responsabilidad patrimonial[53]. Es más, en opinión de MUÑOZ MACHADO que compartimos plenamente es esta responsabilidad patrimonial, que hemos perfeccionado y ampliado a lo largo de los años, la que ha permitido dejar de lado la importante cuestión de la responsabilidad de autoridades y empleados público que se ha traducido en una suerte de inmunidad de éstos

[51] Idéntica opinión mantiene RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, p. 247, quien indica que "puede sostenerse que la responsabilidad a que se refiere el artículo 9.3 de nuestra Norma Fundamental incluye necesariamente, para un adecuado control del poder y la prevención de la arbitrariedad, la responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos".

[52] Sobre la responsabilidad del Estado legislador puede verse la STJUE de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20, Comisión/España.

[53] Y es que, la redacción del artículo 146.1 de la Ley 30/1992, antes de su reforma por la Ley 4/1999 (que modificó el artículo 145 de la LPAC y derogó expresamente la Ley de 5 de abril de 1904, de 13 de enero), parecía admitir la exigencia simultánea de responsabilidad civil y penal al funcionario o a la autoridad causante del daño. De esta forma, la acción directa frente a la Administración pública, a la que pudiera imputarse la lesión, no constituía obstáculo a que el perjudicado pudiera dirigir su acción frente al personal al servicio de aquélla realmente responsable, al ser su acción u omisión la causante del daño. Con la modificación operada se mantuvo únicamente la referencia a la responsabilidad civil derivada del delito, que se exigiría de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente (CP). Se modificó así la posibilidad de exigir responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones públicas por los daños producidos en el desempeño del servicio.

con una deficiente construcción del régimen jurídico de la responsabilidad y una desordenada interrelación entre los distintos tipos de responsabilidades[54].

Si bien el Tribunal Constitucional no ha aclarado la cuestión sobre si existe una responsabilidad patrimonial de los poderes públicos de forma directa, lo cierto es que en alguna sentencia sí ha llegado a reconocer que debe existir una responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos[55].

Por su parte, el Tribunal Supremo ha cambiado de criterio en los últimos años y así ha señalado que la responsabilidad a la que se refiere el art. 9.3 CE "tiene una virtualidad inmediata"[56]. Y destaca, asimismo, que existiría de acuerdo con este precepto "una garantía para el particular de ser resarcido por toda lesión que le haya causado una actuación del Tribunal Constitucional que pueda considerarse irregular" pero, sin embargo, "no se deriva en modo alguno que la Administración pueda repetir contra un miembro de ese Tribunal si se considerase que la actuación del mismo pudiera calificarse como dolosa o culposa". Lo que quiere decir el Tribunal Supremo es que, aunque el particular va tener ese derecho de ser resarcido, no se repetiría la acción contra el miembro en concreto que cometió la lesión.

Siendo, en cualquier caso, ésta la opción legislativa establecida en la LRJSP que siguió, en este concreto aspecto, a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.[57]

Respecto a la responsabilidad de carácter político[58], cabe comenzar diciendo que encontramos distintas manifestaciones de la misma en nuestro ordenamiento jurídico: la renuncia o cese, o en el ámbito gubernativo la moción de censura o el control

---

[54] MUÑOZ MACHADO, S. (2020): "Prólogo" a la monografía de RIVERO ORTEGA, R.: *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, pp. 13 y ss.

[55] STC 28/1987, de 13 de febrero.

[56] STS de 26 de noviembre de 2009 (rec. 585/2008).

[57] La actual LRJSP, en efecto, corrobora esa opinión y, de esta forma, prevé en su artículo 36, titulado "Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas" que:

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

Añadiendo en el apartado 1 del artículo 137 que "La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente".

[58] Dos destacadas monografías dieron cuenta del origen de la responsabilidad política y las diferentes modalidades de la misma: RESCIGNO G.U. (1967): *La responsabilitá política*, Giuffré, Milán y MARSHALL, G. (1986): *Constitutional Conventions (The Rules and Forms of Political Accountability)*, Clarendon Press, Oxford.

parlamentario o, inclusive, la misma petición de información podrían citarse como ejemplos de la misma[59].

Pero a los efectos de este estudio es preciso hacernos eco de la existencia de una discusión doctrinal sobre si la responsabilidad política es también una responsabilidad jurídica o no. DÍEZ-PICAZO parte de que, una de las muchas aportaciones de la historia inglesa al bagaje conceptual del constitucionalismo moderno, ha sido que la noción de que la legalidad no es el único criterio posible a la hora de enjuiciar o valorar las actuaciones de los gobernantes y que, por ello, cabe emplear también el criterio de la oportunidad, que da lugar a una modalidad diferente de responsabilidad, denominada responsabilidad política. Y ha definido la misma de la siguiente forma: "La responsabilidad política consiste en la imposición de sanciones, cuya naturaleza es precisamente política, a los gobernantes por el modo en que éstos ejercen el poder político", definición que, según señala de inmediato el propio autor, suscita dudas como las de en qué consisten tales sanciones, quién las impone y qué fuerza vinculante poseen[60]. Precisamente por ello RIVERO ORTEGA la califica, en muchas ocasiones, como "quimera"[61].

En cuanto a la distinción entre la responsabilidad política y jurídica, GARCÍA MORILLO señala que "sin duda, la distinción entre responsabilidad jurídica y responsabilidad política es, en principio, nítida: la responsabilidad política no se cierne sobre conductas ilícitas, sino lícitas; no descansa sobre criterios de legalidad, sino de oportunidad y, en suma, «no persigue castigar al culpable o asegurar la reparación de un daño, sino ratificar la idea de que los gobernantes están al servicio de los gobernados»"[62].

En este sentido, esta responsabilidad política se traduciría en la posición mantenida por dicho autor, en puridad, en la retirada de la confianza que se otorgó a una persona para el ejercicio funciones públicas y que lleva aparejada, como consecuencia, la pérdida del cargo público que se ocupaba. Esta responsabilidad política existe en aquellas personas que fueron nombradas en su cargo, por razón de criterios de confianza política. De esta forma, y atendiendo a que se trate de conductas lícitas, el art. 108 de la Constitución señala que "el Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados" o, a título de ejemplo, en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General se regula la moción de censura. De esta forma, la responsabilidad política así entendida correspondería al Presidente y los Ministros, y no a sus subordinados (como serían los altos cargos de la Administración General del Estado), que responderían únicamente por la responsabilidad jurídica exigible en su caso, y ello porque los Ministros tendrían una

[59] El Tribunal Constitucional en su Sentencia 220/1991, de 25 de noviembre ha señalado respecto a las peticiones de información al gobierno o a los departamentos ministeriales que "agotan normalmente sus efectos en el campo estrictamente parlamentario (…) que excluye, generalmente, tanto la fiscalización judicial como la de este Tribunal Constitucional, al que no le corresponde el control de cualquier clase de alteraciones o irregularidades que se produzcan en las relaciones políticas o institucionales entre legislativo y ejecutivo".

[60] DÍEZ-PICAZO, L.M. (1996): *La criminalidad de los gobernantes*. Crítica. Barcelona, p.69.

[61] RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, p.18. Para el autor "no es en modo alguno suficiente ni para garantizar el proceder conforme a los intereses institucionales, ni para afianzar el cumplimento de deberes jurídicos y éticos positivizados (en códigos o normas legales), así que las autoridades deben estar incluidas en el ámbito de las responsabilidades de todo orden, descartando su exclusión, aunque como veremos sujetas a un régimen propio".

[62] GARCÍA MORILLO, J. (1998): "Responsabilidad política y responsabilidad penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, p. 85.

responsabilidad *in vigilando* e *in eligiendo* respecto a su personal subordinado, ya sea funcionario en el primer caso, o alto cargo en el segundo.

Aunque, ciertamente, como ha puesto de manifiesto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el grado de juridicidad de tal responsabilidad depende, en parte, de qué clase de ella hablemos. De esta forma, dicho autor entiende que, al menos hoy por hoy, esta clase de responsabilidad política se refiere, a lo sumo, a los procedimientos para exigirla y por ello resulta cuando menos discutible que pueda hablarse estrictamente de una forma de responsabilidad jurídica[63]. Y es que, como certeramente ha señalado RIVERO ORTEGA, en España, a diferencia de otros países, como es el caso de Estados Unidos con el *impeachment*, no existe una verdadera tradición de responsabilidad política y, por tanto, no sería suficiente en la mayoría de casos. Amén de la posible utilización partidista de este mecanismo[64].

Para aclarar la cuestión, y delimitar con claridad el objeto de nuestro estudio, creo que es imprescindible acudir a RESCIGNO[65], un autor de necesaria referencia en este punto. Como hemos señalado más arriba, es necesario para abordar dicha cuestión diferenciar entre dos clases de responsabilidad política. En este sentido, el citado autor se refiere a la responsabilidad política difusa en relación al juicio crítico de los ciudadanos respecto de los gobernantes; que sería un estado de opinión pública negativo que, en el caso de cargos públicos electos, puede traducirse en no votarles en un proceso electoral; sería difusa pues la imponen el conjunto de los ciudadanos y, de entrada, sólo es un estado negativo de opinión, aunque pueda tener consecuencias electorales. Por el contrario, y en la segunda clase, es decir, la responsabilidad política de tipo institucional, se trataría de la competencia de un órgano público para en el ejercicio de sus funciones, reprobar a otro órgano o persona que ejerce actividad política, precisamente por este ejercicio, pudiendo llegar a provocar el cese o la dimisión de este. En nuestro ordenamiento, específicamente el constitucional y el parlamentario, encontraríamos manifestaciones de exigencia de responsabilidad de esta que, aunque tiene consecuencias jurídicas, no es menos cierto que se incardinan exclusivamente en ese ámbito[66].

Lo cierto, en mi opinión y siguiendo dicha diferenciación, es que hechos que pueden dar lugar a responsabilidad política pueden a la vez, y así lo comprobamos día a día en nuestro país, hacer surgir responsabilidad jurídica y no sólo penal, sino de otro orden: responsabilidad administrativa, civil, tributaria, etc. Nosotros ceñiremos nuestro ámbito de estudio a la responsabilidad jurídica *estricto sensus* y, más concretamente, a la

---

[63] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2014): "Responsabilidad penal y responsabilidad política: la necesidad de no confundir", *Transju, Working Paper*, núm. 2, pp. 3 y 4 que, tras advertir, de que los criterios de distinción son inseguros, señala que la diferencia habría que analizarla teniendo en cuenta los siguientes parámetros: gravedad de la acción u omisión; bienes jurídicos protegidos frente a otro tipo de comportamientos no lesivos; carácter de ultima ratio del Derecho penal; legalidad *versus* oportunidad; carácter subjetivo u objetivo; por hecho propio o también por hechos ajenos; órgano que declara la responsabilidad; y, por último, el de la concreción y sanción.
Desde luego, y como elemento de sumo interés, resulta la discusión de si este tipo de responsabililidad, tiene vigencia o no de la presunción de inocencia.

[64] RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, pp. 252 y ss.

[65] RESCIGNO, G. U. (1979): *Corso di Diritto Púbblico*, Zanichelli, Bolonia.

[66] Puede verse, respecto de este punto, el trabajo de DÍEZ PICAZO, L.M. (1996): **"**Responsabilidad política y responsabilidad penal", *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona. Disponible en http://www.chasque.net/frontpage/relacion/anteriores/9703/responsaibili.htm. (Consultado el 9 de junio de 2022).

responsabilidad administrativa derivada de hechos tipificados como sanción en la normativa de buen gobierno.

Y es que, en relación a la responsabilidad jurídica, tanto la conducta del autor como el resultado de la misma y de su gestión, se encuentran establecidos con carácter previo por el ordenamiento. Esta responsabilidad jurídica puede ser penal o administrativa atendiendo cada una de ellas a la protección de bienes jurídicos diferentes. La primera, dirigida a evitar el abuso en el funcionamiento y actividades del poder público y[67], la segunda, más centrada en salvaguardar la eficacia de la actuación administrativa y la buena administración de los asuntos públicos. La primera sería llevada a cabo por los jueces y tribunales para aquellos casos en que se necesita una respuesta más contundente: la penal con las consecuencias ínsitas a dicha responsabilidad en forma de pena. La segunda, exigible en el ámbito administrativo, y que se manifiesta en forma de sanción. La primera, más restringida a ciertos tipos de irregularidades[68], la segunda abordando, con carácter más amplio, el buen ejercicio del cargo público. Si inevitables son las conexiones entre esos dos tipos de responsabilidades (ambas responden al *ius puniendi* del Estado), lo cierto es que, como tendremos oportunidad de estudiar a lo largo de este trabajo, también presentan diferencias relevantes, tanto en lo que se refiere a los principios que disciplinan su ejercicio, como a los derechos de los eventualmente imputados.

A esta segunda modalidad de responsabilidad, la responsabilidad jurídico-administrativa, dedicaremos nuestro estudio, advirtiendo previamente que es preciso incidir y acotar determinadas notas que la caracterizan, a lo que dedicaremos las siguientes líneas.

[67] RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, p. 57, destaca que la responsabilidad penal debería estar centrada en la prevención del abuso y la arbitrariedad.

[68] En este sentido, la jurisprudencia ha dejado claro el carácter subsidiario de la responsabilidad penal, como *última ratio* del Derecho. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de Julio de 2017 (rec. 1146/2016) destaca que "según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos. Por ello, el Derecho penal debe utilizarse en los supuestos de ataques importantes a bienes jurídicos de singular entidad e importancia (carácter fragmentario del Derecho penal) y sólo cuando no haya más remedio, por haber fracasado ya otros mecanismos de protección que resulten menos gravosos con los derechos subjetivos de la persona (naturaleza subsidiaria del derecho punitivo). De este modo, el principio de intervención mínima, o de " ultima ratio", va dirigido al legislador y no al aplicador de la norma, quien sólo cuando los términos del legislador no fueron claros, asume el principio como criterio de evaluación interpretativa, sabiendo el juez que la opción normativa del legislador hubo de ser la de menor expansividad de la norma penal".

2. ¿ES LA RELACIÓN DEL ALTO CARGO UNA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL? NATURALEZA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALTOS CARGOS.

2.1 Relaciones de sujeción especial y su aplicabilidad a los altos cargos.

La categoría de la que estamos dando cuenta[69], y de la que adelantamos ya nuestra posición, caracteriza la relación que mantienen los altos cargos con el Estado[70]. Es notorio que ha sido discutida desde su mismo nombre[71]. Y ese desencuentro ofrece indicios de la práctica nula unanimidad que sobre la misma existe en todos los órdenes. No en vano, la STC 52/2003, de 17 de marzo llega a calificar dicho régimen de "categoría que hemos tildado reiteradamente de imprecisa". De esta forma, diferentes colectivos han quedado dentro de las llamadas relaciones especiales de sujeción, sin embargo, y a pesar de ello, tanto la normativa, como la propia jurisprudencia y doctrina han venido afirmando poco a poco la plena vigencia de los derechos fundamentales en relación a los mismos[72].

---

[69] La elaboración de la teoría jurídica del administrado va a servir de base para explicar la diferencia entre las relaciones generales de sujeción y relaciones de sujeción especial. En concreto, fue la doctrina alemana la encargada en su día de elaborar el concepto y realizar dicha distinción. En efecto, MAYER, un destacado autor de la época de la Constitución de Bismarck, señaló que la regulación por parte de la Administración de la esfera de libertad y la propiedad de los particulares debe realizarse por el principio de reserva de ley, de modo que a aquella actividad "extra muros" de los ciudadanos en relación con la Administración, esto es, que quedaban fuera de esa actividad interna o doméstica de la misma, se les debería aplicar dicho principio. Véase MAYER, O. (1924): *"Zur Lehre vom öffentlich-rechlichen Verträge", Aör*, núm. 3, 188, pp. 1 y ss. y "*Deutsches Verwaltulngrecht*" 3ª, I, Duncker & Humblot, München, pp. 101 y ss.
Esto implicaría, consecuentemente que, por el contrario, a aquella actividad de la Administración que no externa, sino "intra muros", no sería de aplicación el principio de reserva de ley (Vorbehalt des Gesetzes), inclusive, esa actividad no sería objeto de control por los Tribunales, originándose, de esta forma, la llamada "relación de especial sujeción". La misma, no obedecería propiamente a la Ley o el reglamento, sino a la propia instrucción de la Administración por tratarse de una actividad interna de la misma y no sujetándose a la fiscalización posterior judicial.

[70] Cabe recordar en este punto que la distinción en el Derecho alemán entre relaciones generales y especiales de sujeción se refiere a la diferencia entre dos tipos de ciudadanos y las limitaciones a sus derechos por el poder público. Así, encontraríamos un primer grupo en el que encajarían los ciudadanos comunes, sin vinculación formal con la Administración, que mantendrían y se les aplicaría sin ningún tipo de recelo o limitación los principios constitucionales. Por otro lado, encontraríamos un segundo grupo, calificado como "especial" en el que, debido a relaciones jurídicas concretas con la Administración, esos principios constitucionales sí que pueden sufrir una merma o determinadas modulaciones.

[71] En este punto hay que reseñar la destacada obra, un clásico sin lugar a dudas, de GALLEGO ANABITARTE, A. (1961): "Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 34, pp. 11 y ss. Asimismo hay que poner de relieve varios trabajos posteriores, pues esta materia volvió a suscitar interés por parte de la doctrina: GARCÍA MACHO, R. (1992): *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Madrid, Tecnos; LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1994): *Naturaleza y* presupuestos constitucionales d*e las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Cívitas; LASAGABASTER HERRARTE, I. (1994): *Las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid; y PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*", Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 178.

[72] Nos encontramos ante una lista muy amplia: Monopolio de Tabacos: (STS de 21 de junio y 3 de julio de 2000); Colegios Profesionales: [SSTS 16 de junio de 2000 y de 17de septiembre de 1999 (Farmacéuticos) de 21 de abril de 1998 (Abogados) y de 17 de mayo de 1996 (Veterinarios)]; los titulares de licencias o concesiones administrativas: (SSTS de 10 de febrero de 1997 [auto-taxis], de 29 de diciembre de 1998 [Abastecimiento de Aguas]); la convivencia inmediata bajo una autoridad determinada en un centro específico: STS de 20 de mayo de 1996 (Pensionistas en Residencias de 3ª Edad de titularidad Pública) SSTC 175/2000, 60/1997, 35/1996, 129/1995 (presos en instituciones penitenciarias) y STS de13 de enero de 2000 (militar profesional); la que vincula al promotor de Viviendas de Protección Oficial con la Administración: (STS de 15 de diciembre de 1999 y STSJ de Castilla León, Burgos, de 27 de junio de 1998); la que vincula a las entidades mercantiles con la Comisión Nacional del Mercado de Valores: (STSS de

Y es que, como se ha puntualizado más arriba, la cuestión de la denominación no ha sido pacífica en la doctrina. Así lo puso de relieve GALLEGO ANABITARTE, quien traduce "*Besonderes Gewaltverhältnis*" por relación especial de sujeción[73]. En la doctrina alemana -como es conocido, la categoría jurídica es de origen germánico-, y más concretamente, en la traducción del Tratado de Derecho Administrativo de FORSTHOFF, se ha traducido el término por relación especial de poder. La misma terminología puede encontrarse en GARRIDO FALLA[74], quien sigue a ÁLVAREZ GENDIN, quen, a su vez, tradujo el término de las "Instituciones" de FLEINER. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, siguiendo a ROMANO, habló de "relaciones de supremacía especial"[75].

Bien es cierto que, como GALLEGO ANABITARTE puso de relieve, todas las definiciones que se han dado de este concepto están hechas desde el sometimiento y no desde el poder[76]. De ahí, sigue exponiendo el autor citado, que se haya sugerido en la doctrina alemana más contemporánea otra terminología: relación de sometimiento (MAUNZ) o relación especial de deber (ULE, WOLFF). Lógicamente, sigue diciendo dicho autor, se exige un mismo plano entre el concepto a definir y la definición. Así, si se habla de poder, habría que decir en qué consiste ese poder, cuáles son sus límites, etc., es decir, justamente lo que es problemático.

Es decir, la propia cuestión de la denominación de este tipo de relaciones no es, en absoluto, neutral. Más bien, incide en la consideración y contenido de las mismas, en el sentido de que expresa un punto de partida para abordar la figura desde una consideración u otra.

Expuesto lo anterior, parece ineludible sacar unas primeras conclusiones que ya incluso, al aludir a la denominación, pueden extraerse:

12 de marzo de 1999, de 3 y 11 de marzo y 17 de febrero de 1998, 3 y 14 de noviembre de 1997; STSJ Madrid de 29 de febrero de 2000). La que se da dentro del ámbito doméstico de la potestad sancionadora de Ministros y Consejeros de comunidades autónomas: (STS de 17 de febrero de 1998); la que vincula a los funcionarios públicos con la Administración a la que prestan sus servicios (STS de 4 de julio de 2007, 26 de septiembre de 2009 y 30 de noviembre de 2005); la que vincula a un menor de edad con un centro de educación especial (STS de 15 de marzo de 2005) y la existente entre los Habilitados en Clases Pasivas y la Administración (STS de 24 de mayo de 2005), entre otros.

[73] GALLEGO ANABITARTE, A. (1961): "Las relaciones especiales de sujeción y el Principio de Legalidad de la Administración", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 34.

[74] GARRIDO FALLA, F. (1982): *Tratado de Derecho Administrativo II*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, p. 170 y nota 19.

[75] En igual sentido se expresa ALLESSI, R. (1970): *Instituciones de Derecho Administrativo* (traducción española), Editorial Bosch, Barcelona, pp. 226 y ss, quien indica que éstas relaciones tienen un fundamento distinto a las de supremacía general -basadas en el poder de imperio-, que consiste en la necesaria accesoriedad de estas posiciones en cuestión respecto a otras relaciones intercurrentes entre la Administración y los administrados, relaciones para cuyo mejor ejercicio se hace necesaria una más destacada supremacía de la Administración frente al otro sujeto de la relación, siendo por ello que aparecen como relaciones de supremacía accesorias de otras relaciones principales.

[76] GALLEGO ANABITARTE, A. (1961): "Las relaciones especiales de sujeción y el Principio de Legalidad de la Administración", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 34, p. 12. Si nos fijamos desde un punto de vista dogmático, expone GALLEGO ANABITARTE, el estudio de la relación especial de poder se fija en la relación y no en el poder, pero si se quiere entender y definir el concepto desde la Administración, desde su "potestas", parece más adecuada la terminología utilizada por el Profesor García de Enterría al hablar de supremacía especial.

1) En primer lugar, es claro que no existe en la doctrina unanimidad en la denominación de esta institución o categoría jurídica por la cual un ciudadano pasa a una situación en que se produce una merma clara de su protección jurídica frente al Estado.

2) La elección del término depende de la óptica que adoptemos. Si esta es desde arriba, desde el poder, parece más adecuada la denominación importada de la doctrina italiana de "relaciones de supremacía especial". Ahora bien, si la perspectiva que se adopta es la del ciudadano la más indicada parece ser la de "sujeción".

3) Es interesante destacar que la colocación del adjetivo "especial" no es una cuestión baladí y esto, como ha puesto de relieve MICHAVILA NÚÑEZ, afecta de forma relevante al contenido[77].

4) La categoría, hasta hoy aceptada, aunque enormemente discutida, no es unívoca, más bien al contrario. Eso es lo que se deriva de la jurisprudencia constitucional a la que haremos referencia. Desde nuestro punto de vista somos partidarios de hablar de relaciones de sujeción especialmente intensas o, al menos, de relaciones de sujeción especiales -no son un sólo tipo ni todas tienen la misma naturaleza-, pues no cabe encuadrar en una misma categoría genérica, por la propia naturaleza de las cosas, la situación en la que se encuentran los altos cargos y aquella en que, por ejemplo, se encuentra un preso. Es necesario, por ello, establecer una denominación que a la vez integre un contenido que permita conceptualizar y distinguir todas aquellas situaciones que hasta el momento vienen siendo objeto de una misma consideración, aún a pesar de tener una naturaleza distinta y desigual en cuanto a su relación con el Estado. Sobre todo, teniendo en cuenta la coexistencia de la categoría, pues tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo suelen acudir a ella por su utilidad y para explicar la singularidad de determinadas relaciones jurídicas con el Estado[78].
Pero, también es cierto, que el abuso de esa categoría jurídica como justificación a la merma de derechos fundamentales del ciudadano, provocó una seria crítica sobre el contenido de esa relación (fundamentalmente tras la Constitución de Bonn). Parte de la doctrina alemana, como es el caso de FORSTHOFF, entendió, a la vista de esos abusos, que en dicha relación se encontraba la gran laguna del Estado de Derecho[79]. BECKER la

[77] MICHAVILA NÚÑEZ, J.M. (1987): "Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho". *Revista Española de Derecho Administrativo (RAP)*, núm. 54. En este artículo, el autor trata la aplicación de esta categoría jurídica al sector crediticio, criticando el uso exorbitante de la misma y la "disminución" del principio de reserva de Ley, que con la misma se realiza en dicho sector.
Como puede verse, la aplicación sin más de la categoría, a cualquier relación en que el Estado intervenga, parece, cuando menos, exagerada y arbitraria. No es lo mismo, desde luego, un banco, que un torero, que un preso; pero la categoría jurídica, al menos en los términos en que actualmente se concibe, no distingue.
[78] En lo que se refiere al Tribunal Constitucional, cabe señalar las SSTC 2/2006 y 11/2006, ambas de 16 de enero. Y, en el caso del Tribunal Supremo, baste citar aquí, como muestra de lo expuesto, la STS 14 de diciembre de 2016 (rec. 1229/2014) que expone que "Tampoco resulta, procedente que la actora exija que la documentación de todas las actuaciones inspectoras se tenga que contener necesariamente en un acta, pues no es extensible analógicamente las garantías del procedimiento tributario de inspección a un ámbito especial como es el ahora examinado en autos, en el que las actuaciones de inspección del Banco de España se enmarcan dentro del ámbito de las relaciones de supremacía especial que tienen las entidades de crédito, como bien expresan las codemandadas, y por tanto, las entidades inspeccionadas se hallan sometidas a un especial deber de sujeción a la actuación de dicho organismo, por lo que no es necesario que se contengan y documenten precisamente en actas". O la STS de 15 de marzo de 2021 (rec. 346/2019) sobre la especial particularidad que presenta el principio *non bis in ídem* en estas relaciones. Asimismo, y en lo que se refiere a la colaboración reglamentaria en materia sancionadora puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2021, de 28 de enero (y, asimismo, las SSTC 132/2001 y 13/2013 y el ATC 70/2006).
[79] FORSTHOFF, E. (1973): *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, p. 53.

calificó de "reliquia del Estado Absoluto"[80] y DIETZE, más dramáticamente, habló de "macabra denominación para una institución democrática" [81]. Pero un cambio de rumbo empezó a alumbrase en la década de los años setenta[82].

En efecto, el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia BVerfGE, 33, 1, 10, de 1972[83], va a poner de relieve que, incluso, aunque los individuos estén sometidos a una relación especial de poder, rige la reserva de ley para cualquier limitación a sus derechos y, por consiguiente, los derechos fundamentales y su protección son aplicables en toda su extensión a los individuos que se encuentren en estas especiales relaciones (en el caso de la sentencia se trataba de la negativa de entregar una carta a un sujeto que se encontraba cumpliendo condena)[84]. Como indica MONTORO CHINER, se produce un cambio en la fundamentación de la limitación, señalando:

"varía sucintamente la causa de la limitación, ya que con anterioridad a la sentencia referida la limitación se fundamentaba en las propias relaciones especiales de poder en que el funcionario se encontraba frente a la Administración, con posterioridad a la referida sentencia esta limitación tan sólo podría venir impuesta por Ley o por causa de Ley (*nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes*)" [85].

[80] BECKER, E. (1956): "*Verwaltung und Velwaltungsrechtsprechung*", *VVDStRL* núm. 14, p. 96.
[81] DIETZE, L. (1972): *Schulverfassung und Grundgesetz*, Diss, Mainz, p. 64.
[82] Aunque como destaca LÓPEZ BENITEZ, M. (1994): *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, pp. 123 y ss. esta proyección subsistió hasta la reunión de Mainz de profesores de Derecho Público, realizada en octubre de 1956, en la que se presenta a las relaciones especiales de sujeción en una sociedad motivada en la Norma Fundamental de Bonn. Las ponencias de Herbert Krüger ("El Poder y el Derecho en las relaciones especiales de sujeción") y Carl Hermann Ule, ("La distinción entre relación fundamental y relación de empresa"), condujeron a reconocer: (I) que la reserva de ley afecta las relaciones especiales de sujeción, en tanto no hay espacios ajurídicos en donde la Administración encuentre un terreno propio y autónomo; (II) que las relaciones de los ciudadanos con el Estado no son solo de sujeción o de poder, son tantas como las necesidades del ciudadano en torno al Estado; (III) que las relaciones especiales de sujeción, permiten ejercer los derechos fundamentales, en el límite de los objetivos de la institución; (IV) que estos objetivos originan una "relación fundamental", sometida a control judicial, y en este sentido una relación jurídica; (V) que las relaciones meramente "funcionales" u "organizativas" o "de empresa", quedan excluidas de la protección o control judicial.
[83] Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar otras sentencias donde el Tribunal analiza el contenido y alcance del concepto:); BVerfGE 49, 89 (central nuclear Kalkar, densidad de la regulación); BVerfGE 58, 257 (centros escolares); BVerfGE 76, 1, 74 y ss. (permiso de residencia para extranjeros); BVerfGE 80, 124, 131 y ss. (subvenciones a la prensa); BVerfGE 84, 212, 226 f.; 88, 103 115 f. (libertad de asociación: cierre patronal; huelga de funcionarios); BVerfGE 105, 279, 303 y ss. (advertencias del gobierno federal); BVerfGE 33, 125 (médico especialista, autonomía de las corporaciones para dictar ordenanzas); BVerfGE 57, 295 (radiofusión privada), BVerfGE 76, 171, 184 y ss. (directrices corporativas para el ejercicio de la abogacía)
[84] Es de ineludible cita en torno a esta sentencia y la vigencia en las relaciones especiales de sujeción de los derechos fundamentales GARCÍA MACHO, R. (1989): "En torno a las garantías de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones de sujeción especial", *Revista Española de Derecho Administrativo REDA*, núm. 64,1. Según el autor (p. 525), incluso algún sector doctrinal (Fuss), consideró muerta la institución tras esta sentencia producida en el ámbito penitenciario. El autor, arduo defensor de la vigencia de los derechos fundamentales y el principio de reserva de ley en esta materia, reprueba la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987 (relativa a objetores de conciencia), poco respetuosa con una consideración moderna y actual de este tipo de relaciones. El autor también plantea la insuficiente consideración doctrinal de esta materia, a pesar que cada uno de estos status especiales, tengan unas características y peculiaridades propias.
[85] MONTORO CHINER, M.J. (1987): *La Función Pública en el Federalismo Alemán*. Instituto Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares (Madrid), p. 40.

Como notas que van a caracterizar esta nueva concepción y cambio de rumbo dentro de la doctrina alemana RONELLENFITSCH va a destacar las siguientes[86]:

- La Reserva de Ley rige también en las relaciones especiales de sujeción.

- El ejercicio de los derechos fundamentales de las personas incluidas en tales relaciones sólo puede limitarse por ley o en base a una ley.

- No existe un poder normativo originario del ejecutivo en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción.

- La tutela judicial de los derechos se da también dentro de la relación jurídica de tracto sucesivo.

Como sentenciara MERTEN: "la pluma del Tribunal Constitucional puede eliminar leyes, pero no institutos dogmáticos". Y es que, la misma realidad de las cosas, y la necesidad de dar explicación a la situación jurídica de las personas que se relacionan de forma especial con la Administración[87], hicieron en el caso español que, con carácter general, ni la doctrina ni la jurisprudencia tras la Constitución pusieran en duda la existencia de la categoría[88], como subrayó entre nosotros JIMÉNEZ BLANCO[89]. Bien es cierto que, de forma más reciente, algunos autores han propugnado el abandono de la categoría como LASAGABASTER[90], o han señalado su carácter innecesario como REVIRIEGO[91] o, directamente, han entendido que la categoría es obsoleta como RIVERO ORTEGA[92]. No es opinión que compartamos por muy atractivo que pueda resultar arrinconar en el baúl de los recuerdos categorías jurídicas surgidas en otro tiempo. Tampoco es la de NIETO que, en este sentido, ha señalado que, si bien el problema tiene su origen en el no

[86] RONELLENFITSCH, M. (1984): *"Das besondere Gewaltverhältnis in Verwaltungsrecht", DöV,* p. 781 y ss.

[87] Categoría jurídica utilizada, inclusive, por el legislador. De esta forma, la exposición de motivos de la Ley 8/1995, de 2 de mayo, del Deporte de la Comunidad de La Rioja, incluyó un capítulo sancionador basándose en "la existencia de relaciones de sujeción especial en el referido ámbito". Sin embargo, esta norma ha sido derogada por la Ley 1/2015, de 23 de marzo, del ejercicio físico y del deporte de La Rioja, en la que ha desaparecido dicha denominación en la exposición de motivos.

[88] Expresión de esta tendencia a mantener, con más o menos adecuación al Estado contemporáneo el contenido de una categoría jurídica surgida en un Estado, con unos supuestos ideológicos distintos a los actuales es, en nuestra propia jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1987 (Ar. 9855) -obsérvese que es posterior a nuestra Constitución- que no duda en afirmar que, en el seno de las relaciones especiales de sujeción, la reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, en cuanto que aquellas sanciones son expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* genérico del Estado; lo que hace que, en definitiva, no les sea aplicable la exigencia de una ley formal habilitante para el ejercicio de las potestades punitivas y sancionadoras de la Administración Pública y para la tipificación de las conductas sancionables.

[89] JIMÉNEZ BLANCO, A. (1989): *Derecho Público del Mercado de Valores*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 130

[90] LASAGABASTER HERRARTE, I. (1994): *Las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid, p. 425.

[91] Así, entre otros, REVIRIEGO PICÓN, F., no duda en exponer cómo la categoría resulta "poco conveniente, al tratarse de una locución creada en su origen histórico para justificar tres privilegios de la Administración regia: la relajación del principio de legalidad, la limitación de los derechos fundamentales de ciertos súbditos y la ausencia de tutela judicial de determinados actos administrativos" (Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios", *Derechos y Libertades*, núm. 13, 2004).

[92] RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, p. 105.

establecimiento de límites claros de actuación administrativa compatibles con los derechos de los administrados, esto no es obstáculo para determinar la conveniencia de la existencia de esta figura[93]. Por su parte, PRIETO ÁLVAREZ, señala en el mismo sentido que ha habido excesos, y muchos, en el uso de esta categoría. Sin embargo, entiende que el *quid* de la cuestión estaría en determinar caso a caso -como sucede por ejemplo en el ámbito de la potestad sancionadora mediante reglamento de los entes locales en materia de interés municipal-, qué intensidad encontramos en esa relación concreta con la Administración, para poder afirmar esa virtualidad de la categoría a que nos referimos, y sus debidas consecuencias, a pesar de no estar plasmada en la Constitución o en una norma de rango legal[94].Tampoco es, desde luego, la opinión del Tribunal Supremo, que sigue en sentencias muy recientes utilizando la categoría para explicar limitaciones/matizaciones a derechos como, a título de ejemplo, acontece en la STS de 19 de julio de 2022 (rec. 159/2021) donde éste no duda en declarar, a propósito de los colegios profesionales e invocando la jurisprudencia constitucional (SSTC 219/1989 y 93/1992), que "el intérprete de la Constitución entiende que la reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, siempre que exista una cierta base legal"[95].

Y es que, desde mi punto de vista, el asunto a dilucidar, no es si debemos o no abandonar esa categoría jurídica o denominarla de otra forma[96], sino más bien determinar qué limitaciones puede implicar la utilización de la misma y con qué intensidad y hasta qué punto puede hacer decaer los principios recogidos en nuestra Carta Magna.

OBERMAYER[97], tras la Constitución de Bonn[98], intentará definir la categoría estableciendo que "la relación especial de sujeción es aquella relación jurídico pública de

[93] NIETO, A. (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, págs. 217 y ss que alude, en cuanto a la reserva legal, a distintos círculos concéntricos en que la misma va, progresivamente siendo menos intensa y sitúa, en el último de éstos, al Derecho disciplinario. En idéntico sentido, puede verse el trabajo de HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid.

[94] PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 178, pp. 247 y ss. Especialmente interesante resulta la reflexión final que se realiza con invocación, a estos efectos, de la STC 61/1990 que apunta la necesidad de investigar la intensidad de la sujeción o de la relación para determinar así la modulación de los derechos y obligaciones de los colectivos en cuestión. Y cita como ejemplos a seguir en esta línea apuntada, las SSTC 132/2001 y 52/2003 en las que el Tribunal analiza el principio de legalidad sancionadora sin poner en cuestión la categoría ya que lo que importa, al fin y a la postre, son las consecuencias que determina la aplicación de la misma en un sector concreto. Manteniendo una posición propia respecto de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, al discernir sobre la intensidad de la relación.

[95] Otras sentencias que pueden consultarse son la STS 3 de noviembre de 2014 (rec. 832/2013) o la STS de 15 de marzo de 2017 (rec. 2078/2014), referidas ambas al alcance del principio *non bis in ídem;* la STS 24 de mayo de 2018 (rec. 2520/2016) dedicada a la libertad de expresión; la STS de 4 de junio de 2018 (rec. 4776/2016) que aborda la rehabilitación funcionarial por contraposición a la rehabilitación social en la medida que media una relación especial de sujeción; la STS 3 de junio de 2019 (rec. 245/2018) con respecto a la libre designación; o, por poner un último ejemplo, la STS 26 de abril de 2021 (rec. 4645/2019) referida, en materia de protección de datos, al alcance del consentimiento y el derecho de información.

[96] Como indica PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 178, p. 236 "…un análisis detenido -se refiere el autor a la jurisprudencia constitucional- revela que la discrepancia entre los magistrados no radica en la existencia misma de la categoría de las relaciones especiales de sujeción (que nunca niega ni el Tribunal ni ninguno de sus componentes)".

[97] OBERMAYER, K. (1956): *Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt*, Boorberg, Stuttgart-München-Hannover, p. 84 y ss.

[98] La Ley Federal de Bonn no hace ningún reconocimiento constitucional específico de esta categoría con carácter general, pero si menciona categorías particulares, como las prisiones o la enseñanza.

sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del Poder Público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo".

KRÜGER prácticamente en la misma época que el autor antes referenciado – década de los cincuenta-[99], va a mantener como notas esenciales de las relaciones especiales de sujeción su conexión con el concepto de poder y así destaca como principales elementos:

1.- El poder que juega en la relación especial de sujeción es un poder desconstituido (*entverfasst*), mientras que el poder en la relación general de sujeción es un poder constituido (*verfasst*).

2.- El poder de la relación especial de sujeción es en su origen un poder dominical o señorial[100].

3.- La relación especial de sujeción supone un poder personal y, precisamente, este elemento personal es la explicación, según dicho autor, de por qué hasta ahora no ha sido jurídicamente reglado.

Por su parte ALESSI, va a definir a estas relaciones estableciendo que puede afirmarse su existencia "siempre que la relación implique un contacto personal directo, con cierto carácter de permanencia y continuidad, entre el individuo titular de la relación y la esfera de la Administración, de manera que surja la necesidad de regular el comportamiento personal del administrado a fin de asegurar el mejor ejercicio de la propia relación"[101].

En la Alemania de la Constitución de Weimar, FLEINER[102] entendía que estaban incluidos en el concepto de "relaciones de sujeción especial" los funcionarios, los que ingresan en un establecimiento público (escuela, ejército, prisión), los contribuyentes y

[99] KRÜGER, H. (1957): *Das besondere Gewaltverhältnis*, VVDStRL, núm. 15 (referencia en GALLEGO ANABITARTE op. cit.). Destaca el autor la importancia de estas relaciones, poniendo de relieve que el hombre empieza su vida en una relación especial de sujeción, la de la casa de Maternidad, y la termina en otra, la del cementerio; y entre estos dos extremos puede encontrarse en numerosas relaciones de este tipo, como funcionario, como usuario de servicios públicos, como miembro de corporaciones públicas, al estar sometido al poder fiscal etc.

[100] Se podría afirmar, con las reservas oportunas al respecto, que la configuración de estas relaciones, se hace a imagen de las relaciones feudo-vasalláticas. GANSHOF, F. L. (1979): *El Feudalismo*, Editorial Ariel, Barcelona, p. 248, expone que "Es posible que el feudalismo nos haya transmitido ciertos legados a través de los siglos: no ya instituciones, sino maneras de ser, de pensar, de sentir, de expresarnos...". Pensemos para ello, simplemente en la cláusula de voluntariedad, como justificación de las mismas, que preside la naturaleza de las relaciones de sujeción especial y pensemos comparativamente en el Homenaje de las instituciones feudo-vasalláticas.

[101] ALESSI, R. (1970): *Instituciones de Derecho Administrativo*, Edit. Bosch, Barcelona, p. 230.

[102] FLEINER, F. (1928): *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, (Traducción por GENDÍN, S. A.), Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1.933, pp. 134 y ss. Indica dicho autor que "potestad jerárquica, potestad disciplinaria y poder de control, son los ejemplos principales de las relaciones especiales de poder. Es indiferente para la relación especial de poder el que se realice o no con el asentimiento del ciudadano; para el primer supuesto considérese la situación de funcionario; para el segundo adviértase cómo se ingresa en la escuela o en el presidio. No importa tampoco el fin para el cual la relación de poder especial ha sido establecida; si el interesado ha de actuar al servicio del Estado (funcionario) o si debe recaer en el mismo la acción estatal (educación, castigo, vigilancia). Y, finalmente, no importa el caso de si se obtienen ciertas ventajas por los deberes que impone de más la relación especial de Poder, o si se tiende a justificar una mera relación de deber".

los incluidos en las relaciones que se dan en la prestación de los seguros de enfermedad y de accidente[103].

THIEME va a proporcionar una extensa clasificación, incluyendo en la categoría[104]:

- el servicio que, de alguna manera, esté en relación con el aparato estatal: los funcionarios (también los de carácter honorífico), los que se encuentran en la organización militar, la situación de los *Privatdozenten* (cargo docente con carácter libre, inferior al del profesor ordinario y extraordinario), los ministros y los parlamentarios.

- la utilización de un establecimiento público (desde un museo hasta la bolsa); así como establecimientos para enfermos mentales, presos y aquéllos que están en prisión preventiva.

- la relación que se establece por efecto de la libertad vigilada o vigilancia por razones fiscales.

Se excluyen a su juicio la relación entre un miembro y una corporación profesional y la relación con determinadas instituciones (seguridad social...), pues en éstas se da una evidente relación jurídica de prestación monetaria y contraprestación, esto es, un típico ejemplo de relación de pretensión jurídica y no de sujeción, siendo irrelevante que esta prestación se haga en pagos parciales.

WOLFF, por su parte, va a diferenciar entre[105]:

- utilización de establecimientos públicos (escuelas, cementerios, ferrocarriles, transportes urbanos, prisiones)

- la relación creada por el desempeño de una función pública (funcionarios y empleados de autoridades públicas).

---

[103] THOMA, R. (1906): *Der Polizeibefehl im badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage*, Tübingen, en la misma época que el anterior, señala como ejemplos: la subordinación del criado al poder del señor, la del trabajador al propietario de la fábrica, la del funcionario a las autoridades superiores con su derecho de organizar y ordenar y con su poder disciplinario, viajeros de servicios públicos, presos, alumnos, prestación del servicio militar etc. JACOBI, E. (1932): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, II, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 355 (cita recogida de GALLEGO ANABITARTE op. cit.) indica que se encuentran en dicha situación: el cargo o servicio en la estructura administrativa pública (soldados, jueces y funcionarios), las relaciones de los usuarios con los establecimientos públicos, el control fiscal y el carácter de miembro de asociaciones de Derecho Público. ERMACORA, F. (1956): *Die besonderen Gewaltverhältnisse in Osterreich*, DöV, (cita de GALLEGO ANABITARTE op. cit.), dentro de la doctrina austriaca, distingue entre relaciones especiales de sujeción patrimoniales y modernas. Desde esta distinción considera como patrimoniales la situaciones en que se encuentran los funcionarios, los soldados, los escolares y los estudiantes y como relaciones modernas cita las entabladas entre los que realizan una actividad profesional y las respectivas entidades representativas de sus intereses, la relación del individuo con la asistencia social (beneficencia, hospitales, establecimientos sanitarios) y, finalmente, la relación que se produce al recibir una prestación administrativa (gas, etc.).

[104] THIEME, W. (1956): *Die öffentliche Verwaltung*, DöV, (1956) (cita de GALLEGO ANABITARTE op. cit.). Lógicamente, con la ampliación del Estado de Bienestar, el surgimiento del concepto de Estado Social y la más decisiva intervención del Estado en la sociedad, los supuestos a los que se aplica la categoría van a aumentar necesariamente. La interrelación del Estado y de la Sociedad, provoca un aumento de sus lazos y un incremento del, denominado por FORSTHOFF "espacio vital efectivo".

[105] WOLFF, H. J. (1959): *Verwaltungsrecht*, I, 3ª ed., München.

- la relación creada por la inspección fiscal.

- soldados.

No obstante, parece interesante destacar que este autor observa cómo la mera utilización de establecimientos públicos o de instituciones públicas no hace surgir ni crea ningún status especial sino simplemente una obligación contractual, y ello sin que se produzca ninguna contradicción con la anterior clasificación al entender que, desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, el concepto en cuestión es considerado de una manera amplia como parte del orden jurídico en el que se dictan reglamentos especiales y aquí sí es admisible la utilización de establecimientos públicos.

MAURER, en la doctrina contemporánea alemana, señala que, sin excluir otras, han de entenderse incluidas en ellas la relación escolar, la relación en la que se encuentran los reclusos en centros penitenciarios y, en general, los usuarios de otros establecimientos públicos, la relación funcionarial y la relación trabada con ocasión de la realización del servicio militar[106].

En el caso de Portugal, también se ha utilizado la categoría para caracterizar la situación de determinados sujetos frente al Estado. Lo ha sido en la jurisprudencia[107]. E, inclusive, la legislación ha admitido expresamente su existencia[108]. Y, como en el caso de España, la categoría también se ha extendido, en ocasiones, sin una delimitación clara y abarcando a personas jurídico privadas no insertas en la organización interna de la Administración[109], o sin una relación jerárquica (relaciones alumno-profesor, presos o usuarios de servicios públicos)[110]. Bien es cierto que la utilización de la categoría, como tal, se produce tras el régimen autoritario y la denominada "revolución de los claveles", quizás por la innecesaria utilidad de la misma en un régimen político sin libertades donde no era preciso justificar limitaciones a derechos.

De esta forma, CAETANO se refirió a este tipo de relaciones, sin utilizar la denominación, en la función pública, la policía administrativa y los contratos públicos[111].

SOARES ESTEVES OLIVEIRA, por su parte, utiliza como ejemplos de "relaciones especiales de poder" la utilización del espacio de dominio público por entidades autorizadas, la relación Universidad-estudiantes, y la relación de empleo o laboral con la Administración pública[112].

---

[106] MAURER, H. (2006): *Derecho Administrativo Alemán* (traducción coordinada por DOMENECH PASCUAL, G.), Universidad Nacional Autónoma de México, México (2012), p. 119.

[107] Baste referirnos, a estos efectos, a la Sentencia del Tribunal Constitucional nº31/84 (Diário da República I, 17/4/84) donde se aplica el concepto de relación especial de sujeción en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

[108] En el orden normativo, se utiliza expresamente el concepto de forma literal en el Decreto-Lei n.º 264/89, de 18 de agosto, en el caso de las Fuerzas Armadas.

[109] Un ejemplo de ello lo tenemos en el Parecer 7/78 de la "Comissio Constitucional" (4º volume de "Pareceres da Comissáo Constitucional", Lisboa) que, no solo admite la posibilidad de existencia de una relación especial de sujeción entre los particulares y la Administración (en el caso juegos de azar), sino que esa admisión se realiza, como se detalla, para la protección de los intereses colectivos posibilitando una vigilancia más intensa y la aplicación de un poder disciplinario sobre estos.

[110] OTERO, P. (1992): *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, p. 59.

[111] CAETANO, M. (1970): *Direito Administrativo*, Lisboa, Coimbra Editora.

[112] SOARES ESTEVE OLIVEIRA, R.E. (1995): *Código do Procedimiento Administrativo*, Coimbra, V. II, p. 14.

Y ALFAIA se refiere a la función pública como una clase de este tipo de relaciones en que el poder de la Administración encuentra un equilibrio con la estabilidad de la relación lo que justifica, a juicio de dicho autor, un estatuto especial de derecho público de éstos[113].

Aunque, como pronto advertiría VIEIRA DE ANDRADE utilizando la diferencia entre relación básica y de funcionamiento, si bien no gozan en la misma medida de derechos fundamentales que los ciudadanos comunes, estas restricciones de poder deben respetar los presupuestos y los limites expresamente previstos en la Constitución[114]. Y, como puntualizaría FREITAS DO AMARAL, en todas estas relaciones conceptuadas como relación especial de poder las reglas no pueden ser las mismas[115].

Ya en la doctrina española, y realizando una concreción de las distintas relaciones que se incluyen dentro del concepto, GALLEGO ANABITARTE[116] expuso que:

- existe unanimidad en catalogar como este tipo de relación a la situación del funcionario, del militar, del escolar y estudiante y del preso.

- se deben considerar también como relaciones especiales de sujeción la libertad vigilada (policíaca y fiscal) y la relación con establecimientos de beneficencia y sanatorios de tipo obligatorio.

- son discutibles y problemáticas las relaciones entabladas por la utilización de un establecimiento público (museos, etc.), y servicios de transporte, la situación de los diputados y ministros y la situación de aquellos que están bajo el poder de un Presidente de Sala o Cámara Parlamentaria.

- deben ser excluidas la relación con las Corporaciones Profesionales, Seguridad Social y prestación administrativa en forma de abastecimiento (gas, luz, etc.)[117].

Con posterioridad, BAÑO LEÓN, recogiendo parcialmente la clasificación dada por GALLEGO ANABITARTE y confrontando a esta con la Constitución de 1978 a fin de determinar la posibilidad o no de un Reglamento independiente en cada una de las relaciones de sujeción especiales, indica que, precisamente, las típicas relaciones están impedidas a la acción del Reglamento independiente[118]. En este sentido, realiza la siguiente clasificación:

---

[113] ALFAIFA, J. (1985): *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Coimbra, V, I, p. 27 y ss.

[114] VIEIRA DE ANDRADE, J.C. (1977): *Direito Constitucional*, Coimbra, p. 235. Este autor incluye dentro de la categoría de relaciones de sujeción especial a los estudiantes de los establecimientos públicos, los funcionarios públicos, los militares, los presos y los usuarios de los servicios públicos.

[115] FREITAS DO AMARAL, D. (1994): *Curso de Direito Administrativo*, I, Coimbra, p. 629.

[116] GALLEGO ANABITARTE, A., (1961): "Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 34, pp. 25 y ss.
Por su parte, NIETO GARCÍA, A. (1993): *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, p. 201, señaló que era totalmente inaceptable en un Estado de derecho la relajación de las garantías legales "pero el sometimiento de todas estas relaciones (con la excepción de las disciplinarias) al régimen común, sin matización alguna, no es menos reprochable, por muy bienintencionado que sea".

[118] BAÑO LEÓN, J.M. (1991): *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Civitas en coedición con la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 210.

"1º En las clásicas relaciones de sujeción
a') La relación funcionarial está sujeta a reserva de ley (art. 103.3 CE)
b') La relación del militar profesional y del soldado (104.2 y art. 30.2 CE).
c') La relación académica estudiantil (art. 27 CE).
d') La relación penitenciaria (art. 17.1 CE).

2º En las relaciones de sujeción derivadas de la incorporación a ciertos establecimientos públicos.
a') Está sujeta a reserva los tratamientos sanitarios de tipo obligatorio (véase la Ley Orgánica 3/1986, de 25 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública).
b') También regula la ley los aspectos básicos de la organización interna hospitalaria y los derechos que el paciente disfruta frente al orden interno de estos establecimientos (Ley General Sanidad, 25-4-86).
c') Solamente en la regulación de algunos establecimientos como por ejemplo museos, cabría que existiera una reglamentación independiente, cuya validez puede ampararse más que en la voluntariedad (*volenti non fit iniuria*) en la no afectación a ningún derecho o libertad constitucionalmente protegido.

3º Respecto a la situación de los concesionarios que muy dudosamente cabe clasificar de relaciones especiales cabe distinguir:
- En la concesión de servicios públicos, la regulación y los derecho y deberes del concesionario están básicamente previstos en la Ley de Contratos del Estado para el ámbito estatal y en la LBRL para el municipal, además de en numerosas normas sectoriales, como la Ley de Autopistas o la de la televisión privada. Se trata de un contrato en el que hay una igualdad básica de las partes, por más que la Administración disponga de algunas prerrogativas que en ningún caso puede romper el equilibrio económico-financiero.
- En las concesiones de dominio público tampoco existe una regulación propicia para el reglamento independiente. De hecho, el régimen del dominio público está constitucionalmente reservado a la ley (art. 132.1 CE y la regulación de la Ley del Patrimonio del Estado). Regulación reforzada además por cada una de las leyes especiales que regulan el dominio público (Aguas, Ley de Costas, etc.)".

Sin duda, la extensión de la categoría a múltiples colectivos ha provocado la crítica, y con razón, de la doctrina. A juicio de PRIETO ÁLVAREZ, quien previamente da cuenta de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo sobre la materia y la inclusión de distintos colectivos, se ha producido un cierto abuso en la utilización de la figura ya que indica el autor "una primera conclusión salta a la vista: infinidad de supuestos que se han incluido en su ámbito lo han sido con el único argumento de que para el colectivo en cuestión la Ley había previsto un sometimiento a potestades administrativas particularmente intenso. Como si esto tuviera algo de «especial» o requiriese una categoría abarcante"[119].

En cualquier caso, una vez establecidas las clasificaciones más representativas sobre las distintas clases de relaciones especiales de sujeción por parte de la doctrina, es necesario poner de relieve las siguientes consideraciones:

[119] PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 178, p. 225.

1ª.- La propia concepción de las relaciones de sujeción especial, tal cual figura en la doctrina alemana de la época de Bismarck, de la Constitución de Weimar e, incluso, tras la Constitución de Bonn, parte de una realidad social: el Estado marcha en esos momentos paralelamente a la sociedad, de modo que es posible "aislar" aquellas ocasiones en que el Estado somete a determinados ciudadanos a una mayor carga de derechos y deberes, producto de la inserción del poder público en la sociedad. No obstante, no es esta la situación actual en la que el Estado y la Sociedad se encuentran constantemente interrelacionados, con numerosos puntos de coincidencia en las que las fuerzas sociales cubren satisfactoriamente numerosos objetivos del poder público.

2ª.- La construcción de la teoría del administrado (o del ciudadano en la terminología actualmente usada[120]) no se puede cimentar como se hizo en el absolutismo, sino que el administrado, aun en el caso de que nos encontremos en estas especiales relaciones, disfruta de una serie de situaciones jurídico-activas que puede imponer, con la garantía judicial, a la Administración[121].

3ª.- No hay, como se ha puesto de relieve, coincidencia en la doctrina acerca de cuáles son estas especiales relaciones. Así, existen ocasiones en las cuales la doctrina duda de la inclusión o no de ciertas figuras, se admiten algunos sectores en las mismas que hoy sería impensable considerar y se niega o excluye a otros sectores que, sin embargo, la jurisprudencia, en este caso española, ha afirmado su inclusión.

4ª.- Entendemos que es necesario superar el intento dogmático de la doctrina de encasillar determinadas situaciones dentro de estas especiales relaciones, pues las mismas no son hoy en día un *numerus clausus*, sino más bien todo lo contrario. Por lo que es imprescindible en las cuales es necesario afirmar la vigencia del principio de reserva de ley, la plena vigencia, con matizaciones, de los derechos fundamentales (fuerzas armadas...) y la plena protección judicial sobre estos y cualesquiera otros[122]. Ello supone afirmar, desde nuestro punto de vista, la subsistencia de estas relaciones después de la promulgación de nuestra Constitución -no en vano, la misma admite en diversos artículos las matizaciones a los derechos fundamentales para ciertos colectivos-, pero replanteada esta subsistencia desde conceptos completamente distintos, más acordes con un concepto de Administración pública y de Derecho administrativo que respondan a la concepción actual que nuestra Constitución recoge y que obedece, sin duda, a una relación Estado-Sociedad más estrecha.

---

[120] Como destaca CHAMPEIL-DESPLATS, el concepto de ciudadano tiende a resaltar al individuo político, actor central y fuente de legitimidad de la forma particular de organización del poder político que es la democracia, y el concepto de administrado se asocia con una forma de subordinación respecto de la administración. (…) La combinación de las palabras "democracia" y "ciudadanía" frente al adjetivo "administrativos" supone una inversión de perspectiva, una ruptura, un cambio de paradigma. De sujeto pasivo frente a la administración, el administrado tiene que convertirse en un actor activo en la determinación del interés general y en la formación de las decisiones a las cuáles se está sometido". CHAMPEIL-DESPLATS, V. (2019): "La ciudadanía y la democracia administrativa: ¿Nuevos paradigmas para la acción administrativa?, en *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción* (monografía dirigida RODRÍGUEZ-DRINCOURT, J.), pp. 161 y 162.

[121] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ, T. R. (2020) *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Cívitas, Madrid, pp. 17 y s.

[122] Quiere decir esto que, por un lado, dado que vivimos actualmente en una sociedad en la que el Estado tiene una influencia notoria y existen múltiples interrelaciones, no se puede establecer de antemano qué situaciones relacionales con la Administración pueden integrar el concepto al que nos referimos; y por otro lado, y consecuentemente, no se puede atender de la misma forma a todas las relaciones que integren esta categoría.

5ª.- Esto que intentamos poner de relieve no viene sino avalado por la propia justificación de la existencia de estas, la voluntariedad -hasta cierto punto- de su constitución[123]. Así ha sido en cierta manera reconocido implícitamente por nuestro propio Tribunal Constitucional. En efecto, en la sentencia núm. 66/1984, de 6 de junio, establece en su Fundamento Jurídico Primero, refiriéndose al caso de unas sanciones impuestas a unos promotores de viviendas de protección oficial, que:

"Jurídicamente se trata de sanciones establecidas para los casos de transgresión de las obligaciones comprendidas en la reglamentación aplicable al caso y asumidas voluntariamente por los promotores, sanciones que, en ejercicio de una potestad inserta en el cuadro que hemos tratado, corresponden a la actuación de la Administración dentro del marco legal establecido al efecto y con sometimiento a los fines que las justifican y que, dentro de la consagración de la plenitud de sometimiento de la Administración al control jurisdiccional en los términos definidos hoy en el artículo 106 de la Constitución, garantizan la protección jurisdiccional del hipotético transgresor. Se trata, como se ha visto, de unas sanciones diferenciadas cualitativamente de las que dentro del complejo mundo de las sanciones, no reconducibles a una categoría única y a tratamientos uniformes, se orientan a la protección del orden general, próximas a las punitivas y reclamadoras, en línea de principios, de garantías que, teniendo su inicial campo de aplicación en el punitivo, son extensibles al sancionador que hemos dicho, en la medida que la afinidad material lo exija. Constituiría un exceso, desconocedor de la diferencia cualitativa de las sanciones de que se trata en este recurso, que pretendiera trasladarse a ellas el conjunto de principios que es obligado en el caso de aquellas que, por su afinidad con las punitivas, son otras las reglas. El no entenderlo así ha llevado al actor -con otros equívocos en cuanto a la inteligencia del amparo- a reclamar para su caso prescripciones que, si pueden ser válidas para el campo sancionador del orden general, no se compadecen con el distinto y bien diferenciado que hemos considerado".

Es decir, no caben categorías únicas, ni clasificaciones bipolares que conduzcan a tratamientos uniformes. Por ello, es necesario realizar un esfuerzo de análisis e ir a un estudio diferenciado y cualitativo de las distintas figuras que se agrupan bajo la categoría[124]. No pueden identificarse y ser tratadas con arreglo a los mismos criterios los bancos, la bolsa, el mundo de los toros, los funcionarios, etc[125], y, como resulta ser en nuestro caso, la relación que une a los altos cargos con el Estado. Se trata de realidades

[123] FLEINER no atribuye el fundamento de éstas a la voluntariedad. Incluso considera indiferente dicha cualidad y señala como ejemplo el caso de los reclusos. FLEINER, F. (1928): *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts,* (Traducción por GENDÍN, S. A. (1933): *Instituciones de Derecho Administrativo,* Editorial Labor, S.A. Barcelona, p. 135

[124] Ello no impide que se afirme la existencia de la categoría sin tener que acudir a la creación de categorías específicas como la "relación especial de derecho administrativo" que, respecto de la función pública en general, ha propuesto VASCONCELOS ALBUQUERQUE, N. (2000): *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo,* Almeida y Leitao, Porto. En este sentido, el autor, en aras a conseguir una concepción más adecuada del término en relación con el cumplimiento de tareas públicas, sustituye el concepto de relación de sujeción especial por el de "relación especial de derecho administrativo funcionarial.

[125] Como certeramente ha señalado MARINA JALVO, la jurisprudencia ha ido mostrando vaivenes y ha sido en ocasiones contradictoria aunque, en general, puede decirse que "los Tribunales no han arriesgado en precisar el alcance de las particularidades que los principios sancionadores experimentarían en el marco de las relaciones de sujeción especial; tarea, por lo demás harto difícil, habida cuenta de la heterogeneidad de supuestos reconducibles a la categoría en cuestión". MARINA JALVO, B. (2015): *El régimen disciplinario de los empleados públicos*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 44

distintas, de supuestos diversos de intervención del Estado que no pueden reconducirse a una única categoría que, sin embargo, sí resulta de utilidad para caracterizarlas.

Y es que, en cualquier caso, como ha puesto de relieve PRIETO ÁLVAREZ[126], el dato incuestionable es que la propia Constitución otorga cualidades especiales a ciertos sujetos, lo que comporta para éstos algunas singularidades en su *status* jurídico, aunque el autor, y con toda razón, advierte que esta pretendida situación o relación administrativa no aparece consagrada ni definida de modo autónomo en texto normativo alguno.

Y es que, se quiera o no[127], en el ámbito de las relaciones que el Estado mantiene con ciertos sujetos, existen unos poderes y unos deberes más enérgicos sobre la base de una integración específica de ese ciudadano en la esfera pública -ya se trate de una persona física o jurídica-, por la situación especial en que le posiciona el ordenamiento jurídico, por haber sido incluido como pieza estructural en una organización administrativa o, en fin, por razón de la particular trascendencia o significación que para el interés público tienen las finalidades a conseguir por esta. Como señalara el TC en su sentencia 132/2001 "es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de «especial sujeción», «de poder especial»" o, simplemente, «especiales»". Ahora bien, también matiza que esta categoría "no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos

[126] PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 178, p. 217 y pone de relieve que "el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han pecado, por separado, de erráticos y vacilantes. En relación al intérprete último de la Constitución, si bien inicialmente no dudó en identificar tales o cuales relaciones entre la Administración y determinados ciudadanos como de especial poder, en no pocos pronunciamientos habidos en los últimos años —desde 2001—, sin negar la categoría ni desautorizar sus propios precedentes, opta por eludir calificaciones o denominaciones sobre las relaciones jurídico-administrativas que se le presentaban: en esta jurisprudencia —a diferencia de otra, también reciente, que sigue reconociendo la categoría—, con el argumento de que la categoría que nos ocupa «no es una norma constitucional», evita pronunciamientos de dogmática jurídica y se contenta con extraer las concretas conclusiones jurídicas —en estos casos, en materia de vigencia del principio de legalidad— que la *litis* exigía. Por otra parte, los autores que se han ocupado de estas relaciones especiales (que creo que tampoco son tantos como para hablar de una «especial atención en nuestro país») han sostenido conceptuaciones y diagnósticos contrapuestos. Frente a quienes sostienen la pervivencia de la categoría jurídica —casi siempre de manera más o menos restringida—, se alzan quienes diagnostican el declive del concepto, afirmando su carácter innecesario, o incluso preconizando su abandono".

[127] Bien es cierto que, como se ha expuesto por otros autores como LASAGABASTER HERRARTE, I. (1994): *Las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Cívitas, p. 423 "Las relaciones especiales de sujeción puede decirse que disfrutan de una clara explicación de su nacimiento, pero no de su existencia actual. Los avances del Estado de Derecho y la eliminación de la separación Estado-sociedad han desactivado la virtualidad de la categoría. Las dificultades que la juridificación de ciertas materias encuentra tampoco justifican su existencia. Los problemas interpretativos que se producen en relación con el principio de legalidad o con los derechos fundamentales se pueden resolver acudiendo a los instrumentos ordinarios de interpretación. Acudir a las relaciones especiales de sujeción es una solución fácil y muy poco rigurosa, además de dudosamente compatible con el texto constitucional. En definitiva, se considera que las relaciones especiales de sujeción son una categoría jurídica justificable históricamente, asumida acríticamente y útil judicialmente. Su utilización ha solventado los más variados problemas interpretativos, sin mayor esfuerzo argumentativo. Con ella se puede hacer referencia a todas aquellas situaciones en las que el ciudadano se encuentra en una situación de "dependencia acentuada", lo que se producirá siempre que el ciudadano tenga una relación jurídica con la Administración. Si algunas relaciones jurídicas producen una mayor acentuación de la dependencia, difícilmente podrá deducirse de ello consecuencias jurídicas…"

constitucionales de los ciudadanos". Estaríamos hablando, por tanto, de una situación en la que un ciudadano está sometido de forma más intensa al poder público, pero sin que dejen de regir principios tan importantes como la reserva de ley, lo que quiere decir que únicamente conforme a la misma, se van a poder modular sus derechos fundamentales, en todo caso, sujetos al control judicial.

Pues bien, analizada la categoría, no cabe duda, a mi juicio, que los altos cargos han de ser caracterizados dentro de la misma -no se encuentran en igual situación que cualquier ciudadano frente al Estado- y su singular régimen de responsabilidad, modulado por dicha caracterización, vendrá determinado por las consecuencias que se derivan de dicha caracterización[128].

Ciertamente el texto constitucional no se refiere a los altos cargos, pero lo cierto es que sí lo hace a los miembros del gobierno con un mandato al legislador para que regule su estatuto y las incompatibilidades los mismos[129]. Y, por dicha razón, y sin merma de sus características propias de origen constitucional, otorgándole una posición singular que amerita un régimen propio en general, y en particular en lo que se refiere al régimen de su responsabilidad, que permiten caracterizar dicha relación como de sujeción especial. Por otro lado, y aunque en la doctrina como se ha podido comprobar en ningún caso se hace referencia a éstos para incluirlos como una especie de esta categoría, desde mi punto de vista cuando se habla de funcionarios se alude a una denominación genérica que agrupa a todo el personal al servicio del Estado incluyendo, de esta forma, a los altos cargos que, en mi opinión, tienen características comunes a estos en lo que se refiere a la razón justificativa de esa inclusión: el desempeño de una función pública[130].

---

[128] Así lo reconoce, en forma expresa, el Preámbulo de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha que expresamente califica la relación como de sujeción especial. Dice así: "El título IV, dividido en cuatro capítulos (infracciones, responsabilidad, sanciones, procedimiento, órganos competentes y prescripción) regula el régimen de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos en esta ley. La tipificación tripartita de las infracciones en leves, graves y muy graves distingue, por un lado, en función de los sujetos activos y, por otro, las de naturaleza disciplinaria de las que tienen naturaleza distinta por imponerse al resto de sujetos que no están ligados por relación de sujeción especial con los poderes públicos"

[129] La Constitución, como se sabe sobradamente, en su artículo 97 determina los principios y criterios básicos que deben regir el régimen jurídico del Gobierno, y el artículo 98 se remite al legislador para que desarrolle ese mandato constitucional en relación a la definición tanto de sus miembros, como del estatuto e incompatibilidades de los mismos.

[130] Así lo hace PAREJO ALFONSO, L. (2011): *Ley modelo de establecimiento de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado desempeño de las funciones públicas*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través del Departamento de Cooperación Jurídica de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, pp. 34 y ss., donde argumenta que:

"Con la inclusión tanto de los altos cargos de la Administración como de los servidores públicos, sin prejuzgar, además, limitación alguna de esta última noción en cuanto a los efectos de la aplicación de la eventual Ley, toda vez que el dato objetivo que la caracteriza viene determinado por el genérico de prestar servicios en la Administración Pública y haber accedido a ésta por alguno de los sistemas previstos en el propio texto, quedando a disposición de cada país la opción política de concretar la referida noción de servidor público. Con la inclusión, de otro lado, de los altos cargos y los servidores públicos, se da unicidad al menos en cuanto al ámbito subjetivo a una regulación hasta ahora dispersa, aparte de incompleta o insuficiente. (…) La crisis actual de dicha categoría no empece a su utilización, toda vez que sirve en todo caso para evidenciar el específico y mayor alcance de la potestad de organización y control del comportamiento que en todo caso debe reconocerse a la Administración en el contexto de la relación de empleo en el servicio público por razones obvias. Importa ahora destacar que las sanciones previstas rompen con la tradición de la legislación centroamericana, consecuencia, a su vez, de las novedades impuestas por la Ley y partir de una realidad jurídica diferente a la que ahora existe. En efecto, la sanción pecuniaria desaparece de ambos regímenes (sancionador y disciplinario) para pivotar directamente sobre la

Y es que, en este punto, considero muy apropiada la postura de LÓPEZ BENITEZ quien mantiene que se trata de "las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación"[131]

De esta forma, y en base a la inserción de un alto cargo en la esfera organizativa de la Administración, se establece un específico poder de organización y control de la actuación y del propio comportamiento de los altos cargos. Así, se regulan las singularidades respecto de las condiciones de nombramiento (idoneidad y honorabilidad). Se impone el ejercicio de la función del alto cargo sujeto a unos principios de actuación. Se incluyen obligaciones específicas como la de formación, la de desempeñar sus funciones con integridad, absteniéndose, por lo tanto, de incurrir en conflictos de intereses y previéndose situaciones de incompatibilidad. Se establecen obligaciones de objetividad, transparencia y austeridad. Se regula un régimen retributivo y de protección social específico y se articula un régimen especial de limitaciones al ejercicio de actividades económicas tras su cese, o el uso de medios de pago para los gastos de representación, etc. En fin, y a los efectos de este trabajo, se delimita un régimen sancionador específico que será posteriormente objeto de análisis [132]. Y esta posición tiene consecuencias sobre

titularidad del cargo y consecuente pérdida de derechos anejos al mismo, con separación del servicio activo, suspensión de funciones, obligación de reintegrar cantidades indebidamente percibidas y prohibición incluso de acceso a los cargos y la función públicos. A los citados regímenes se acompañan unas garantías procedimentales mínimas (prescripción e instrucción de expediente al efecto). Por último, se regula la acción pública, permitiéndose a cualquier ciudadano acudir ante los órganos administrativos y judiciales competentes cuando compruebe la inobservancia de lo dispuesto en la Ley y/o la comisión de alguna o algunas de las infracciones en ella tipificadas". Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate_docs/Dr._Luciano_Parejo_Alfonso.htm (Consultado el 12 de agosto de 2021).

[131] LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1994): *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas, pp. 161-162. En efecto, el autor realiza desde esa perspectiva una delimitación negativa de la figura dejando fuera de la misma relaciones generadas por la utilización del dominio público, la propia de los concesionarios de servicios públicos o de quienes gestionan los denominados servicios públicos virtuales o impropios, la situación de quienes participan en espectáculos taurinos, promueven viviendas de protección oficial, son destinatarios de subvenciones públicas, o son miembros de corporaciones profesionales y representativas de intereses económicos y sociales.

[132] Otra cosa será, en opinión de un sector minoritario, que este poder sancionatorio derive del *ius puniendi* del Estado y no del propio poder organizatorio de la Administración. Y es que, como ha destacado CASTILLO BLANCO "en opinión de este sector, hay que admitir con total naturalidad que no siempre que la Administración impone un correctivo o una aflicción, o establece una penalidad económica, se está imponiendo una sanción administrativa amparada en el *ius puniendi* del Estado. Sin ningún resquemor dogmático, vemos la imposición de deberes y cargas en las más variadas relaciones con graves consecuencias para los ciudadanos (el restablecimiento del orden jurídico perturbado y de la realidad física alterada en los ilícitos urbanísticos por ejemplo), la imposición de multas coercitivas, la imposición de penalidades a los contratistas, etc., sin que en ninguno de estos supuestos, la mayoría justificados en la especial relación que comportan con la Administración, se defienda la aplicación de dichos principios. Pero también sin que, por no conceptuarse como sanciones derivadas del *ius puniendi* estatal, no se exijan garantías en su imposición o la aplicación matizada de las mismos". CASTILLO BLANCO, F.A. (2008), "La potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria", *Documentación Administrativa,* núm. 282-283, pp. 361-412.

También pone de relieve la existencia de ese otro sector doctrinal MARINA JALVO, B. (2015): *El régimen disciplinario de los empleados públicos*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 25, cuando afirma que "en la doctrina, algunos autores sostienen que la potestad disciplinaria no encuentra su

el régimen jurídico de los altos cargos que es preciso delimitar y dar cuenta antes de proceder al estudio de este[133].

2.2 Consecuencias derivadas de la relación especial de sujeción del alto cargo a los efectos de la responsabilidad.

Como hemos podido concluir, tras lo hasta aquí expuesto, las consecuencias que la caracterización de una relación como de sujeción especial tiene para los ciudadanos, explican, sin duda, la imprecisión de su concepto y las características que lo acompañan. La validez en sí de estas relaciones, la aplicación del principio de reserva de Ley, sus efectos en los derechos fundamentales y hasta donde alcanzan las limitaciones o matizaciones a éstos, y la protección jurídica de los ciudadanos incluidos en las mismas, son consecuencias inmediatas de la aplicación del concepto[134]. Y ya es preciso advertir que estas consecuencias no serán las mismas en todos los casos o supuestos y que la intensidad con la que operará dicha categoría ha de determinarse caso a caso.

fundamento en el artículo 25.1 CE sino en la potestad organizativa de la Administración y en los artículos 9.3, 97 y 103.3 de la misma. En consecuencia, el régimen propio de la potestad disciplinaria no vendría determinado por los principios derivados del artículo 25 sino que habría de extraerse de esos otros preceptos constitucionales mencionados. Los defensores de esta postura conciben la potestad disciplinaria como una manifestación al margen de la potestad sancionadora administrativa, lo que, en último término, les lleva a negar la unidad del *ius puniendi".* La misma autora (p. 24) señala que "sin perjuicio de la innegable especificidad de la potestad disciplinaria administrativa, por su estrecha vinculación a la organización y al correcto funcionamiento de los servicios administrativos, lo cierto es que notas propias de la referida potestad no convierten a ésta en una manifestación radicalmente distinta de la potestad sancionadora que la Administración ejerce en los diversos ámbitos de su competencia, ni justifican diferencias esenciales en las garantías aplicables en uno y otro caso". Y cita, en este sentido a CASTILLO BLANCO, F. (1992): *Función Pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, p. 210, para quien se puede discutir la intensidad de la aplicación de los principios punitivos o los matices que éstos hayan de sufrir, pero no es realista negar su aplicación en el Derecho disciplinario.

Por su parte, SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017): *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, pp. 330 y 331, aboga porque, aun reconociendo esas relaciones de sujeción especial, "hay algunas conductas que trascienden el círculo del interés puramente interno de la organización para alcanzar un relieve más general. Esto es así por la propia naturaleza pública de la organización y de sus fines y recursos. La misma razón aproxima el derecho disciplinario al derecho administrativo sancionador común. Pero siguen existiendo diferencias de importancia, en la medida en que el régimen disciplinario tiene también un fundamento específico, que es asegurar el propio funcionamiento de la organización administrativa". Dicho lo cual, el autor señala que esto no es excusa para fundamentar la inaplicabilidad en bloque de los principios y reglas del derecho sancionador común. "Hoy en día la fuerza expansiva de los principios y derechos constitucionales obliga a plantear las cosas de otra manera".

[133] Y es que, como concluye, PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 178, p. 44 "pienso que las relaciones especiales de sujeción sirven muy bien no sólo para explicar la situación de determinados administrados, sino sobre todo para extraer importantes consecuencias jurídicas".

[134]CÁMARA VILLAR G., (2001): "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", en APARICIO PÉREZ, M. A. (coord.), *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*, Barcelona, Cedecs, pp. 117-140, entiende que la cuestión de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones de especial sujeción permanece "todavía muy oscura y necesitada por ello de reflexión" (p. 121). También se refiere a la limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos en este contexto ABA CATOIRA, A. (2001): *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Madrid, Tecnos, pp. 159 y ss., si bien no se ha ocupado de otros colectivos y, desde luego, no de los altos cargos seguramente por la actualidad de su regulación.

De esta forma, y en cuanto a las notas y caracteres que a la figura, con carácter general, se le ha asignado dentro de la doctrina científica, GALLEGO ANABITARTE señaló las siguientes[135]:

- Acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones,
- Estado general de libertad limitada,
- Existencia de una relación personal,
-Imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados.
- El hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la ley,
- El hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo,
- Admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa.
- Los derechos fundamentales rigen también en las relaciones de sujeción especial. Su ejercicio, sin embargo, puede limitarse atendiendo al fin o al fundamento de la concreta relación.
- En las relaciones especiales de sujeción el ejecutivo dispone de un poder normativo originario. Cosa distinta son las instrucciones generales que, como las órdenes concretas que se producen en la relación de tracto sucesivo, constituyen cuestiones internas de la Administración.
- Como regla general, sólo existe tutela judicial de los derechos frente a las medidas de la relación básica por la que se accede a tal condición (*Grundverhältnis*).

ALESSI, por su parte, señaló como contenido general de la figura: a) la existencia de un poder de dictar normas internas, encaminadas a regular el desarrollo de la relación principal a la que la relación de supremacía especial se une, ejemplo de las cuales son las instrucciones de servicio o los reglamentos interiores; b) un poder de dictar ordenes concretas a los sujetos a los que la relación principal afecta; c) poder de vigilar con el fin de comprobar el cumplimiento de las normas internas anteriormente citadas, así como, más generalmente, para asegurar el debido cumplimiento de la relación principal; y d) poder de castigar con sanciones administrativas el comportamiento de los individuos que resulte perjudicial para la mejor actuación de la relación principal, poder que se concreta en el llamado poder disciplinario[136].

Más recientemente, JIMÉNEZ BLANCO ha mantenido que son consecuencias de la aplicación de esta categoría[137]:
- los derechos fundamentales de los insertos en la organización pública pueden experimentar ciertas restricciones en aras precisamente de la buena marcha de la misma organización.
- la fundamentación material de la reserva de ley pierde parte de su sentido en tales casos, en los que no puede exigirse a la norma parlamentaria el mismo grado de pormenor que en el común de los ciudadanos, y

[135] GALLEGO ANABITARTE, A. (1961): "Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 34, p. 25
[136] ALESSI, R. (1970): *Instituciones de Derecho Administrativo*, Edit. Bosch, Barcelona, p. 230.
[137] JIMÉNEZ BLANCO, A. (1989): *Derecho Público del Mercado de Valores*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 135.

- el control judicial de ciertas medidas de la Administración tiene un punto de intensidad menor al no existir, en los particulares afectados, las posiciones jurídico subjetivas con la solidez de otros supuestos y también por disponer la propia Administración de un margen de apreciación que resulta poco menos que obligado.

Obviamente, distinto es afirmar la vigencia del principio de reserva de Ley y la tutela judicial admitiendo, por la propia naturaleza de las cosas, ciertas relajaciones que, en todo caso, habrán de ser matizadas que negar su vigencia dentro de estas relaciones especiales. Lo cierto es que, de nuevo, hemos de referirnos a que el contenido de cada relación de sujeción es propio[138]. No cabe extrapolar las consecuencias de dicha calificación de una relación a otra. Así lo hace MAURER al analizar las principales, a su juicio, relaciones de sujeción especial a propósito de la reserva de ley[139]. Y así estimo debe hacerse con la relación de los altos cargos.

Pues bien, y en lo que nos afecta aplicando al concepto de "alto cargo" lo expuesto, estimo que son tres los ámbitos en los que incide dicha inserción en la categoría de los altos cargos[140]: de un lado, el principio de reserva de ley; de otro, la limitación de derechos; y, por último, la admisión de una doble sanción penal y administrativa en este ámbito.
En lo que a reserva de ley en materia sancionadora se refiere, el Tribunal Constitucional no duda en afirmar que, a la vista del texto constitucional, será preciso analizar este y determinar si el mismo admite, explícita o implícitamente, una limitación de este principio[141]. Y, como hemos expuesto, la inclusión dentro del concepto de alto cargo de los miembros del gobierno implica que existe una reserva legal para este aspecto y, como consecuencia de ello, su extensión a otros altos cargos que no son en sentido propio miembros del gobierno. Y, por tanto y en este supuesto, no admite limitación alguna a diferencia de otros colectivos en que si se admite la modulación de dicho principio[142]. Y

[138] Como indica PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 178, p. 237 "Lo que el Tribunal vino a decir es que le resulta indiferente qué sustantividad («denominación» —STC 132/ 2001— o «calificación» —STC 52/2003—) atribuir a esas relaciones que él mismo llama «especiales». Afirmando que lo que realmente le importa es el régimen —la especialidad— en que la Constitución coloca al relacionado con la Administración: es decir, sólo tratará de determinar si la disciplina constitucional atribuye a esa relación tal o cual modulación de derechos en relación a la generalidad de ciudadanos. Por tanto, en esta jurisprudencia el Tribunal Constitucional huye de categorizar la relación que se le presenta, contentándose con precisar sus consecuencias".

[139] MAURER, H. (2006): *Derecho Administrativo Alemán* (traducción coordinada por DOMENECH PASCUAL, G.), Universidad Nacional Autónoma de México, México (2012), p. 120-128.

[140] LOZANO CUTANDA, B. (1990): "Procedimientos abreviados para la represión de infracciones administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 66, p. 44, señala en relación a los funcionarios públicos, que la calificación de una relación como de sujeción especial tiene indudables consecuencias. Y argumenta la autora que "esa relación especial de servicio en que se encuentra el funcionario respecto a la Administración, le coloca en una posición jurídica distinta, que al introducir limitaciones en el actuar de la persona que ejerce funciones públicas, conlleva una relajación de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador general, principios extraídos, como se ha visto del ámbito del Derecho Penal". Pero *mutatis mutandi* la opción realizada en este estudio de calificar dicha relación como de sujeción especial tiene, de forma natural, consecuencias sobre su régimen disciplinario.

[141] De esta forma, en la STC 132/200, de 8 de junio, el Tribunal reflexiona que "en el caso que nos ocupa ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es la prestación de servicios de transporte en autotaxi".

[142] En este concreto aspecto, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 23 de octubre de 2001y 26 de abril de 2004, referidas al régimen disciplinario de funcionarios públicos, ha señalado que quizá la relación de sujeción especial por antonomasia, ha aceptado que existe reserva legal cuando la Ley Orgánica en el supuesto de la Sentencia de dos mil cuatro, y la Ley en el otro de los casos referidos, tipifican

todo ello sin perjuicio de la eventual colaboración reglamentaria (disposición adicional primera LACAGE)[143].

Igual podemos decir del ámbito de la limitación/matización de derechos (a título de ejemplo, supuestos de prohibición de actividades tras el cese) en que, de nuevo con la misma jurisprudencia constitucional invocada, es preciso acudir a la misma operación interpretativa[144], pero ahora con consecuencias distintas. Y es que, en este ámbito, la propia Constitución establece en su artículo 98.2 un estatuto y unas incompatibilidades singulares de los miembros del gobierno que, en su condición de altos cargos, van a ser sujetos a limitaciones que incluso van más allá del periodo de ejercicio del cargo.

Por último, y como veremos oportunamente, la relación de sujeción especial del alto cargo hace posible la doble sanción penal y administrativa de conductas irregulares que hayan sido tipificadas por sanciones administrativas y penales dado que, en estos supuestos, no concurre la triple identidad derivada del principio *non bis in ídem*[145]. Un análisis específico de este principio lo abordaremos en un siguiente capítulo.

Aludidas las principales consecuencias de dicha calificación como "especial" procede que analicemos el fundamento y la finalidad de esta responsabilidad.

2.3 Fundamento y finalidad de la responsabilidad de los altos cargos.

---

específicamente las faltas muy graves, añadiendo que las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente.

[143] En el derecho administrativo disciplinario, el principio de legalidad aparece "atenuado", es decir, en realidad se sustituye el principio de reserva de ley por el de tipicidad. Significa esto que la determinación de las infracciones o conductas dignas de reproche social no tiene por qué realizarse enteramente en una norma de rango legal.

[144] Y así, el propio Tribunal Constitucional proclama que "Tampoco ninguna Ley vigente al tiempo de la infracción sancionada modulaba el disfrute de los derechos fundamentales de quien hoy pide nuestro amparo. Por tanto, y con independencia de cómo se denomine la relación que une al titular de la licencia de auto-taxi con su Ayuntamiento, no hay fundamento alguno para que la sanción impuesta al recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 de la Constitución".

[145] La STS de 15 de marzo de 2017 (rec. 2078/2014), a este respecto, recuerda que "El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre el principio *non bis in ídem* desde la STC 2/1981, ha establecido que debe ser considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 C.E.). (..) En el fundamento jurídico 4º de dicha Sentencia se declaró que «El principio general de derecho conocido como *non bis in ídem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del 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 de la potestad sancionadora de la Administración». Posteriormente, en la STC 159/1987 (F. J. 3º), el Tribunal Constitucional declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues «semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible 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 mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre , fundamento jurídico 4.)». El primordial enfoque de este principio es el sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego y se orienta a evitar que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración".

Distinta a la naturaleza es el fundamento y finalidad de la responsabilidad disciplinaria[146]. Mientras la naturaleza, según la hemos caracterizado, responde a exigencias derivadas de una relación de sujeción especial, el fundamento y la finalidad de la misma hay que buscarlas en las nuevas exigencias que el proceder de los altos cargos requiere hoy en nuestro ordenamiento jurídico. Naturaleza y fundamento se entremezclan, ciertamente, pero es preciso a mi juicio distinguirlos para explicar de forma integral las características anudadas a un régimen disciplinario específico como el de los altos cargos.

Y no es casualidad, desde este punto de vista, que esta responsabilidad sancionadora/disciplinaria de los altos cargos haya aparecido, precisamente, cuando cuestiones como la transparencia o el gobierno abierto, el acceso a la información, el buen gobierno y la buena administración, la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos etc. han irrumpido en nuestro ordenamiento jurídico Si bien es cierto, como se sabe, que el principio de buena administración había sido recogido con anterioridad en la mayoría de los Estatutos de Autonomía de segunda generación[147].

A ello no es ajeno desde luego, al menos desde mi punto de vista, tres tipos de consideraciones. Primera, meramente de carácter fáctico, y que consiste en la experiencia de gestión acumulada por nuestras Administraciones públicas (especialmente las autonómicas) y la existencia ya en estas de una Administración consolidada que exige, como sujeto público, ser objeto de reflexión. Pero en paralelo a ello, el convencimiento de que la calidad de la autonomía política depende también, aunque no sólo, de la capacidad de implementación de las distintas políticas públicas encomendadas a esta. Segunda consideración de carácter axiológico, que tiene más que ver con la propia consideración de la ciudadanía, y de los derechos inherentes a esa condición, frente a las instituciones públicas y el desarrollo de una sensibilidad que obliga a pensar en los derechos de estos a que las instituciones públicas funcionen bien y eficazmente como un derecho reconocido y garantizado por el ordenamiento jurídico. Y, por último, la tercera, no de menos importancia, se refiere al reconocimiento explícito como derecho de estos postulados en las declaraciones internacionales como la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y en la influencia de las declaraciones internacionales en la materia que, a modo de *soft law*, derivan de organismos multilaterales (FMI, Banco Mundial, OCDE, etc.)

---

[146] Parece coincidir, a pesar de rechazar la categoría de sujeción especial como naturaleza de la relación que mantienen los empleados públicos, RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, p. 105, con la siguiente opinión: "El fundamento y razón de ser de la responsabilidad disciplinaria no puede ser sólo sancionar las contravenciones de obligaciones, o los conflictos de intereses, sino proteger un nivel de compromiso de los empleados públicos con sus deberes institucionales, garantizar el respeto de principios y valores constitucionales, los inherentes al servicio del interés general…". Bien es cierto que, a mi parecer, una cosa es la naturaleza de la relación que une a un empleado público con la Administración (en nuestro caso los altos cargos) y otra, bien distinta, la finalidad que se persigue con el ejercicio de los poderes ínsitos a la responsabilidad disciplinaria. El autor, insiste, y en ello podemos coincidir, que en esta responsabilidad disciplinaria es preciso explorar la vertiente subjetiva (p. 107).

[147] Pocas o prácticamente ninguna referencia, mucho menos preocupación por su reforma, mostraron los Estatutos de primera generación por la Administración pública, que, en esos momentos, estaba por construir. Como es conocido la gran preocupación de esos primeros momentos estaba por construir. Como es conocido la gran preocupación de esos momentos no se centraba sino en afrontar la construcción de su propia organización institucional y en establecer, sin mayores precisiones y a través de cláusulas generales, el sistema competencial que habría de regir su nuevo discurrir por la vía pública. El ejercicio diario mostraría pronto, sin embargo, la importancia de disponer un aparato administrativo, y unos procedimientos de gestión, que respondiese a las expectativas generadas por las incipientes Comunidades Autónomas y el importante elenco de materias en las que éstas intervenían. Y es que si dicha preocupación no se formuló de forma expresa no se puede concluir, sin embargo, que la misma no estuviera latente.

Hasta cierto punto, y al menos para un sector de la doctrina más solvente, ello supone un nuevo y decisivo cambio de paradigma en el control de la actuación de los poderes y órganos públicos: que sin dejar de lado la mera lucha contra las inmunidades del poder se camina hacía una auténtica batalla por el buen gobierno y la buena administración en garantía de los derechos de los ciudadanos, tal como ha propuesto PONCE SOLÉ[148]. Y es que, como ha explicado más recientemente el citado autor, "En definitiva, consideramos que la *vocación del Derecho administrativo* del siglo XXI, usando el título de un conocido trabajo de Alejandro Nieto (Nieto, 1975) debe ser prevenir y controlar las ilegalidades administrativas y contribuir a orientar la actividad pública hacia la toma de las mejores decisiones posibles en su servicio al interés general. Hemos de pasar, pues, de la mera lucha contra las inmunidades del poder a una auténtica batalla por el buen gobierno y la buena administración en garantía de los derechos de los ciudadanos y para evitar el fracaso de los países (*Acemoglou y Robinson*, 2012, *Mungiu-Pipidi*, 2015)"[149].

Ciertamente, la Constitución de 1978 no se refiere, en forma expresa, ni al buen gobierno ni a la buena administración ni tan siquiera a la calidad de los servicios públicos. Distinto a la aseveración anterior es que se concluya que el constituyente español no tuvo la sensibilidad suficiente respecto de los derechos de la ciudadanía en la que se expresan los contenidos y mandatos que se derivan de la buena administración y la calidad de los servicios públicos. En efecto, los contenidos del derecho a la buena administración, y que han tenido reflejo expresa en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sí que tienen concreción expresa en el texto constitucional o se derivan, de forma natural, de los principios recogidos en la misma y, en último término, del principio del Estado de Derecho. Y es que si no expresamente formulados por nuestra Constitución, lo cierto es que esta contiene numerosos preceptos que dan fundamento a estos. Y es que, en efecto, en ella se incluyen principios y valores, implícita o explícitamente, que deben ser inherentes a los servidores públicos y a la gestión pública, entre los cuales cabe mencionar: la integridad, la neutralidad, la imparcialidad, la transparencia en la gestión, la receptividad, la responsabilidad profesional y el servicio a los ciudadanos. Principios y valores que implican en la actualidad cambios en el sistema de adopción de decisiones de nuestras Administraciones Públicas, y que en los próximos capítulos aludiremos a ello en forma más detallada.

Conforme a lo expresado, basta la lectura de los artículo 103, 105 y 106 de la Constitución, incluidos en su Título IV (del Gobierno y de la Administración), y referidos a la actuación de las Administraciones públicas, para comprobar que los contenidos constitucionales establecidos (principios de actuación de las Administraciones públicas;

---

[148] PONCÉ SOLÉ, J. (2014): "Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero*", Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva época (GAPP)*, núm. 11.

[149] PONCÉ SOLÉ, J. (2022): "Propuestas concretas para mejorar la regulación del buen gobierno y hacer efectiva la específica obligación jurídica de diligencia debida derivada del derecho a una buena administración", en el volumen colectivo *La reforma de la legislación de transparencia y buen gobierno en España* (coordinador BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág. 274. El autor indica, a estos efectos, seguidamente que "Históricamente se partió del ideal de la potestad administrativa reglada y de la sentencia como modelo de referencia para el acto administrativo (Merkl)", pero en estos momentos, y a juicio del autor referido, "…abogamos decididamente por un nuevo paradigma en el Derecho administrativo del siglo XXI: el paradigma del buen gobierno y la buena administración", de modo que la buena gestión pública debe ser también un tema de reflexión para la doctrina administrativista, para el legislador y para el control judicial. No puede ser indiferente al Derecho administrativo que, en colaboración con otras ciencias, debe modificar su epistemología y su metodología, sin perder su rigurosidad técnico-jurídica, para contribuir a prevenir la corrupción y promover las mejores políticas públicas posibles, concluye el citado autor.

participación ciudadana; responsabilidad patrimonial y control de legalidad de los actos administrativos, etc…..) tienen una conexión directa con la materia aquí analizada, sin olvidar que el principio de eficacia recogido, en forma expresa, en el artículo 103 ofrece el anclaje constitucional propio y específico al mandato de mejora de la calidad de los servicios públicos.

Lo cierto, y no debe extrañarnos, es que, en la propia Constitución española, por ejemplo, pueden encontrarse principios que impulsan al buen gobierno y a la buena administración de las cosas públicas. Ya se trate del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) al que ya nos referimos, el principio de no discriminación, (art. 14 CE), el principio de asignación equitativa, eficiencia y economía en la programación gasto público (art. 31.2 CE), el principio de objetividad y de eficacia (art. 103 CE), etc., todos ellos principios jurídicos que imponen determinadas obligaciones de carácter jurídico. Y en el ámbito legal, cabe mencionar, junto a las LTBG de 2013 y la LACAGE de 2015, anteriormente citadas, diversas leyes de buen gobierno autonómicas y[150] ordenanzas locales que se hacen eco de dicho aspecto.

En definitiva, de todo ese conjunto normativo cabe deducir que existen obligaciones jurídicas sobre cómo y con qué limites ha de ejercerse la función de gobierno y la de la Administración. Esas dos ideas son las que, a mi juicio, fundamentan y ofrecen la finalidad del Derecho disciplinario de los altos cargos[151]. Ahora bien, si la idea de buena administración está mucho más perfilada, es necesario que nos preguntemos qué ha de entenderse por buen gobierno, y si es esta faceta la que orienta, de forma principal, la responsabilidad disciplinaria de los cargos públicos.

La idea de buen gobierno, con origen contemporáneo, en los ordenamientos de los países anglosajones, no ha estado ausente en nuestra doctrina científica. GARCÍA PELAYO ya aludió al contenido de este concepto a propósito de su interpretación de la pintura de Lorenzetti[152]: "La justicia, iluminada por la sabiduría, integra a los hombres en la concordia, y desde ella en la corporación o cuerpo místico de la comuna bajo el gobierno impersonal y abstracto del bien común". A juicio de GARCÍA PELAYO de ser contemporánea la pintura hubiera dicho "del Estado de Derecho". Y es que, en la interpretación de GARCÍA PELAYO de la pintura de Lorenzetti, está su propia concepción del buen y el mal gobierno, aquél capaz de integrar en un solo cuerpo, en una comunidad, a la diversidad social o aquél que cultiva la crispación y exacerba las diferencias, artificiales o reales, entre, por ejemplo, conservadores y revolucionarios[153].

---

[150] En concreto, y como botón de muestra, puede hacerse referencia a la La Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de la Comunidad de Galicia; la Ley 4/2011 de 31 de marzo, de Buena Administración y Gobierno y la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Baleares; la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Navarra; la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura o la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

[151] En igual sentido, puede verse AGUADO I CUDOLÁ, V. (2012): "Responsabilidad de los empleados públicos. Competencias autonómicas y locales en materia de régimen disciplinario", *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 45.

[152] GARCÍA PELAYO, M. (2009): "El buen y el mal gobierno. Las ideas y la intencionalidad política en un fresco de Ambrogio Lorenzetti". En *las Obras Completas*. Tomo II. Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

[153] Al respecto, en su "Idea de la política" proporciona la comprensión del revolucionario y del conservador en su lógica de pensamiento y de actuación, de polarización conflictiva de las sociedades. Escapar del dilema que los enfrenta, conciliar el orden con la justicia, es tarea del buen gobierno que practica la política entendida como un bien preciado que ordena la variedad y el pluralismo en paz, con *tranquillitas*, para no padecer la anarquía o la tiranía de la imposición de verdades consideradas absolutas.

El buen gobierno contemporáneo atiende al perfeccionamiento de las instituciones democráticas, a la ampliación de los espacios de participación ciudadana en la vida política de la Nación, a la profundización del proceso descentralizador, coordinando esfuerzos centrales, regionales y locales, a la racionalización y

En frase muy citada el propio GARCÍA PELAYO aludirá, de forma certera, hemos de añadir, a que "buen gobierno no sólo es aquel que se inspira en las virtudes morales, sino que –precisamente por estar inspirado en ellas- es también el gobierno más eficaz desde el punto de vista social y económico"[154] . Años más tarde la teoría institucionalista recogería la idea[155].

Los científicos sociales, baste por todos citar a ROSANVALLON[156] o INNERARITY[157], ha insistido en su contenido basado en el fenómeno de la pauta de desplazamiento de los estilos de gobierno. De esta forma, como ha destacado certeramente RHODES, tradicionalmente se utilizaba la palabra inglesa *governance*, y así nos lo dicen los diccionarios, como sinónimo de gobierno, pero en la bibliografía cada vez más abundante sobre el tema, se ha reorientado su empleo y su importancia, y así "buen gobierno" viene a significar un "cambio de sentido del gobierno, que remite a un nuevo proceso de gobernación, o bien al cambio experimentado por el mando ordenado, o bien al nuevo método conforme al cual se gobierna la sociedad[158].

Lo cierto es que en la bibliografía puede encontrarse un acuerdo básico acerca de que "buen gobierno" hace referencia al ejercicio de otros modos de gobernar que no se basan únicamente en sanciones o en técnicas de gestión como en su día propuso el *managment*, sino que, además, es una nueva realidad en la que entremezclan las fronteras los sectores público y privado[159]. Es decir, también busca esos propósitos de una mayor eficiencia

---

saneamiento del Estado y del sector público, a la lucha contra la corrupción, al despliegue de una efectiva acción social del Estado y a la construcción de una economía moderna, diversificada y autosostenida.

El buen gobierno contemporáneo requiere de los esfuerzos por construir consensos en función de los cambios imprescindibles, como lo reseñara García Pelayo en "Las transformaciones del Estado contemporáneo", y encierran grandes virtudes que el buen gobernante debe descubrir y practicar; virtudes superiores a la siembra del miedo y a la confrontación artificiosa y estéril que surge del consejo de tener siempre un enemigo, aunque haya que inventarlo, para hacerse con el poder o para conservarlo.

[154] GARCÍA PELAYO, M. (2009): "El buen y el mal gobierno. Las ideas y la intencionalidad política en un fresco de Ambrogio Lorenzetti". En *las Obras Completas*. Tomo II. Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, p. 1229.

[155] Véase, en este punto, el excelente libro de ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. (2012): *Porqué fracasan los países*, Ediciones Deusto, Barcelona.

[156] ROSANVALLON, P. (2015): *El buen gobierno*, Ediciones Manantial, Buenos Aires. Precisamente el autor mantiene, como se hace en este estudio, que es preciso avanzar en una Teoría General del Control Democrático para conseguir lo que denomina "democracia de ejercicio" Una Democracia basada, de un lado, en unos principios que han de regir la relación gobernantes-gobernados (legibilidad, la responsabilidad y la responsividad), pero de otro se refiere a cómo se crea la confianza con estos a través del cultivo de ciertas actitudes llamando a la transparencia, la comunicación veraz, la integridad, la ética pública de la gobernanza, etc.

[157] INNERARITY, D. (2018): *Política para perplejos*, Galaxia Gutenberg, Barcelona. Para el autor, quien previamente disecciona el sistema político y la complejidad de este, es preciso evitar que en la incertidumbre en que se vive un mal gobernante cause perjuicio a todo el sistema. En esa reflexión entiende que es preciso mejorar los sistemas de gobierno sin esperar a que el gobernante tenga las virtudes del buen gobierno para no pagar las consecuencias de que no lo sea.

[158] RHODES, R. (1996): *The New Governance: Governing without Government,* Political Studies, núm. 44, pp. 252 y 253.

[159] Véase junto al autor citado en la nota anterior, KOOIMAN, J. y VAN VLIET, M. (1993): "Governance and Public Management", en KELIASSEN, K. y KOIMAN J. (dir.), *Managing Public Organisations*, (2a. ed.), Londres, Sage; STEWART, J. (1996): "A Dogma of Our Times - the Separation of Policy-Making and Implementation", *Public Policy and management*, pp. 1-8; STOKER, G. (1997): "Public-Private Partnerships and Urban Governance", en J. Pierre (dir.), *Public-Private partnerships in Europe and the United States*, Macmillan, Londres; MARCH, J. G. y OLSEN, J. P. (1989): *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics,* The Free Press, Nueva York; SELZNICK, P. (1992): *The Moral Commowealth: Social Theoryand the Promise of Community*, University of California Press, Berkeley.

En nuestro país, es referencia ineludible VILLORIA MENDIETA, M. (2013): "El buen gobierno y la lucha contra la corrupción en las Instituciones Públicas" en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCES

reduciendo los costes y lo concerniente a la ética pública, esto es, el gobierno abierto y la transparencia.[160].

En síntesis, la doctrina ha venido en los últimos años coincidiendo en una serie de claves que tienen que ver con el buen gobierno como son los siguientes: la participación ciudadana; el consenso de los actores presentes en las políticas públicas (tanto políticos como sociedad civil); la transparencia, ética e integridad de los participantes directa o indirectamente en decisiones públicas; la legalidad de los procedimientos; el control en el ejercicio de la acción de toma de decisiones y gobierno que garantice a su mínima expresión la realización de conductas irregulares; la no dilación excesiva en el atendimiento de las necesidades o inquietudes de la sociedad y de los ciudadanos en particular; la equidad, de forma que exista empatía hacia grupos minoritarios sin que nadie se sienta excluido; la eficacia, la eficiencia y la sostenibilidad en la utilización de los recursos disponibles obteniendo los mejores resultados posibles y teniendo en cuenta las necesidades presentes y futuras de la sociedad[161].

SANAGUSTIN, M. (dirs.), *La gestión de los fondos públicos. Control y Responsabilidad,* Aranzadi, Cizur Menor, pp. 123 y ss. Asimismo, y del mismo autor, (2011): "¿Más libertad o más felicidad? El buen gobierno del S. XXI", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 51.

[160] De ahí el interés por deslindarlo de otros conceptos como *el open data o el open goverment* que son manifestaciones de este, pero no son conceptos intercambiables o sinónimos. De acuerdo con DAVARA RODRÍGUEZ, el primero se centraría"en poner a disposición de entidades y personas, tanto físicas como jurídicas, los datos e informaciones que poseen las Administraciones Públicas en general y hacerlo en un formato y con una estructura que sea fácilmente accesible y comprensible y susceptible de tratamiento electrónico para facilitar su acceso y posterior utilización. De otro lado, por su parte, según el citado autor, "*el Open Government* se centra en que las acciones y actividades relativas al gobierno en el ámbito de las Administraciones Públicas deben ser transparentes e impulsar, con arreglo a ello, su conocimiento por los ciudadanos al tiempo que se provoca su participación y colaboración". (DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2016): "Comentarios a la guía metodológica para planes open data sectoriales, Actualidad Administrativa, núm. 11). De necesaria referencia en este punto son: LONGO, J. (2013): "Open Goverment - Whats in a Name?", *The GovLab*, Nueva York, New York University. Disponible en: https://blog.thegovlab.org/post/open-government-whats-in-a-name (Consultado el 15 de junio de 2022); CLARKE A. y FRANCOLI, M. (2013): "What´s in a Name? A comparison of "open government" definition across seven Open Government Partnershop members", *JEDEM*, 6 (1); RAMÍREZ ALUJAS, A. (2010): "Innovación en la gestión pública y *open government* (gobierno abierto): una vieja nueva idea", *Revista Buen Gobierno*, núm. 9, pp. 94-133.

[161] En palabras de VILLORIA MENDIETA, M. y FORCADELL ESTELLER, X. (2017): "Introducción General", en *Buen Gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Barcelona, p. 25 y 26 "Un buen gobierno sería, en definitiva, aquel que promueve instituciones formales (normas y reglamentos) e informales (lógicas de lo apropiado en cada organización pública) que fomentan la transparencia, la rendición de cuentas, la efectividad -que los autores describen como que va más allá de la eficacia y la eficiencia, e implica que las medidas tienen efectos e impactos positivos en la sociedad- la coherencia y la participación. Más aun, máxime en nuestro contexto, es preciso incorporar a estos principios un quinto, como el de la integridad, y un sexto, esencial en la historia de la administración democrática, el de la objetividad o imparcialidad en el servicio al interés general. Y todo ello lo hace, en definitiva, creando las normas, pero también generando los procesos adecuados para que las normas reales e implementables. Finalmente, construyendo los órganos que asegurarán que esas instituciones y procesos se implementan adecuadamente. Órganos que, en múltiples ocasiones, necesitarán un cierto nivel de independencia del poder político correspondiente. Todo ello buscando la máxima colaboración posible con la sociedad y el mercado, pero sin perder nunca el rumbo que guíe la nave del Estado hacia mayores cotas de libertad para su ciudadanía".

Por su parte, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2014): "El Buen Gobierno y la Buena Administración en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", en *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Comares, Granada, p. 2, distingue una triple faceta del principio de buen gobierno y el de buena administración. En primer lugar, como un principio general de aplicación a la Administración pública y al Derecho administrativo; en segundo término, como "una obligación de toda Administración pública que se deriva de la definición del Estado

Sin embargo, hasta ahora en nuestro país, las normas que se han ido aprobando no han puesto demasiado énfasis en todos esos aspectos referidos y se detienen sobre todo en la vertiente subjetiva de la cuestión. Es decir, entienden el buen gobierno principalmente como la actitud adecuada y conforme a estándares éticos de la sociedad, que tienen que observar nuestros cargos y servidores públicos, así como instituciones y Administraciones.

Es lógico que sea así. La integridad y la ética pública en nuestro país han tomado relevancia debido tanto a distintas aportaciones doctrinales que fueron apareciendo hace algunas décadas[162], como a otros factores variopintos. Por un lado, el propio Informe Nolan de Reino Unido que nos sirvió de ejemplo para aprobar nuestras propias normativas[163], como el Código de Buen Gobierno de Altos Cargos (ya derogado) o el EBEP[164], y más recientemente la LTBG y la LACAGE. Pero, por otro lado, han sido

social y democrático de derecho", esto es "crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social" y; por último, "desde la perspectiva de la persona, es un genuino y auténtico derecho fundamental (…) de los que se derivan una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones públicas". Teniendo en cuenta que los ciudadanos no son sujetos inertes "simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general, hasta tal punto que son dueños del poder público y de sus estructuras" (p. 1).

[162] Por todos, y en este tema concreto, es de referencia imprescindible los trabajos del Profesor Villoria. Véase por su relación con el tema objeto de estudio, VILLORIA MENDIETA, M. (2014): **"**Transparencia e integridad en los servicios públicos" en *Temas para el debate*, núm. 241, (Ejemplar dedicado a: La apuesta por lo público), pp. 38-40.

[163] En medio de distintos escándalos de tipo económico, político y sexual en 1994 en el Reino Unido, el primer ministro *Major* creó el Comité para la creación de estándares de la vida pública denominado Comité Nolan debido al nombre de su presidente: Lord Nolan. Este comité se constituyó con carácter permanente con la finalidad examinar el estado de la cuestión sobre las pautas de conducta ética de todas aquellas personas nombradas para un cargo público (ministros, funcionarios, asesores parlamentarios nacionales y del parlamento europeo, cargos electos y altos funcionarios locales) y hacer recomendaciones para asegurar los más altos patrones de conducta pública.

El documento se publicó en mayo de 1995 y es una referencia, no sólo para la vida pública inglesa, sino para cualquier gobierno interesado por la ética de sus políticos y funcionarios. Incluye un Código Ético basado en siete principios básicos: Desinterés, Integridad, Objetividad, Responsabilidad, Transparencia, Humildad y Liderazgo.

[164] Entre los que cabe citar, el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros el 18 de febrero de 2005 (hoy dejado sin efecto), que no de aplicación a los miembros ni a los altos cargos de gobierno de las Comunidades Autónomas, ni a las entidades locales. En el que se plantea que su actuación se adecue a los siguientes principios éticos: "objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres."

Otras normas que se pueden reseñar son la Ley 1/2008 de 2 de julio reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración de Cantabria, la Ley 14/2005 de 27 de diciembre sobre la intervención del Parlamento de Cataluña en la designación de las autoridades y los cargos de designación parlamentaria y sobre los criterios y procedimientos para la evaluación de su idoneidad.

Y ya con menor rango la Resolución de 31 de marzo de 2009 por la que se adopta el Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el código ético de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno y altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se adoptan medidas de transparencia, contención y austeridad en la ejecución del gasto público y el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Código de Ética y Buen Gobierno, altos cargos, personal eventual y demás cargos directivos al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En el ámbito local cabe destacar que el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa (CPLRE) en sus Recomendaciones nº 60 y 86 aprobadas en 1999, pretende inspirar los comportamientos de las autoridades locales en relación con la "ética política". Por su parte el "Código Europeo de Conducta

decisivos los ejemplos del llamado "mal gobierno", los escándalos de corrupción que salieron a la luz coincidiendo, además, con la crisis económica gestada a partir de 2008 y los movimientos sociales convulsos que trajo la misma son los que, realmente, han empujado decisivamente este impulso normativo del que seguidamente pasamos a dar cuenta[165].

La Ley estatal y las autonómicas dotan, respecto de este último aspecto, de contenido, bien que como estamos reiterando con cierta confusión, el concepto de buen gobierno[166],

---

para la integridad política de los representantes locales electos", aprobado por el CPLRE, aboga por la promoción de códigos de conducta para los representantes locales como instrumentos que permitirán crear confianza entre los políticos y los ciudadanos, indispensable para que aquéllos que tengan que desempeñar sus funciones puedan hacerlo de forma eficiente puesto que el respeto por el mandato del electorado va estrechamente unido al respeto de unas normas éticas. El Estatuto Básico del Empleado Público, por su parte, si bien contiene principalmente las normas legales aplicables al conjunto del personal al servicio de todas las Administraciones públicas, dedica una parte, clave, al asunto de la conducta de los servidores públicos para lo cual presenta una serie de valores en el servicio público, así como una serie de principios que deben regir en la conducta diaria.

[165] PONCE SOLÉ, A. (2017): "Códigos Éticos y de Conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales", en VILLORIA MENDIETA, M y FORCADELL ESTELLER, X. (dir. y coord.) *Buen Gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Barcelona, p. 258 y 259, señala que ese paradigma trae causa en la defectuosa gestión pública durante los años gloriosos de crecimiento económico, que tacha de "delirio colectivo" tanto público como privado con la especulación inmobiliaria como telón de fondo, el funcionamiento destructivo de las fuerzas del mercado, la crisis posterior y el paro y sufrimiento asociados a la misma. A ello se unen los fallos institucionales relevantes de aquella época en los que se hicieron más visibles el mal gobierno y la corrupción tras diversos escándalos que fueron noticia en todos los medios de comunicación.

[166] La Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de la Comunidad de Galicia, incluye en su artículo 15 una gran variedad de principios éticos y de actuación que impone a las personas comprendidas en su ámbito subjetivo de aplicación, para que adecuen su actividad a ellos.

Sin ánimo de exhaustividad, dicha Ley establece los siguientes principios: el respeto al principio de imparcialidad y el de igualdad de trato; la realización de su actividad con lealtad, dignidad, integridad, buena fe y diligencia debida; la evitación de toda acción que pudiere poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las administraciones o su imagen; la protección de los recursos públicos; la observancia estricta del régimen de incompatibilidades; el rechazo de regalos que superen los usos habituales o de servicios en condiciones ventajosas y su responsabilidad respecto a las acciones realizadas en el desarrollo de sus funciones, junto a la obligación de poner en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tuvieren conocimiento.

Por otra parte, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno y la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Baleares, al establecer su ámbito subjetivo de aplicación determina que son que son sujetos obligados los miembros del Gobierno, altos cargos, personal eventual y todo el personal que ocupare cualquier puesto de trabajo de naturaleza directiva de la administración autonómica, incluyéndose lo que llama "el sector público instrumental.". Y sistematiza los siguientes principios:

a) Principios éticos y de conducta: Objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.

b) Obligación de promover de los derechos humanos y de las libertades, evitando toda actuación discriminatoria.

c) Obligación de velar por el interés general evitando el conflicto de intereses.

d) Obligación de observar el principio de transparencia y accesibilidad en sus actividades públicas relevantes.

e) Obligación de administrar los recursos públicos con austeridad y de evitar actuaciones que pudieren menoscabar la dignidad con la que se debe ejercer un cargo público.

De forma similar, la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece a modo de código deontológico, una serie de principios de actuación, tanto éticos como de conducta, de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de su Administración aludiendo a la publicidad de sus retribuciones, actividades y bienes y a la transparencia en el traspaso de poderes y en la rendición de cuentas.

enumerando de forma exhaustiva los principios éticos y los principios de conducta que, en todo caso, deben observar los servidores públicos. Incluso la Ley estatal llega a contemplar sanciones a determinadas conductas tipificadas que incumplan dichos principios lo que, sin duda, hace la diferencia con respecto a las leyes autonómicas y resulta una novedad que, en principio, ha de ser bienvenida por bienintencionada pero que, ya lo adelantamos, presenta notables carencias. Y de ello daremos cuenta en los próximos capítulos.

En cualquier caso, cabe subrayar que los términos gobernanza (*governance*)[167], buen gobierno (*good governance*) y buena administración (*good administration*) se están utilizando intensamente en los últimos tiempos, pero en muchas ocasiones vacíos de contenido prácticamente. Es decir, se están usando pero en su vertiente negativa, la que comentábamos unas líneas atrás, de la "mala administración", pues esta es una de las principales preocupaciones de nuestra sociedad a lo largo de la historia[168], y así lo han ido demostrando distintos barómetros a nivel internacional en estos últimos años. Es por este motivo principalmente, y no otro, por el que el Derecho administrativo se ha interesado especialmente por esta cuestión.

Pues bien, si al principio de este capítulo nos hacíamos eco de la crisis económica e institucional que en los últimos quince años se ha atravesado en el país, la lógica consecuencia era la articulación de mecanismos que se convirtieran en propulsores de esas ideas en nuestro país. No se puede confiar en las virtudes personales del gobernante, sino que es preciso diseñar sistemas que inciten ese buen gobierno. Por supuesto, no es una cuestión fácil y abarca múltiples facetas de las que no nos podemos ocupar aquí ya que eso sería objeto de varias tesis doctorales. Pero es necesario y preciso en la sociedad actual diseñar modelos y pautas que promuevan la integridad, tanto de carácter preventivo como de exigencia de responsabilidad (represivos).

No obstante, hemos de indicar, sin embargo, que ninguna de estas normas contempla reproche alguno para quienes incumplieren los principios anteriormente invocados.

[167] El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE) lo define como "Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía".

Por su parte, el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, la ha definido de la siguiente forma*:* "Governance refers to the process whereby elements in society wield power and authority, and influence and enact policies and decisions concerning public life, and economic and social development. Governance is a broader notion than government. Governance involves interaction between these formal institutions and those of civil society" (The Governance Working Group of the International Institute of Administrative Sciences, 1996).

Un documentado y clarificador trabajo sobre el concepto de gobernanza en el campo del Derecho administrativo, a propósito de su desarrollo sostenible, puede verse en OLMEDO GAYA, A. (2014): "La emergencia de la gobernanza y su impulso hacia la sostenibilidad" en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.) *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Asimismo, señalan VILLORIA MENDIETA, M y FORCADELL ESTELLER, X. (2017): "Introducción General", en *Buen Gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Barcelona, p. 20 "el gobierno de las sociedades actuales no se puede desarrollar desde la creencia de que el Estado por sí mismo puede resolverlo todo. Existen límites cognitivos, organizativos y presupuestarios para ello. El Gobierno hoy en día debe colaborar con la sociedad civil y con el mercado para resolver los problemas comunes, debe codiseñar, cogestionar, corresponsabilizar y, por ello, hablamos de *gobernanza*, dejando atrás el concepto de *gobernación*".

[168] Desde el Antiguo Régimen se empleaba la expresión (de algún modo similar, pero representando una realidad completamente distinta) buen gobierno; por ejemplo, en los Decretos de Nueva Planta y Buen Gobierno que reformaron la Monarquía Hispánica bajo Felipe V. Tenía su "contrafigura" en la expresión mal gobierno, del que nunca podría acusarse al rey absoluto, sino a sus ministros (incluso en una revuelta, como el motín de Esquilache, la expresión utilizada era ¡Viva el rey y muera el mal gobierno!, similar al grito de Dolores del cura Hidalgo en la independencia mexicana).

En el ámbito de los primeros destacan los códigos de conducta y éticos a los que más adelante nos referiremos[169]; en cuanto a los segundos es preciso referirse a la exigencia de responsabilidad contenida en esas normas atinentes al buen gobierno y que se desarrollarán a lo largo este estudio.

Pero antes de proceder a ello es preciso estudiar de forma más precisa esa relación del alto cargo con el Estado que hemos calificado como una relación de sujeción especial. El concepto legal de alto cargo (quiénes son altos cargos), la forma de su designación, el contenido de las funciones que ejerce, los deberes que se derivan específicamente de dicha calificación antes, durante y con posterioridad al cese, etc.

Indagar en la relación del alto cargo con el Estado a fin de determinar su alcance y contenido no es una cuestión baladí, ya que no es extrapolable cualquier consideración genérica sobre los empleados públicos en general que, si bien presentan puntos de interconexión indudables, no resulta menos exacto que también presentan disparidades sobresalientes. Pero sobre todo será necesario analizar dicha relación para determinar si el esquema sancionador se corresponde o no, en lo que se refiere a la tipificación de infracciones, con la regulación establecida. A ello dedicaremos el segundo capítulo de este estudio.

[169] Por supuesto hay más manifestaciones como los sistemas de alerta temprana para evitar conductas contra la integridad, la evaluación de políticas públicas, las cartas de servicio, la regulación de las oficinas "antifraude" o de los alertadores *(Whistelblowing), etc.*, pero nosotros aquí nos centraremos, por un lado, en el mecanismo preventivo que supone esos códigos de conducta y, de otro, en la responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, A. (2001): *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid.

ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. (2012): *Porqué fracasan los países*, Ediciones Deusto, Barcelona.

AGUADO I CUDOLÁ, V. (2012): "Responsabilidad de los empleados públicos. Competencias autonómicas y locales en materia de régimen disciplinario", *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 45.

ALFAIFA, J. (1985): *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público,* Coimbra, V, I.

ALLESSI, R. (1970): *Instituciones de Derecho Administrativo* (traducción española), Editorial Bosch, Barcelona.

ARCE FLOREZ-VALDEZ, J. (1990): Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, Edit. Civitas, Madrid.

BACIGALUPO, M. (1997): La discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Madrid.

BAÑO LEÓN, J.M. (1991): *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Civitas en coedición con la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

BECKER, E. (1956): "*Verwaltung und Velwaltungsrechtsprechung*", *VVDStRL* núm. 14.

BELADIEZ ROJO, M. (1994): *Los principios jurídicos*, Edit. Tecnos, Madrid.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (1991): Las fuentes del Derecho I. Principios del ordenamiento constitucional, Edit. Tecnos, Madrid.

BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995): *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid.

BOBBIO, N. (1991): *Teoría General del Derecho* Edit. Debate, Madrid.

CAETANO, M. (1970): *Direito Administrativo*, Lisboa, Coimbra Editora.

CÁMARA VILLAR G., (2001): "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", en APARICIO PÉREZ, M. A. (coord.), *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*, Cedecs, Barcelona.

CASINO RUBIO, M. (1998): *Responsabilidad del Estado y delito*, Marcial Pons, Madrid.

CASTILLO BLANCO, F. (1992): *Función Pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2002): "Presentación: El Principio de Seguridad Jurídica y sus manifestaciones", *Documentación Administrativa*, núm. 263-264.

CLARKE A. y FRANCOLI, M. (2013): "What´s in a Name? A comparison of "open government" definition across seven Open Government Partnershop members", *JEDEM*, 6 (1).

CLAVERO ARÉVALO, M. (1952): "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 7.

DE LA CRUZ FERRER, J. (1986): "La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho público francés", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 111.

DELGADO BARRIO, J. (1991): "Reflexiones sobre el art. 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho*", Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Vol. III, Madrid.

DESDENTADO DAROCA, E. (1999): *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2014): "Responsabilidad penal y responsabilidad política: la necesidad de no confundir", *Transju*, *Working Paper*, núm. 2.

DIETZE, L. (1972): *Schulverfassung und Grundgesetz,* Diss, Mainz.

DÍEZ-PICAZO, L. M. (1979): "La Constitución y las fuentes del Derecho", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 21.

DÍEZ-PICAZO, L.M. (1996): *La criminalidad de los gobernantes*. Crítica. Barcelona.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2010): "El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos", *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (libro colectivo dirigido por SANTAMARÍA PASTOR, J.M.), La Ley, Wolters Kluwer. Madrid.

ERMACORA, F. (1956): *Die besonderen Gewaltverhältnisse in Osterreich,* DöV.

ESSER, E. (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Edit. Bosch, Barcelona.

FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ T.R. (1991): *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid.

FLEINER, F. (1928): *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, (Traducción por GENDÍN, S. A.), Editorial Labor, S.A. Barcelona.

FORSTHOFF, E. (1973): *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München.

FREITAS DO AMARAL, D. (1994): *Curso de Direito Administrativo*, I, Coimbra.

FREIXES SAN JUAN, T. y REMOTTI CARBONELL, J.C. (1992): "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista Española de Documentación Científica (REDC),* núm. 35.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1961): "Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 34.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018): *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid.

GANSHOF, F. L. (1979): *El Feudalismo*, Editorial Ariel, Barcelona.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983): La *lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos),* Civitas, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): "Principio de legalidad, Estado Material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Documentación Científica (REDC),* núm. 10.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Edit. Civitas, Cizur Menor.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991): "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?". *Revista de* administración *pública*, núm. 124.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. (2005): *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español,* Civitas, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ, T. R. (2020) *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Cívitas, Madrid.

GARCÍA MACHO, R. (1989): "En torno a las garantías de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones de sujeción especial", *Revista Española de Derecho Administrativo REDA*, núm. 64.

GARCÍA MACHO, R. (1992): *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Madrid, Tecnos

GARCÍA MORILLO, J. (1998): "Responsabilidad política y responsabilidad penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52.

GARCÍA PELAYO, M. (2009): "El buen y el mal gobierno. Las ideas y la intencionalidad política en un fresco de Ambrogio Lorenzetti". En *las Obras Completas*. Tomo II. Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

GARRIDO FALLA, F. (1952): "Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales". *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 7.

GARRIDO FALLA, F. (1982): *Tratado de Derecho Administrativo II*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

GARRIDO FALLA, F. (1985): "El artículo 103.1". *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo.* Civitas, Madrid.

GARRIGA, C. (1991): "Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la <<visita>> del Ordenamiento de Toledo (1480)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 6.

GARRIGA, C. (2017): "Crimen corruptionis . Justicia y corrupción en la cultura del Iuscommune (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)", en *Revista Complutense de Historia de América* nº 43

GONZALEZ ALONSO, B. (1978): "El juicio de residencia en Castilla I: origen y evolución hasta 1480", *Anuario de historia del derecho español*, nº 48, 1978

GONZÁLEZ ALONSO, B. (2000): "Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1989): *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Edit. Civitas, Madrid.

GORDILLO CAÑAS, A. (1990): *Ley, principios generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución de la teoría de las fuentes del Derecho*, Edit. Ceura.

HENRICH, J. (2020): *"Las personas más extrañas del mundo: cómo Occidente se volvió psicológicamente peculiar y particularmente prospero*, Farrar, Straus y Giroux , USA.

HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid.

INNERARITY, D. (2018): *Política para perplejos*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

JACOBI, E. (1932): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, II, Mohr Siebeck, Tübingen.

JENNEAU, B. (1954): *Les principes, généraux du Droit dans la jurisprudence Administrative* Edit. Sirey, París.

JIMÉNEZ BLANCO, A. (1989): *Derecho Público del Mercado de Valores*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

KOOIMAN, J. y VAN VLIET, M. (1993): "Governance and Public Management", en KELIASSEN, K. y KOIMAN J. (dir.), *Managing Public Organisations*, (2a. ed.), Londres, Sage.

KRÜER, H. (1957): *Das besondere Gewaltverhältnis*, VVDStRL, núm. 15

LASAGABASTER HERRARTE, I. (1994): *Las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid.

LEGUINA VILLA, J. (1987): "Principios generales del Derecho y Constitución", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 114.

LEGUINA VILLA, J. (1993): "La responsabilidad patrimonial de la Administración y de sus autoridades y personal a su servicio, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dirigido por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M), Tecnos, Madrid.

LONGO, J. (2013): "Open Goverment - Whats in a Name?", *The GovLab*, Nueva York, New York University. Disponible en: https://blog.thegovlab.org/post/open-government-whats-in-a-name

LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1994): *Naturaleza y* presupuestos constitucionales d*e las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Cívitas.

LOZANO CUTANDA, B. (1990): "Procedimientos abreviados para la represión de infracciones administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 66.

MARCH, J. G. y OLSEN, J. P. (1989): *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*, The Free Press, Nueva York.

MARINA JALVO, B. (2015): *El régimen disciplinario de los empleados públicos*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

MARSHALL, G. (1986): *Constitutional Conventions (The Rules and Forms of Political Accountability)*, Clarendon Press, Oxford.

MARTÍN REBOLLO, L (1983): *Jueces y responsabilidad del Estado*, CEC, Madrid.

MAURER, H. (2006): *Derecho Administrativo Alemán* (traducción coordinada por DOMENECH PASCUAL, G.), Universidad Nacional Autónoma de México, México (2012).

MAYER, O. (1924): *"Zur Lehre vom öffentlich-rechlichen Verträge", Aör*, nº. 3, 188.

MAYER, O. (1924): "*Deutsches Verwaltulngrecht*" 3ª, I, Duncker & Humblot, München.

MESCHERIAKOFF, A.F. (1976): "La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence recente", *L'actualité juridique. Droit Administratif (AJDA).*

MICHAVILA NÚÑEZ, J.M. (1987): "Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho". *Revista Española de Derecho Administrativo (RAP)*, núm. 54.

MONTORO CHINER, M.J. (1987): *La Función Pública en el Federalismo Alemán*. Instituto Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares (Madrid).

MUÑOZ MACHADO, S. (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general. Tomo I.* Thomson Civitas. Madrid.

MUÑOZ MACHADO, S. (2020): "Prólogo" a la monografía de RIVERO ORTEGA, R.: *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid.

NIETO, A. (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid.

OBERMAYER, K. (1956): *Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt*, Boorberg, Stuttgart-München-Hannover.

OLMEDO GAYA, A. (2014): "La emergencia de la gobernanza y su impulso hacia la sostenibilidad" en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.) *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

OTERO, P. (1992): *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa,* Coimbra

PAREJO ALFONSO, L. (1989): "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública, *Revista de Documentación Administrativa*, núm. 218-219.

PAREJO ALFONSO, L. (1991): "Constitución y valores del ordenamiento", en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Tomo I, Edit. Civitas, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (1993): *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (2011): *Ley modelo de establecimiento de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado desempeño de las funciones públicas*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través del Departamento de Cooperación Jurídica de la Secretaría de Asuntos Jurídicos.

PONCE SOLÉ, J. (2003): "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 162.

PONCE SOLÉ, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid.

PONCÉ SOLÉ, J. (2014): "Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero*", Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva época (GAPP)*, núm. 11.

PONCE SOLÉ, J. (2016) "La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 173.

PONCE SOLÉ, A. (2017): "Códigos Éticos y de Conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales", en VILLORIA MENDIETA, M y FORCADELL ESTELLER, X. (dir. y coord.) *Buen Gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Barcelona.

PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PONCÉ SOLÉ, J. (2022): "Propuestas concretas para mejorar la regulación del buen gobierno y hacer efectiva la específica obligación jurídica de diligencia debida derivada del derecho a una buena administración", en el volumen colectivo *La reforma de la legislación de transparencia y buen gobierno en España* (coordinador BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*", Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 178.

PRIETO SANCHÍS, L. (1992): "Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico", *Cuadernos y Debates*, núm. 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

RAMÍREZ ALUJAS, A. (2010): "Innovación en la gestión pública y *open government* (gobierno abierto): una vieja nueva idea", *Revista Buen Gobierno*, núm. 9.

RESCIGNO G.U. (1967): *La responsabilitá política*, Giuffré, Milán.

RESCIGNO, G. U. (1979): *Corso di Diritto Púbblico*, Zanichelli, Bolonia.

REVIRIEGO PICÓN, F. (2004): "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios", *Derechos y Libertades*, núm. 13.

RHODES, R. (1996): *The New Governance: Governing without Government*, Political Studies, núm. 44.

RIVERO. J. (1951): "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*", Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 6.

RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2011): "El marco constitucional del Derecho Administrativo. (El Derecho Administrativo Constitucional)" *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 15.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2014): "El Buen Gobierno y la Buena Administración en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", en *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Comares, Granada.

RONELLENFITSCH, M. (1984): *"Das besondere Gewaltverhältnis in Verwaltungsrecht", DöV*

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010): "Legalidad y sometimiento a la ley y al Derecho", *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (libro colectivo dirigido por SANTAMARÍA PASTOR, J.M.), La Ley, Wolters Kluwer, Madrid.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003): *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid.

SELZNICK, P. (1992): *The Moral Commowealth: Social Theoryand the Promise of Community*, University of California Press, Berkeley.

SOARES ESTEVE OLIVEIRA, R.E. (1995): *Código do Procedimiento Administrativo*, Coimbra, V. II.

STEWART, J. (1996): "A Dogma of Our Times - the Separation of Policy-Making and Implementation", *Public Policy and management.*

STOKER, G. (1997): "Public-Private Partnerships and Urban Governance", en J. Pierre (dir.), *Public-Private partnerships in Europe and the United States*, Macmillan, Londres.

SUAY RINCÓN, J. (1993): "La doctrina de los principios generales del Derecho", en la *Protección Jurídica del ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor González Pérez*, Tomo I, Edit. Civitas, Madrid.

THIEME, W. (1956): *Die öffentliche Verwaltung,* DöV.

THOMA, R. (1906): *Der Polizeibefehl im badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage*, Tübingen.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2017): "Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones Públicas" en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J., FERNÁNDEZ RAMOS, S.), Tirant lo Blanch, Valencia.

VASCONCELOS ALBUQUERQUE, N. (2000): *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo*, Almeida y Leitao, Porto.

VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P. (1990): *Droit administratif*, Presses universitaires de France, París, t. I.

VIEIRA DE ANDRADE, J.C. (1977): *Direito Constitucional*, Coimbra.

VILLORIA MENDIETA, M. (2011): "¿Más libertad o más felicidad? El buen gobierno del S. XXI", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 51.

VILLORIA MENDIETA, M. (2013): "El buen gobierno y la lucha contra la corrupción en las Instituciones Públicas" en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCES SANAGUSTIN, M. (dirs.), *La gestión de los fondos públicos. Control y Responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor.

VILLORIA MENDIETA, M. (2014): "Transparencia e integridad en los servicios públicos" en *Temas para el debate*, núm. 241

VILLORIA MENDIETA, M. y FORCADELL ESTELLER, X. (2017): "Introducción General", en *Buen Gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Barcelona.

WOLFF, H. J. (1959): *Verwaltungsrecht*, I, 3ª ed., München.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: EL "ALTO CARGO"

1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO: EL IMPRECISO CONCEPTO DE ALTO CARGO Y SU CONCEPCIÓN FUNCIONAL.

Hasta aquí hemos analizado la naturaleza jurídica de la relación que un alto cargo mantiene con el Estado y el tipo de responsabilidades en las que puede incurrir éste. Toca ahora delimitar, desde el punto vista subjetivo, qué es un alto cargo y el específico régimen jurídico al que queda sujeto, ya que de éste deriva la responsabilidad que puede exigírsele.

1.1 Concepto de alto cargo en la Administración General del Estado y deslinde de figuras afines.

Para entender la figura de alto cargo es necesario centrar nuestra atención en los sujetos a que nos referimos, acudiendo para ello al ámbito subjetivo de aplicación de la citada Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado (en adelante, LACAGE) y al Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en delante, LTBG)[170], donde encontramos referencias al concepto de alto cargo.

Así el artículo 25.1 de la LTBG especifica que: en el ámbito de la Administración General del Estado las disposiciones normativas del título dedicado al buen gobierno se aplicarán a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculados o dependientes de aquella. Añadiendo que, a estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal condición en aplicación de la normativa en materia de conflicto de intereses[171]. Concretando el apartado 2º del artículo 25 de la LTBG que el Título II dedicado al "buen gobierno", será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales. Y advirtiendo su apartado 3º que las disposiciones contenidas en dicho título no afectarán, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar. Con posterioridad abordaremos este asunto.

Por su parte, el artículo 1.2 de la LACAGE enumera, sin ofrecer definición alguna, quién debe considerarse como alto cargo al señalar que:

"A los efectos previstos en esta ley, se consideran altos cargos:

a) Los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado[172].

[170] El Título II de la LTBG dedicado a las normas de buen gobierno comprende los artículos 25 a 32.

[171] El artículo 25.1 de la LTBG se refiere a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que fue derogada por la *letra a) de la disposición derogatoria de la LACAGE.*

[172] Los miembros del Gobierno vienen regulados, como es suficientemente conocido, en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que incluye en su Capítulo I quiénes son sus miembros (Presidente, Vicepresidentes y Ministros) y, asimismo, en su artículo 1.1 reitera el contenido del artículo 97 de la CE: que éste "dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes".

b) Los Subsecretarios y asimilados; los Secretarios Generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla; los Delegados del Gobierno en entidades de Derecho Público; y los jefes de misión diplomática permanente, así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales.
c) Los Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados.
d) Los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores con rango de Director General de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los Presidentes y Directores de las Agencias Estatales, los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias y el Presidente y el Secretario General del Consejo Económico y Social.
e) El Presidente, Vicepresidente y el resto de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; el Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal; el Presidente, Vicepresidente y los Vocales del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; el Presidente, los Consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el Presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador o de supervisión.
f) Los Directores, Directores ejecutivos, Secretarios Generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión.
g) Los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquellos que tengan la consideración de Subdirectores Generales y asimilados.

En realidad, y a la vista de dicha enumeración, tampoco podríamos llegar a una conclusión cierta y cerrada de qué es un alto cargo. Una cosa es, en efecto, que tanto la LTGB y la LACAGE declaren que sus disposiciones son de aplicación a éstos y otra que el concepto alto cargo cuadre, por ejemplo, al gobierno o a los cargos electos. Si efectivamente la dirección de la Administración civil y militar le es encomendada al gobierno, lo cierto es que el gobierno tiene a su cargo la dirección política que resulta algo distinto y con perfiles propios a la función de dirección profesional en el que pueden ser incardinados la mayoría de los cargos enunciados en dichas normas. De otro lado, y de nuevo, resulta difícil admitir que un cargo electo, como es el caso de los miembros de la Junta de Gobierno Local, pueda tener esa consideración como, en su momento, daremos cuenta.

Pero si atendemos a dichas normas, se podría concluir que la figura del alto cargo puede incluir tanto a cargos electos como a los cargos titulares de órganos directivos de la organización central y territorial de la Administración General del Estado, así como de la institucional o instrumental, incluidos los existentes en el servicio exterior.

Sin embargo, y a pesar de dichas enumeraciones, la concreción del concepto de alto cargo no es una cuestión resuelta debido a la ausencia de una noción legal de dicho concepto.

Los Secretarios de Estado son órganos de colaboración y apoyo del Gobierno (artículo 7), junto a los gabinetes y a la secretaría del Gobierno.

A pesar de que uno de los objetivos de la LACAGE era ofrecer una definición sobre los mismos[173], lo cierto es que no existe en nuestro derecho positivo actual un concepto acabado de alto cargo. Como puede observarse se trata más que de una definición, de una descripción y relación de los mismos en el ámbito estatal y con una cierta confusión entre los miembros del gobierno y los cargos públicos dependientes de los mismos, como ahora veremos.

Desde la aprobación de la Constitución la situación, ciertamente, no es nueva y se ha venido repitiendo a lo largo de los años. Así, en los proyectos de ley anteriores a la LACAGE también una de las finalidades de los sucesivos gobiernos era la de brindar una definición de alto cargo lo más clara posible. La realidad, como expondremos a continuación, es que ha sido imposible ponerse de acuerdo sobre el alcance y la extensión de la figura lo que, inclusive, pudiera hacernos reflexionar sobre si, en realidad, no se ha querido establecer un concepto nítido de la misma. Lo cierto, como veremos ahora, es que la noción del alto cargo es funcional. Depende de a qué efectos se anude dicha consideración[174].

---

[173] Véase el Plan de Regeneración Democrática aprobado por el Gobierno en 2013 donde se preveía como una de las medidas en relación a la regulación del ejercicio de cargo público de la Administración General del Estado la definición explícita del concepto de cargo público en el ámbito de la misma. Y el informe que abordó esta materia contenía, entre otras, dos medidas claves: una, la concreción del ámbito de aplicación mediante la definición explícita del concepto de cargo público de la Administración General del Estado; y dos, la codificación de obligaciones y derechos del cargo público. Puede verse, a este respecto, https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/200913Enlace_Regeneraci%C3%B3nDemocr%C3%A1tica.aspx (consultada el 20 de junio de 2019)

[174] Idéntica técnica normativa se utiliza en Portugal donde la Lei n.º 52/2019, de 31 de julho por la que Aprova o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, y a los efectos previstos en la misma entiende por cargos políticos en su artículo 2 los siguientes:

1 — São cargos políticos para os efeitos da presente lei:
a) O Presidente da República;
b) O Presidente da Assembleia da República;
c) O Primeiro-Ministro;
d) Os Deputados à Assembleia da República;
e) Os membros do Governo;
f) O Representante da República nas Regiões Autónomas;
g) Os membros dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas;
h) Os Deputados ao Parlamento Europeu;
i) Os membros dos órgãos executivos do poder local;
j) Os membros dos órgãos executivos das áreas metropolitanas e entidades intermunicipais.
2 — Para efeitos das obrigações declarativas previstas na presente lei, excecionam-se do disposto na alínea i) do número anterior os vogais das Juntas de Freguesia com menos de 10 000 eleitores, que se encontrem em regime de não permanência.
3 — Para efeitos das obrigações declarativas previstas na presente lei são equiparados a titulares de cargos políticos:
a) Membros dos órgãos executivos dos partidos políticos aos níveis nacional e das regiões autónomas;
b) Candidatos a Presidente da República;
c) Membros do Conselho de Estado;
d) Presidente do Conselho Económico e Social.

Y cómo altos cargos públicos, en su artículo 3, se incluyen los siguientes:

1 — Para efeitos da presente lei, são considerados titulares de altos cargos públicos:
a) Gestores públicos e membros de órgão de administração de sociedade anónima de capitais públicos, que exerçam funções executivas;
b) Titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este;
c) Membros de órgãos de gestão das empresas que integram os sectores empresarial regional ou local;
d) Membros de órgãos diretivos dos institutos públicos;
e) Membros do conselho de administração de entidade administrativa independente;

JIMÉNEZ ASENSIO puso de manifiesto que, en la etapa precedente a la aprobación del texto constitucional, la expresión alto cargo era un concepto que se refería a determinados niveles intermedios, entre los Ministros como núcleo político por excelencia de la Administración pública, y los funcionarios o el personal estable que desempeñaba sus funciones en los diferentes Departamentos ministeriales[175].

De esta forma, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en su art. 10.7 se limitaba a establecer la competencia del Consejo de Ministros para deliberar, con carácter previo a su sometimiento al Jefe del Estado, las propuestas de nombramiento y separación de los altos cargos de la Administración pública tales como Embajadores, Capitanes Generales los tres Ejércitos, Subsecretarios, Directores generales, y Gobernadores civiles.

Posteriormente, el artículo 70.1.b) de la Constitución española de 1978 hace una somera alusión a la figura del alto cargo al señalar que "la Ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que afectarán a los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno". Nuestro texto constitucional, de esta forma, tan solo concreta que existirían unos altos cargos que no forman parte del Gobierno, pero no nos aclara mucho más.

Con posterioridad, la Exposición de Motivos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (en adelante, LIAC), hoy derogada por la LACAGE, señaló que su aprobación implicaba un gran avance respecto a la normativa anterior, sobre todo porque no se trataba de una mera reproducción de las normas de incompatibilidades tal y como se habían concebido hasta entonces. La memoria realizada en su día por el Ministerio de Administraciones Públicas puso en duda la enumeración exhaustiva de los altos cargos que se preveía en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos, ya que hacía necesaria la revisión de la misma cada cierto tiempo por motivos obvios de reorganización y modificación de órganos y puestos que se suceden en cualquier Gobierno.

La realidad a la postre es que ni éstas, ni el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, aprobado por la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005[176], ofrecieron una definición de qué

f) Titulares de cargos de direção superior do 1.º grau e do 2.º grau, e equiparados, e dirigente máximos dos serviços das câmaras municipais e dos serviços municipalizados, quando existam.
2 — Para efeitos das obrigações declarativas previstas na presente lei são equiparados a titulares de altos cargos públicos:
a) Os chefes de gabinete dos membros dos governos da República e regionais;
b) Os representantes ou consultores mandatados pelos governos da República e regionais em processos de concessão ou alienação de ativos públicos.

[175] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1988): *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España.* Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP). Segunda edición ampliada y adaptada a la Ley del Gobierno y a la LOFAGE. Oñati, p. 77.

[176] Que se limita a señalar que "tendrán la consideración de alto cargo los que la tengan a los efectos de la normativa sobre incompatibilidades".

debemos entender por alto cargo[177]. Tampoco lo hizo la LACAGE como hemos podido comprobar.

El Diccionario Jurídico de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial define al alto cargo como la autoridad o funcionario que ocupa la más elevada jerarquía en la organización de las administraciones públicas, el titular de los órganos superiores o un directivo de la Administración General del Estado. De nuevo, sin embargo, se trata de una definición lingüística que, aunque puede calificarse de acertada *prima facie*, sigue incurriendo en el problema de ser demasiado genérica y abierta.

La doctrina científica, por su parte, y para poder centrar el ámbito subjetivo de aplicación del contenido de nuestro trabajo, también ha señalado las dificultades que entraña abordar una definición sobre esta figura. Incluso para los autores que más han insistido en dicho aspecto se ha tratado de una ardua tarea[178]. NOVO ARBONA, refiriéndose al ámbito autonómico, aunque extrapolable a otros niveles territoriales, ha definido, a mi juicio muy acertadamente, al alto cargo como "aquellos cargos que se encuentran interpuestos, jerárquicamente, entre el nivel político y el nivel de la alta administración, que son elegidos de forma libre (con las limitaciones de competencia profesional y experiencia y en ocasiones entre funcionarios si así se establece) mediante decreto por el Consejo de Gobierno y que se reclutan con un carácter marcadamente político. Desde un punto de vista de la estructuración funcional, son los que ejercen la alta gerencia de un área concreta (junto con el nivel político), dentro del ápice o núcleo estratégico de una organización cuyos objetivos son: el conocimiento del entorno, la fijación de los objetivos de la institución, la creación y desarrollo de su estructura y la representación de la organización ante su entorno"[179]. Y es que, lo decisivo, resulta reparar en la necesaria distinción, también realizada constitucionalmente, entre Gobierno y Administración, y como nos recordara MERLONI, entre política y administración[180].

[177] Así lo pone de manifiesto VILLORIA MENDIETA, M. (2012): *El Marco Institucional de Integridad en España. Situación Actual y Recomendaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

[178] De esta forma, MESEGUER YEBRA, J. señaló que "Nos tenemos que conformar con un catálogo de cargos y las incorporaciones a este inventario de otros tantos que van haciendo las sucesivas Leyes, sin que sea posible hallar un concepto que, por mucho que se diga que existe, facilite una definición objetiva o un criterio firme en torno al que construir la noción de alto cargo, y que no sea, por ejemplo, el dato del nombramiento por el Consejo de Ministros, que parece ser la nota que concurre con mayor frecuencia en los distintos cargos sujetos a la Ley". MESEGUER YEBRA, J. (2005): "El Proyecto de Ley de Conflictos de Intereses y el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa reguladora de las incompatibilidades de los Altos Cargos de la Administración del Estado", *Actualidad Administrativa,* núm. 17, Sección A Fondo, quincena del 1 al 15 octubre de 2005.
También critica la ausencia de una noción legal de alto cargo CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L. (2010): "Ética pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 181, p. 27.

[179] NOVO ARBONA, A. (2000) "Altos cargos y directivos públicos en las Diputaciones Forales Vascas". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58, p. 307.

[180] MERLONI, F. (1998): "La distinción entre «política» y «administración»", *Documentación Administrativa*, núm. 250-251, enero-agosto. En este sentido, como señala MORA RUIZ, la importancia de determinar un concepto de alto cargo radica en la consideración especial que merece, en tanto en cuanto ocupa un lugar en la Administración como servidor público desde un punto de vista organizativo y las funciones encomendadas que tienen una relevancia incuestionable que se proyecta sobre el alto nivel de responsabilidad que asume[180]. MORA RUIZ, M., "Estatuto del alto cargo tras el cese", en CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (dir.), *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, 2022, p. 223.

Como ya señalara en su día MESEGUER YEBRA, el concepto de alto cargo en el Proyecto de Ley de la LIAC[181] "comprende un conjunto de cargos no identificable con los miembros del Gobierno en sentido estricto, esto es, del Consejo de Ministros, sino que se extiende a una serie de puestos jerárquicamente por debajo de los Ministros y que ocupan una franja hasta el nivel de Subsecretarios o Directores Generales, designados libremente por el Gobierno, en base a criterios de especial confianza o responsabilidad".

Lo cierto es que la LACAGE siguió esta misma senda tradicional en la Administración General de Estado española al acuñar como criterio determinante el nivel orgánico o "asimilado". En palabras de PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS la frontera estaría en el nivel orgánico de director general o asimilado, y a partir de subdirector general habríamos de acudir al régimen jurídico de los empleados públicos[182]. Y es que, como muy acertadamente apuntan estos autores, al no existir una definición legal de alto cargo es necesario acudir al criterio anteriormente señalado para poder aproximarnos a su contenido conceptual.

Así el art. 55.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) corrobora la afirmación anteriormente realizada aclarando que "los órganos superiores y directivos tienen la condición de alto cargo, excepto los subdirectores generales y asimilados, de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado". Por tanto, y según esta norma, serían altos cargos, por un lado, los titulares de los órganos superiores, esto es, los Ministros y Secretarios de Estado y, por otro, los titulares de órganos directivos, es decir, aquellos a quienes según el art. 55.9 LRJSP les corresponde el desarrollo y ejecución de los planes de actuación establecidos por los órganos superiores.

Respecto a la caracterización como altos cargos de los titulares de los organismos públicos dependientes de la AGE (entes instrumentales o institucionales), la LRJSP guarda silencio, al señalar únicamente su art. 90.1 que los mismos se estructuran en los órganos de gobierno y ejecutivos que se determinen en sus respectivos Estatutos, concretando que son los máximos órganos de gobierno el Presidente y el Consejo Rector, pudiendo prever sus estatutos, no obstante, otros órganos de gobierno con atribuciones distintas. A diferencia de este texto legal, la LACAGE sí especifica en su art. 1.2.d) que son altos cargos los máximos responsables de las entidades del sector público estatal. Asimismo, en la letra g) del mismo precepto se introduce una especie de cajón de sastre al asimilar que son también altos cargos "los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquellos que tengan la consideración de Subdirectores Generales y asimilados". El resultado de ello, y de nuevo hemos de remitirnos a PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, es que habrá muchos casos en los que el máximo órgano de gobierno no tenga la condición de alto cargo por ostentar el rango de subdirector general.

[181] MESEGUER YEBRA, J. (2005): "El Proyecto de Ley de Conflictos de Intereses y el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa reguladora de las incompatibilidades de los Altos Cargos de la Administración del Estado", *Actualidad Administrativa*, núm. 17, Sección A Fondo, quincena del 1 al 15 octubre.
[182] PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 59.

Las contradicciones de dicha enumeración no quedan ahí. DESCALZO, por su parte, critica, y con razón, la letra g) del artículo 1.2 de la LACAGE, considerando que, a pesar de la buena intención del legislador, su inclusión tiene difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico. "El artículo 25 de la LTBG, para establecer las *obligaciones* de buen gobierno que deben cumplir los *responsables públicos* con la finalidad de concretar las consecuencias derivadas de su *incumplimiento*, permite tomar la noción de alto cargo establecida en otras normas (generales-estatales o autonómicas)". Con ello se llega a situaciones en las cuales la noción del alto cargo puede comprender no sólo a titulares de órganos, sino también a los "titulares de cualquier puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquéllos que tengan la consideración de subdirectores generales y asimilados" [artículo 1.2.g) LRAC]. Pues bien, y sigue diciendo dicho autor con quien coincido plenamente, de un lado, y conforme a los artículos 73 y 74 del EBEP, "la noción de puesto de trabajo se vincula a la organización de la estructura interna de las Administraciones con el correlativo derecho de los empleados públicos al desempeño de los mismos. Y, de otra parte, los subdirectores generales no son nombrados ni cesados por el Consejo de Ministros (artículo 67.2 LRJSP)". Y concluye, por tanto, de un lado que: "No parece, por tanto, que la figura del puesto de trabajo sea la más adecuada para cerrar el largo elenco de los responsables públicos a los que se dirigen las reglas de buen gobierno"; y de otro, que: "En suma, el loable objetivo normativo de procurar que las reglas de buen gobierno alcancen a todos los que integran la cúpula de las organizaciones públicas, enturbia, sin embargo, la distinta naturaleza de la relación jurídica que mantienen los altos cargos con sus respectivas instituciones"[183].

Por último, y para concluir este apartado, cabe hacer mención al último apartado del art. 1 de la LACAGE que exceptúa expresamente de la condición de alto cargo a quienes sean nombrados por el Consejo de Ministros para el ejercicio temporal de alguna función o representación pública y no tenga en ese momento la condición de alto cargo. A simple vista, el precepto resulta bastante confuso, pues una de las notas características de los altos cargos es precisamente que su nombramiento es temporal, en contraposición con lo previsto por la legislación de empleo público para los funcionarios (art. 9.1 TREBEP). Cierto es que también los directivos públicos y el personal eventual son designados para ejercer sus funciones por un tiempo determinado y no entrarían dentro de la condición de altos cargos. El *quid* de la cuestión estaría, siguiendo en este punto a PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, en el carácter estructural que tiene el cargo en sí mismo[184].

En conclusión, como hemos relatado y se desprende de las anteriores líneas, existe una alta indefinición, confusión y falta de concreción entre distintas figuras, que es preciso señalar, al contemplar la normativa de forma muy genérica y con ciertas contradicciones la descripción del "alto cargo". El bloque normativo ha optado, como se dijo más atrás, por enumerar, a los efectos de las normas que así lo establecen, un elenco de cargos que merecen tal consideración, y que como se ha puesto de manifiesto responden a distintas categorías, así como a diferente naturaleza. Muy representativa de esta imprecisión normativa la encontramos con otras figuras afines, pero sustancialmente distintas, como resulta ser el personal directivo profesional y el personal eventual.

[183] DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "El buen gobierno de los altos cargos", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 44.
[184] PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 67.

Y es que, como ya adelantábamos, el legislador ha hecho de la expresión alto cargo un concepto impreciso, con una finalidad funcional a los efectos de establecer un régimen jurídico determinado de sujeción específica e intensa de éstos respecto de determinadas materias, y con ello ensanchando o estrechando la definición lo que genera la imprecisión de la que se está dando cuenta.

Tengo para mí que el *quid* de la cuestión radica en la indefinición del espacio entre la política y la gestión que caracteriza a nuestro sistema normativo. La diferenciación del espacio que es propio del Gobierno y el que corresponde a la Administración que no ha quedado resuelto aún en forma definitiva. Y lo vamos a ver, ahora, a propósito de dos colectivos, insertados en la Administración, pero cuya razón de ser al menos hasta ahora ha obedecido a la confianza política.

1.1.1 La frontera existente entre el alto cargo y el personal directivo profesional.

Un esfuerzo necesario de delimitación, al plantearnos la definición subjetiva del concepto de alto cargo, surge entre la figura del alto cargo y los directivos públicos profesionales. Y, de nuevo, como tendremos oportunidad de comprobar, las enumeraciones realizadas por las normas anteriormente mencionadas muestran unas costuras frágiles que conducen a nuevas contradicciones.

Y es que hay un ámbito en el que los límites o fronteras del personal de confianza de "legitimación democrática" y el personal designado para realizar labores de dirección pública, sometidos a los principios de concurrencia, mérito y capacidad, son fácilmente confundibles. Nos referimos a los directivos públicos profesionales. La problemática surge, como en su momento pusiera de manifiesto ORTEGA ÁLVAREZ, en que todavía no "ha quedado clarificada en nuestro ordenamiento la diferenciación entre aquella parte de la Administración que colabora en la función gubernativa y aquella otra que se sitúa en el espacio de la función ejecutiva. Ni siquiera ambas funciones han sido claramente dibujadas en sus perfiles, en correspondencia con la tradición administrativista de contemplar al Gobierno y a la Administración como una única figura dentro del poder ejecutivo". De esta forma, como certeramente añade el citado autor, quizá ahí "está una de las claves de la dificultad en la implantación de la figura de los directivos, en entender que el ámbito de la política y el de la burocracia están en un mismo eje, de forma que cuanto menos poder tengan los políticos más poder tendrán los burócratas y viceversa. Sin haber entendido que de lo que se trata es de crear una nueva categoría de gestores, con unas cualificaciones que no deriven de la experiencia política ni de la burocrática, sino de sus aptitudes y cualidades personales para la función de dirección"[185].

Y es que la inclusión de los directivos públicos profesionales como altos cargos, dada su consideración de personal al servicio de las Administraciones públicas incluido en el Estatuto Básico del Empleado Público, aún podría añadir una mayor confusión al implicar la aplicación o no de un estatuto específico integrado dentro del estatuto funcionarial.

Lo cierto es que nuestro texto constitucional nos brinda, si no todas, sí distintas herramientas para saber a qué nos estamos refiriendo exactamente cuando aludimos a los "altos cargos", y a qué nos referimos cuando hablamos de dirección profesional de nuestras Administraciones públicas. En efecto, como ya se apuntó, el art. 97 de la

[185] ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2010): "Prólogo", en *La Alta Dirección Pública: Análisis y Propuestas*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L., y MAESO SECO, L. (Coords.), Edit. INAP, Madrid, p. 14.

Constitución señala que el Gobierno dirige la Administración, lo que incluiría la dirección, por parte del Ministro correspondiente, de la organización existente bajo su mando, tanto del personal que responde políticamente ante el Parlamento (subsecretario y director general), como aquel designado libremente de rango inferior a estos y que no responden políticamente ante las Cámaras.

Por otro lado, y refiriéndose a la responsabilidad política de los miembros del Gobierno concretamente, nuestra Constitución se ocupa de la misma tanto en su art. 98.2 cuando expresamente menciona la responsabilidad directa de éstos en su gestión, como en el art. 108 donde se afirma que responderán solidariamente por su gestión política ante el Congreso de los Diputados. Nada dice nuestro texto constitucional de la responsabilidad por su gestión técnica o económica, sino que se refiere expresamente a la "gestión política". Por su parte, el art. 70.1.b), como advertimos unas líneas atrás, establece que la Ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso, a los altos cargos de la Administración General del Estado, con la excepción de los miembros del Gobierno.

Con estas trazas constitucionales se realiza una asimilación, que no identificación, entre los altos cargos y los miembros del Gobierno a determinados efectos. Si bien, ciertamente, englobándolos en una misma categoría de un sistema basado en la confianza política principalmente y que[186], en consecuencia, quedarían extrarradio del personal profesional de la Administración pública -incluidos los directivos profesionales- cuyo sistema se basa en el mérito[187], al contrario que los altos cargos cuya legitimación es democrática, en forma indirecta, debido a su sistema de acceso basado en la confianza y su régimen de responsabilidad política[188].

Es más, otros autores señalan que, en realidad, no podemos hablar de que haya una verdadera diferencia entre la función directiva y el resto del empleo público. Así, PALOMAR OLMEDA, destaca que "en la organización pública la función directiva, desde una perspectiva subjetiva, es desarrollada por dos grandes grupos de personas: las que ejercen funciones de gobierno y las que no. Los primeros tienen como referencia

[186] En este mismo sentido se manifiestan PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 61. Con anterioridad, MORELL OCAÑA, L. (1994): *El sistema de confianza política en la Administración pública*, Civitas, Madrid, abordó dicha cuestión advirtiendo de que no se trata de la confianza en sentido político, o al menos tan solo, sino es, más que eso, la lealtad personal al superior lo que cuenta (p. 27).

[187] MORELL OCAÑA, en la obra citada en la anterior nota, pp. 29 y ss. puso certeramente de manifiesto en forma temprana, en su magnífica monografía sobre el sistema de la confianza política en la Administración Pública, que nuestro sistema constitucional, al plantearse la selección de los empleados públicos, optó decididamente por un sistema de mérito frente al sistema de patronazgo. No puede llegarse a la misma conclusión en cuanto a la función directiva que, merced a las diferencias existentes entre el artículo 23 y 103 de la Constitución respecto de la exigencia del mérito, han ido progresivamente, pero sin demora alguna, consolidando un sistema basado, casi exclusivamente, en la confianza que aún permanece en gran medida a pesar de las previsiones establecidas en el Estatuto Básico del Empleado Público, insuficiente, o erróneamente, desarrolladas en el resto de la legislación hasta ahora dictada. Bien es cierto que Proyectos de leyes de empleo público en tramitación en aquella época (1994), como es el caso del País Vasco y de Andalucía aportaban elementos de sumo interés en esta tarea de construcción de una dirección pública profesional.

[188] Y es que esta legitimación democrática puede ser, según BAENA DEL ALCÁZAR, directa (como sería la de los miembros del Parlamento y la del Gobierno que tiene la confianza parlamentaria) o indirecta de segundo o más grados "cuando la designación la hace a su vez alguien que ha sido designado". Puede verse, respecto de este punto, BAENA DE ALCÁZAR, M. (2000): *Curso de Ciencia de la Administración*, Tecnos, Madrid, p. 292.

esencial la legitimación política directa o indirecta en su acceso mientras que los segundos responden (o deberían hacerlo) a criterios puramente profesionales". Y añade que "la desarrollada por los indicados en segundo lugar es realmente una función de administración y que tiene que responder a las reglas esenciales de ésta, aunque pueda tener pautas y estructuras diferentes a las del resto de los empleados públicos. Lo que no cabe negar es que, al margen de las reglas y de la configuración, se trata de una función que tiene la misma naturaleza que la del resto del empleo público"[189].

Sin embargo, en la actualidad, hay una gran parte de autores que apuestan por imitar a otros países de nuestro entorno[190], es decir, regular de forma propia y con garantías de una cierta independencia, el Estatuto de los Directivos Públicos, que estaría de esa forma diferenciado de responsables políticos y de la función pública ordinaria[191].

Entrado ya sí, en el estudio de nuestra actual normativa, cabe señalar que, el primer escollo que nos encontramos es que este personal directivo no se nombra propiamente en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP) en la clasificación sobre los empleados públicos. Así, su art. 8 se refiere expresamente a los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual, dando por hecho que el personal directivo será funcionario o laboral[192]. E intenta dar una relevancia especial a la figura del personal directivo incorporándola en un Capítulo específico, que consta de un solo artículo. Sin embargo, esta relevancia queda empañada por el nulo desarrollo de este precepto que tiene únicamente un carácter dispositivo a

[189] PALOMAR OLMEDA, A. (2005): "Pautas para el diseño de un estatuto de directivo público en el marco de las administraciones convencionales", en *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, Edit. Foro de Seguridad Social, pp. 29 y 30. Por ello, y como señala el autor: "Los perfiles y la forma de trazar la línea divisoria entre una y otra es, como indicábamos, realmente compleja y ciertamente aleatoria. No es igual en las diferentes Administraciones Territoriales y no es igual en los diferentes períodos históricos el modelo elegido por cada una de éstas".

[190] Baste referirnos aquí, dada la paralela tradición administrativa, al caso de Portugal. En efecto, en el contexto de reformas a que dio lugar la crisis económica de 2008, es de interés referirnos a la Lei n.º 64/2011, de 22 de diciembre, por la que se estableció el Estatuto del Personal directivo y se alumbra la Comisión de Reclutamiento y Selección para la Administración Pública (CRESAP), que introdujo el principio de mérito en la estructura directiva de la Administración central, regional y local, a través de la gestión de la selección de los directivos públicos por medio de la valoración de sus méritos, a través de concursos públicos y con un periodo de nombramiento de 5 años prorrogables hasta 10. Puede consultarse, a este respecto, BILHIM, J. (2014): "As Práticas dos Gestores Públicos em Portugal e os códigos de Ética", *Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,* v. 35, núm. 69, pp. 61-82 y BAZ VICENTE, R. (2015): "La selección de los directivos públicos en atención al mérito profesional. Algunas enseñanzas de Portugal", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (nueva época),* núm. 14, pp. 72-83.

[191] Baste señalar al respecto LONGO MARTÍNEZ, F. (1996): "Políticos, directivos y sindicatos como actores de la gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas", *Papers ESADE,* núm. 148.

[192] Para SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007): "Clases de Personal", en AAVV, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, p. 108, "En realidad, el Informe de la Comisión de expertos no pretendía eso exactamente, sino tan sólo que el personal directivo fuera designado "en virtud de sus cualidades profesionales contrastadas. Así sucede en otros países, en que la designación de los cargos directivos profesionales o, al menos, de una parte de ellos no se lleva a cabo por procedimientos de concurso o en concurrencia, ya que el directivo profesional se integra en un equipo dirigido por su superior político y, en alguna medida, ha de gozar de la confianza de éste. Lo que se pretendía era excluir la designación de directivos por razones de simple afinidad o lealtad política o personal, sin consideración alguna a cualidades, competencias y capacidades profesionales de dirección – el puro directivo "de partido"-, algo que se ha producido y se produce con harta frecuencia en nuestras Administraciones Públicas. Pero una cosa es establecer requisitos de profesionalidad y otra equiparar la designación de los directivos a la selección de empleados públicos o a la provisión de puestos por concurso".

desarrollar, en forma reglamentaria, por el Estado y las Comunidades Autónomas[193]. Al legislador básico se le pasó, vaya memoria, que las entidades locales son también un nivel de gobierno en nuestro sistema constitucional y las consecuencias no han sido otras que la proscripción de que éstas podían proceder a su regulación[194], lo que, desde mi punto de vista, es ciertamente discutible[195].

De esta forma, el art. 13 del TREBEP señala algunas notas sobre los directivos profesionales con carácter dispositivo. Así, se establece de forma bastante abierta y ambigua que este personal es aquél que "desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas"[196], y será nombrado atendiendo a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, llevándose a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia[197]. Previsiones que, aún recogiendo algunas

[193] En efecto, el art.13 del TREBEP optó por remitir su desarrollo normativo, en los siguientes términos: "El Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición".

[194] Al respecto, ha sido el Tribunal Supremo, en la STS de 17 de diciembre de 2019 (rec. 2145/2017), quien ha dado respuesta a la siguiente cuestión de interés casacional: "Si entra dentro de las competencias de los entes locales y, en particular, de las Diputaciones Provinciales la regulación de su personal directivo". De esta forma, dicho Tribunal pone de manifiesto el vacío legal y así establece que: "Es evidente que, fueran las que fueran las razones a las que se ha debido, no hay en este artículo una reserva de Ley del Estado ni de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, es igualmente, manifiesto que tampoco se encuentra en él ninguna atribución a los entes locales y sí al Estado, concretamente al Gobierno, y a las Comunidades Autónomas para regular el régimen jurídico específico de este personal directivo y los criterios para determinar su condición dentro del respeto a los principios enunciados por el propio precepto". Y el Tribunal, en base a la interpretación de que el legislador ha querido dotar de una cierta homogeneidad a dicha regulación reservándola tan solo al Estado y las CCAA, entiende "que la autonomía garantizada constitucionalmente, al igual que las potestades del artículo 4.1 a) –reglamentaria y de autoorganización– no son, por sí solas, título suficiente para ejercer cualquier tipo de competencia regulatoria, pues no pueden utilizarse en contra de previsiones legales específicas ya que la Ley delimita una y otra".

[195] No en vano, la sentencia tiene dos votos particulares, los realizados María del Pilar Teso Gamella y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quienes, en base a la posición competencial de la Ley de Bases de Régimen Local y la Carta Europea de Autonomía Local, entienden que "De manera que el discurso argumental que subyace en la sentencia y la conclusión que alcanza, se concreta en que para el ejercicio de la potestad de autoorganización de la Diputación recurrente es necesario que previamente el Gobierno español o el Gobierno de las Comunidades Autónomas, dicten una norma, ya sea legal o reglamentaria, pudiera ser un real decreto o un decreto, que regule al personal directivo, y luego ya podrán las Entidades Locales reproducir su contenido, quizá introduciendo algún detalle. Creemos que tal conclusión resulta incompatible con una interpretación sistemática de los preceptos aludidos, con la posición específica de la LBRL en nuestro ordenamiento jurídico en la materia que abordamos, y con las existencias derivadas de la autonomía local".

[196] Es por ello que JIMÉNEZ ASENSIO, R. señalara que "que nadie sabe realmente qué es". JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019): "Tres preguntas (con respuesta) sobre la dirección pública en España", en su blog *La mirada institucional*, 26 de noviembre de 2019. (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/category/directivos-profesionales/).

[197] Previsiones a las que se añaden la de que la determinación de las condiciones de empleo no tendrá la consideración de materia negociable. Un punto, además de especial atención, resulta ser que no haya reserva de ley en este aspecto. Puede verse, a este respecto, la enmienda presentada por el Grupo Socialista en el Senado, y finalmente aceptada, que modificó la reserva de ley establecida para el ejercicio de la función directiva durante la tramitación del EBEP:

ENMIENDA NÚM. 266 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS)

El Grupo Parlamentario Socialista (GPS), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda al Artículo 13.

ENMIENDA

De modificación.

Al artículo 13, primer párrafo.

Se propone la modificación del primer párrafo del artículo 13, que tendrá la siguiente redacción:

propuestas de la Comisión de Expertos que precedió al EBEP, no están exentas de contradicciones a las que se añaden omisiones de indudable relevancia cómo es el régimen de permanencia en el cargo y de cese de este tipo de personal que, como no se ocultará a cualquiera que se acerque con cierto grado de detalle al régimen jurídico de los directos públicos, tiene una importancia decisiva en la configuración del régimen jurídico del personal directivo.

En principio, por tanto, no debería existir solapamiento alguno con el régimen de los altos cargos que, como hemos reiteradamente subrayado, responden a un sistema de confianza sin perjuicio de la existencia de ciertos criterios limitativos de ésta (idoneidad y honorabilidad). A distinta conclusión llegaríamos si atendemos, en la práctica, a cómo se está llevando en España aún el nombramiento de los directivos profesionales, que más que seguir un sistema basado en los principios que el TREBEP enumera, como son la idoneidad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia, se materializa en métodos selectivos basados únicamente en la confianza política, sin que exista una carrera verdaderamente profesional de los directivos públicos en los que se garanticen los principios de concurrencia, publicidad, idoneidad, mérito y capacidad. Esta cuestión, el denominado *spoil system*, ha sido criticado, y con razón, con mucha frecuencia por la doctrina. Así, se ha llegado a afirmar que su nombramiento responde al "mérito político"[198], que impera el "dedo democrático"[199], o que no existen mecanismos para evaluar su idoneidad, tal y como señala la Ley. En definitiva, la dirección pública profesional sigue en gran medida, en palabras de JIMÉNEZ ASENSIO, colonizada por la política[200].

Es precisamente el indebido o ausente desarrollo de esas previsiones recogidas en el TREBEP los que siguen haciendo confundir las figuras de alto cargo y de directivo público profesional. Cierto es, sin embargo, que teniendo en cuenta únicamente lo que se desprende del texto de la Ley ambos deben ser designados atendiendo a criterios de

«El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios».
JUSTIFICACIÓN
Aparte de la necesidad y oportunidad de contemplar en un texto legal como éste, de desarrollo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, la figura del personal directivo, factor decisivo de modernización administrativa, sucede que el personal directivo también se enmarca en las potestades de autoorganización y de dirección de las Administraciones Públicas. Por ello, en coherencia con lo mismo, se prevé la posibilidad de que los Órganos de Gobierno de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas establezcan el régimen jurídico del personal directivo de las referidas Administraciones Públicas.

[198] BETANCORT, A. (2018): "Abuso de poder desde el Gobierno", Editorial El Mundo, 2 de agosto de 2018. (Recuperado de https://www.elmundo.es/opinion/2018/08/02/5b618955268e3e21098b45a8.html).

[199] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019): "Tres preguntas (con respuesta) sobre la dirección pública en España", en su blog *La mirada institucional*, 26 de noviembre de 2019. (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/category/directivos-profesionales/).

[200] Este autor se muestra muy crítico con la regulación llevada a cabo en España sobre la Dirección Pública Profesional (DPP), en comparación con otros países anglosajones o nórdicos, o como Bélgica, Portugal o Chile. Así señala que "allí los puestos asimilables a lo que aquí entendemos como de dirección general y de subdirección general son niveles de DPP: se nombran por libre concurrencia y por competencias profesionales, se evalúa su gestión y tienen una duración temporal previamente acotada. No caben los ceses discrecionales". JIMENEZ ASENSIO, R. (2018): "La dirección pública profesional en España: errores de concepto", en su blog *La mirada institucional*, 28 de enero de 2018 (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/2018/01/28/la-direccion-publica-profesional-en-espana-errores-de-concepto/).

idoneidad[201], si bien los primeros participan en la gestión política, pues dependen del Gobierno que los nombra, y los segundos se enmarcan dentro del estatuto general de los empleados públicos en la Administración porque, además de que le son aplicables los principios de concurrencia, mérito y capacidad, responden, asimismo, a una evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados, de acuerdo con el art. 13.3 del TREBEP[202]. Cuestión distinta es cómo se llevan a cabo estas pretensiones fijadas en la norma y quién sería el encargado de evaluar el resultado de su gestión y la sujeción a los principios de eficacia y eficiencia.

Por ello que, concluyendo esta diferenciación, se puede afirmar que el principal criterio para determinar si estamos ante un alto cargo debería girar en torno a que sea nombrado atendiendo a criterios de confianza política y que participen en la gestión política o no. Cuando concurran estas notas estaremos en presencia de un alto cargo y no lo estaremos si las mismas no están presentes. Y todo ello, a pesar de que la LACAGE realice una enumeración exhaustiva de las personas a quien considera "alto cargo", incluyendo figuras como son los directores generales – figuras más propias de la función directiva -, lo que vuelve a poner de relieve lo cuestionable de dicha enumeración.

Y es que, he de reiterarlo de nuevo, es cuestionable que a algunas figuras se les aplique el estatuto del alto cargo. Así, y como botón de muestra, valgan algunos ejemplos: el ya apuntado caso de los directores generales, a quienes la LRJSP le encomienda eminentemente funciones de gerencia en áreas homogéneas de un departamento ministerial (art. 66); o, por citar un segundo ejemplo, el supuesto a que se refiere el art. 1.1.d) de la LACAGE, esto es, los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, que por tener tareas de gerencia de esas entidades podrían encuadrarse mejor en la figura del directivo público profesional.

En el ámbito de los entes, organismos y entidades de naturaleza instrumental, en opinión de PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS "la calificación de alto cargo debería restringirse, a lo sumo (y no necesariamente), a la figura del presidente de cada entidad, nombrado por el Gobierno, debido a que sirven de engarce entre la entidad de que se trate y el Gobierno. Pero el resto de cargos (vicepresidentes, directores generales, directores ejecutivos y asimilados), ya sean nombrados por el Gobierno o por la propia entidad, deberían calificarse como directivos profesionales. En todos estos casos, la personalidad jurídica propia de la entidad, unida a la subordinación al presidente de la misma,

[201] Entre otros, es ilustrativo como ejemplo el nombramiento de la **ex directora de comunicación del PSOE como nueva presidenta del Hipódromo de la Zarzuela.** Su consejo de administración tras el visto bueno de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), aprobó el 28 de julio de 2022 su nombramiento **sin contar con experiencia alguna profesional en el** sector hípico. Los méritos alegados por los miembros del consejo de administración de la SEPI, que aprueba la propuesta de designación, son sus cualidades docentes y de comunicación.

[202] El contenido del artículo 23.2 CE admite una cierta modulación en razón de los colectivos y las funciones a los que se dirige. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido a admitir cierta diferenciación en el trato siempre que la misma obedezca a razones proporcionales y razonables a fin de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima como puede ser la eficacia de la actuación administrativa. Y la consecuencia directa: la no traslación automática de los principios de mérito y capacidad, concurrencia y publicidad a los altos cargos. Interpretación que se ve reforzada si se repara que el texto de la ponencia constitucional fue enmendado suprimiendo el mérito como condición de acceso a cargos y funciones públicas. Idéntico criterio de interpretación mantiene el Profesor MORELL OCAÑA, L. (1994): *El sistema de confianza política en la Administración pública*, Civitas, Madrid, p. 25.

determina un distanciamiento del Gobierno, que impide que pueda hablarse, en rigor, de colaboración inmediata en la gestión política del Gobierno, de tal modo que su legitimación democrática no puede amparar un nombramiento de carácter esencialmente político. No digamos ya en los casos en los que el nombramiento es efectuado, no ya por el Gobierno, sino por los órganos de la entidad"[203].

Sin embargo, la realidad es que el estatuto de los directivos profesionales tan solo está desarrollado en algunas Comunidades Autónomas y sigue teniendo unas fronteras muy poco delimitadas con respecto a los altos cargos que hoy copan, incluso, la Administración local, a pesar de que en el bloque normativo local no exista tal concepto, y todo ello por la inclusión de ciertos cargos en la LTBG, como son los miembros de las Juntas de Gobierno local, como analizaremos más detalladamente un poco más adelante[204].

Finalmente, hay que hacer referencia a la reciente STS de la Sala tercera de 21 de septiembre de 2022 (rec.6897/2020), que se refiere a que si la condición de alto cargo afecta también a la situación de servicios especiales, si realmente se trataría de un "alto cargo". Como certeramente ha señalado CHAVES reproduciendo la citada sentencia "la clave radica en si esos puestos tienen la consideración de "alto cargo" en sentido técnico-

[203] PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 64.

[204] En el ámbito de las Comunidades Autónomas destaca la regulación más innovadora llevada a cabo por el País Vasco con la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, si bien no está de más señalar que la misma peca de algunas confusiones como, a título de ejemplo, mezclar órganos directivos con régimen jurídico del personal directivo.

También es preciso mencionar que muestra de la confusión existente entre el concepto de alto cargo y el de directivo público es el Proyecto de Ley de Empleo Público de Andalucía aprobado por el Consejo de Gobierno de 7 de septiembre de 2022, que se ocupa de la Dirección Pública Profesional en su Título II (artículos 18 a 26) y en el que se define a los directivos públicos cómo "*aquellas personas que desempeñen los puestos de estructura orgánica de las distintas Consejerías de la Junta de Andalucía, y sus agencias administrativas y de régimen especial, que así se cataloguen en la relación de puestos de dirección pública profesional, en la forma que se determine reglamentariamente"*, definición que en realidad no define nada ya que es un puro reenvío normativo, pero que sin embargo es común a otras normas que también se remiten a otros instrumentos normativos sin entrar a definir qué se considera un directivo público, eso sí sin perjuicio de que luego se enumeren qué funciones resultan atribuidas a dicho personal y ahí sí se defina en forma indirecta que se entiende por directivo público profesional.

Dicho ello la norma, y he aquí cómo la norma establece una confusión entre ambos conceptos que en mi opinión han de distinguirse, contempla una doble clase de puestos directivos, los directivos que considera también altos cargos y los que no tienen dicha característica, a saber (artículo 19):

a) Se catalogarán como puestos a desempeñar por personal directivo público profesional alto cargo los de los órganos directivos centrales o periféricos, cuyo desempeño requiera el nombramiento de sus titulares mediante decreto o acuerdo del Consejo de Gobierno, y tengan rango de Director o Directora General o inferior, excepto las Delegaciones del Gobierno.

b) Se catalogarán como puestos a desempeñar por personal directivo público profesional funcionario de carrera o laboral fijo los que dependan directamente de los puestos de personal directivo público profesional de alto cargo, y que tengan atribuidas funciones calificadas como directivas de acuerdo con lo preceptuado en la presente ley y en el estatuto del personal directivo público profesional.

Resulta novedosa en este aspecto la norma andaluza ya que otras normas autonómicas como la vasca o la valenciana excluyen a los altos cargos de dicha consideración. Añade la norma, sin embargo y he aquí la perplejidad que causa, que: "*Este personal no pierde su consideración de alto cargo y sigue sujeto, además, a su regulación específica. Reglamentariamente podrán excluirse de los órganos centrales o periféricos aquellos que, por ser de especiales características para el desarrollo de unas determinadas políticas, podrán no ser desempeñados por personal directivo público profesional*. Lo que ciertamente remite a la puesta en práctica de la misma el verdadero alcance de esa distinción.

jurídico, pues no basta lo rimbombante del cargo ni que exista un contrato de "alta dirección". Así, pues, sigue señalando la sentencia referida, "se ha de concluir que, el precepto que nos ocupa, entendido en el contexto normativo en el que se encuentra, atendiendo a pautas literales, lógicas, sistemáticas y teleológicas, conduce a exigir que, para que proceda la declaración de servicios especiales conforme al apartado c) del artículo 109.1 de la Ley 39/2007, exista una disposición administrativa dictada por el órgano competente en cuya virtud se deba asimilar el puesto o cargo en cuestión a alto cargo. Y que no sea suficiente un acto administrativo como el considerado por la sentencia de instancia". Y concluye dicha sentencia con un final muy esclarecedor, y es que "el conjunto en que se fija la sentencia de instancia y los elementos que invoca el escrito de oposición no conducen a la conclusión de que el puesto de Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria deba considerarse asimilado a alto cargo. En particular, es menester recordar que las funciones directivas por sí solas no son definitorias de la condición de alto cargo pues el Estatuto Básico del Empleado Público contempla, dentro del personal de las Administraciones Públicas, al que llama Personal Directivo, al que dedica el artículo 13, sin añadir ninguna connotación a esa calificación"[205].

Por tanto, y en conclusión adentrándonos en la distinción entre ambos colectivos, cabe mantener que los altos cargos son aquellos que gozan de una legitimidad democrática indirecta por haber sido nombrados de forma discrecional por el Gobierno atendiendo a criterios de confianza política, para la dirección de funciones directamente relacionados con la gestión política en la Administración o en el sector público en general, y cuyo cese será también libre por parte de aquellos que lo hayan nombrado, sin que requiera motivación. Y los directivos públicos profesionales serían aquella categoría de empleados públicos -bien es cierto que el EBEP no los estableció como una clase de personal sino como puestos de trabajo-, designados atendiendo a criterios de mérito, capacidad, concurrencia y publicidad para la gestión eficiente y eficaz de un área o entidad perteneciente a la Administración, y sometidos jerárquicamente a las decisiones políticas adoptadas por miembros del Gobierno y altos cargos.

1.1.2 El personal eventual: personal de confianza, pero no de gestión de las políticas públicas.

No sólo el personal directivo profesional se presta a confusión con los altos cargos, también existe este problema en torno al llamado personal eventual. Se trata de tres categorías diferentes pero que comparten algunas características que pueden llevar a quien se acerca a su estudio, y de hecho así sucede, a tener dudas respecto a estas figuras y su necesaria distinción.

El artículo 12 del TREBEP contempla, como ya lo hiciera la legislación antecedente, una referencia sobre el personal eventual, bien cierto que escueta como tampoco podía ser de otra forma dada la naturaleza del texto. Para el TREBEP el personal eventual es "*el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin*".

[205] CHAVES, J. (2022): "El Tribunal Supremo precisa la condición de alto cargo y la situación de servicios especiales", en su blog *De la Justicia*. (Recuperado de: https://delajusticia.com/2022/10/06/el-tribunal-supremo-precisa-la-condicion-de-alto-cargo-y-la-situacion-de-servicios-especiales/)

La legislación anterior sobre este tipo de personal venía establecida en el artículo 20.2 de la LMRFP[206]. Su dicción, desde luego, es calculadamente más ambigua que las propuestas realizadas por la Comisión de Expertos que, de forma más clara, recomendó que dicho personal no debería de desempeñar funciones permanentes y ordinarias relativas a la gestión de las Administraciones públicas ya que, en opinión de dicha Comisión, *"El nombramiento de personal eventual en todas y cada una de las Administraciones Públicas debe quedar reducido a las funciones que exigen una estricta relación de confianza política y no debe extenderse a la realización de actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes"*.

La progresiva reducción del espacio profesional acontecida sobre todo en el caso de la Administración local mediante la utilización de este tipo de personal aconsejaba, en opinión de la Comisión, abordar este punto, y sin negar la posibilidad de existencia de este tipo de personal, rechazar que el mismo no tuviese un carácter excepcional[207].

No parece haber duda, sin embargo, a pesar de que la dicción final del artículo 12.1 TREBEP no resulte tan clara como hubiese sido deseable, que el personal eventual no debe ejercer funciones directivas, ni de jefatura ordinaria de áreas o unidades, ya que el mismo ha quedado perfectamente diferenciado tanto del personal profesional, ya se trate de personal laboral o funcionarial, como del personal que ejerce funciones directivas.

---

[206] En el que se establecía que el personal eventual sólo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y su nombramiento y cese, que serán libres, corresponden exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios de Estado, y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de las Corporaciones Locales. El personal eventual cesará automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento. Añadiendo el apartado 3º del citado artículo 20 LMRFP que en ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o la promoción interna.

[207] Con ello se hubiera acabado con la confusión que existía como consecuencia de lo establecido en el artículo 176.2 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local (RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril) que parecía permitir, en principio, el desempeño por el personal eventual de puestos de trabajo de carácter directivo en las Corporaciones Locales. En efecto, el artículo 176.3 del Texto Refundido de Régimen Local dispone que "Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos". En idéntica dirección opina SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007): "Clases de Personal", en AAVV, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, pp.106 y ss., para quien refiriéndose a este escalón territorial señala que "Sin embargo, también en este nivel de la Administración existe y se necesita personal directivo. ¿Qué ocurrirá con los directivos en la Administración Local? ¿Carecerán de un estatuto específico? Por de pronto, serán sin más funcionarios o personal laboral, pues ya no se podrá seguir utilizando para reclutar externamente directivos locales la figura del personal eventual, tal como permitió el artículo 176.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (R.D. Legislativo 781/1986, de 18 de abril). Este artículo ha quedado implícitamente derogado por el EBEP, puesto que ahora el personal eventual sólo puede desempeñar funciones calificadas de confianza o asesoramiento especial, según el artículo 12.1. En lo demás, habrá que estar a las escasas referencias a este tipo de personal que se contienen en la legislación de régimen local (sobre todo en el artículo 130 y concordantes de la LBRL, referidos a los municipios de gran población). Quizá esta legislación se complete en el futuro. Sin embargo, hubiera sido oportuno prever también en el EBEP una legislación específica de desarrollo, estatal o autonómica, sobre el personal directivo local".

Como puede observarse la delimitación de funciones a realizar por el personal eventual recae sobre tres conceptos jurídicos indeterminados a lo largo de su evolución normativa: confianza, asesoramiento especial y dirección. Y con la aprobación del EBEP se redujo a las dos primeras (confianza y asesoramiento especial). La introducción del adjetivo "no permanente" en el actual artículo 12 del TREBEP lleva, sin duda, a reforzar dicha conclusión.

Pero es que, además, otro elemento debe ser añadido que corrobora esta inicial impresión, y es que las funciones de confianza y asesoramiento especial (artículo 12.2 TREBEP) se realizan respecto de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas y, por ello, no es posible mantener que se trate de funciones llamadas a ser desempeñadas respecto de la estructura funcional y permanente de éstas. Bien es cierto que la determinación de qué órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas pueden disponer de este tipo de personal la remite a las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP, pero esa remisión normativa en nada invalida el razonamiento teleológico del precepto dirigido a excluir las funciones directivas de las que pueden ser desempeñadas por personal eventual[208].

El EBEP completa esta regulación estableciendo que el número y las condiciones retributivas del personal eventual serán públicas y, como ya se contemplaba en la regulación anterior, que su nombramiento y cese serán libres y que el cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento, que, lógicamente, puede ser distinta del titular del órgano de gobierno para el que fue nombrado para prestar esas funciones de confianza y asesoramiento especial (artículo 12.3).

De nuevo, y a la vista de tal regulación, hemos de hacer hincapié a que no se trata, en este supuesto, de un empleado público profesional como tal, pues su nombramiento se basa exclusivamente en criterios de confianza política (no en los principios dictados por la Constitución como son la igualdad, mérito y capacidad) y el mismo tiene carácter excepcional. Son, en la terminología vulgar, los denominados "asesores políticos" que han proliferado, y siguen en buena medida proliferando, en las Administraciones públicas, y muy especialmente en la local, aunque existen en todas las Administraciones territoriales[209].

Precisamente, y debido a esta circunstancia se introdujo en la LBRL, por medio de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración

[208] Hasta ese momento, y respecto de las funciones de dirección, alguna jurisprudencia la había admitido. En efecto, la STSJ País Vasco 23 de noviembre de 2001 (Rec. nº 1056/2000), admite la asignación a personal eventual del puesto de Director de Planeamiento Urbanístico y Vivienda del Ayuntamiento de Donostia. O la STSJ Comunidad Valenciana 20 de febrero de 2004 (Recurso de Apelación núm. 93/2003), que en aplicación del art. 176.3 TRRL admite el nombramiento de Director de Gestión Tributaria de la Diputación de Alicante entre personal eventual. Ahora bien, y tras esa modificación normativa, otras como la STSJ de Cataluña 9 de mayo de 2011 (Recurso núm. 100/2008) cuestionan que un puesto directivo pueda ser desempeñado por personal eventual si otros son desempeñados por funcionarios públicos y no se motiva especialmente esa opción.

[209] En forma cruda LAPUENTE señaló respecto a este personal de forma muy crítica que "en otros países, los partidos ambicionan, sobre todo, poner en marcha sus políticas, con lo que intercambian cromos con el partido gobernante. Pero, aquí, el botín de nombramientos a dedo es tan gigantesco que los partidos de la oposición anteponen tumbar el Gobierno (y ponerse ellos) a conseguir avances en políticas". LAPUENTE V. (2018): *El supergobierno*, El País, 2 de octubre de 2018 (Recuperado de https://elpais.com/elpais/2018/10/01/opinion/1538412028_456556.html).

Local (en adelante, LRSAL), una serie de limitaciones en cuanto al número de eventuales en las entidades locales del país[210]. Así, por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, el art. 104 bis de la LBRL prevé que en los municipios cuya población sea entre 2.000 a 5.000 habitantes, no podrá haber personal eventual cuando haya miembros de la corporación local con dedicación exclusiva. En caso contrario, podrán contar solo con uno.

Como señala SÁNCHEZ MORÓN, "el EBEP intenta ceñir la regulación de esta clase de personal, con la teórica intención de evitar tales abusos, pero sin garantías precisas para lograrlo"[211]. Y ello principalmente porque se limita a indicar que serán las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de dicho Estatuto las que "determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal", sin regular de forma más detallada su régimen jurídico, añadiendo simplemente que su nombramiento y cese serán libres, y teniendo lugar este último, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

[210] El art.104 bis de la LBRL señala:
1. Las dotaciones de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en los Ayuntamientos deberán ajustarse a los siguientes límites y normas:
a) Los Municipios de población entre 2.000 a 5.000 habitantes podrán excepcionalmente contar con un puesto de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual cuando no haya miembros de la corporación local con dedicación exclusiva.
b) Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 5.000 y no superior a 10.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de uno.
c) Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 10.000 y no superior a 20.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de dos.
d) Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 20.000 y no superior a 50.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de siete.
e) Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 50.000 y no superior a 75.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de la mitad de concejales de la Corporación local.
f) Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 75.000 y no superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder del número de concejales de la Corporación local.
g) Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder al 0,7 por ciento del número total de puestos de trabajo de la plantilla de las respectivas Entidades Locales, considerando, a estos efectos, los entes que tengan la consideración de Administración pública en el marco del Sistema Europeo de Cuentas.
Estos Ayuntamientos, si lo fueran del Municipio de mayor población dentro de un Área Metropolitana, podrán incluir en sus plantillas un número adicional de puestos de trabajo de personal eventual, que no podrá exceder del siguiente número:
– Seis, si el Municipio tiene una población entre 500.000 y 1.000.000 de habitantes.
– Doce, si el Municipio tiene una población entre 1.000.001 y 1.500.000 habitantes.
– Dieciocho, si el Municipio tiene una población de más de 1.500.000 habitantes.
En el caso del País Vasco, Navarra y Aragón se regirán por sus normas específicas, atendiendo a los principios y estructura establecidos por la legislación básica estatal.
[211] SÁNCHEZ MORÓN, M. (2013): *Derecho de la función pública.* Tecnos, Madrid, p. 85.

Bajo esa perspectiva, e inclusive antes de la aprobación del EBEP, la STS de 2 de septiembre de 2004 (RJ 5919) –en idéntico sentido la STS de 17 de marzo de 2005 (Fundamento Décimo)- no dudaría en declarar que[212]:

> "Y la consecuencia paralela que también se extrae es que deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad. Las funciones del puesto litigioso que la sentencia recurrida describe rebasan el límite legal de "asesoramiento y confianza especial", ya que expresan cometidos profesionales de colaboración en típicas actividades administrativas".

De esta forma, la jurisprudencia había venido rechazando la posibilidad de utilizar este sistema para un encargado de obras, aún cuando sus funciones a juicio de la entidad local vinieran caracterizadas por ser de confianza y asesoramiento especial (STSJ de Extremadura de 2 de marzo de 1999); de conductor de vehículos del Conseller (STSJ de Valencia de 5 de noviembre de 1998); director técnico de la oficina de urbanismo (STSJ de Castilla y León de 3 de marzo y de 12 de abril de 2002); director de la sección del centro histórico (STS de 9 de febrero de 2004); director de centro residencial (STSJ de Navarra de 16 de septiembre de 2004). Y con un criterio contrario, la ha admitido en el caso de una secretaria particular del alcalde la STSJ de Baleares de 28 de febrero de 1990, o de ayudante del gabinete de prensa la STSJ de Castilla y León de 18 de septiembre de 1995, o, inclusive, conductores de la alcaldía la STSJ de Extremadura de 27 de abril de 2006[213].

---

[212] En idéntico sentido se pronunció la STS de 2 de septiembre de 2004 (RJ 5919).

[213] Dicha Sentencia del TSJ de Extremadura razona de la siguiente manera: A la vista de estas disposiciones legales no es posible estimar que las funciones del Director de la Banda de Música y de las Escuelas Municipales de Música dispongan de las notas de confianza o asesoramiento especial que corresponden a este tipo de puestos de trabajo. En efecto, estos puestos de trabajo disponen de una regulación especial basada en la especial vinculación con la Autoridad que los nombra, correspondiendo al Alcalde su nombramiento y cese que son totalmente libres por la especial vinculación con el órgano que los nombra y las funciones que desarrollan, produciéndose su cese automático en el momento en que cesa la Autoridad a la que presta su función de confianza o asesoramiento. Lo significativo del personal eventual es la especial posición que ocupan en relación con el órgano que procede a su nombramiento que es libre y se basa exclusivamente en la confianza y seguridad que inspira el nombrado a la Autoridad responsable de su nombramiento, siendo personal eventual característico el de Secretarios Particulares o Conductores, como también ocurre en el Ayuntamiento de Badajoz. Si examinamos el Acuerdo de 7 de julio de 2003, podemos comprobar que hasta la modificación efectuada en octubre de 2003, la casi totalidad de los puestos de trabajo se basan en las características de asesoramiento especial y confianza que permite que estos puestos de trabajo pueden pertenecer a la categoría de personal eventual prevista en el artículo 89 de la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, al incluir, entre otros, al Gabinete de Prensa, Secretarios Particulares o Conductor de la Alcaldía, donde concurre esa especial relación de confianza entre el nombrado y el órgano con competencia para el nombramiento. Distinto es que puestos de trabajo con un marcado perfil profesional en atención a las funciones que tienen que desarrollar y donde no existe ninguna relación de confianza o asesoramiento especial puedan incluirse en esta categoría en atención a las dificultades para su nombramiento o movilidad del personal funcionario. Estos problemas deberán solucionarse mediante los sistemas que el propio ordenamiento jurídico permite como son las provisiones interinas o sustituciones dentro del propio personal de la Administración Local pero en ningún momento extender esta categoría a puestos de trabajo donde no concurren los elementos de confianza y asesoramiento especial (fundamento jurídico cuarto).

Expresiva de los razonamientos que se siguen en la jurisprudencia para anular la reserva a personal eventual de funciones que habrían de ser desempeñadas por funcionarios de carrera, aunque su forma de provisión, en su caso, resultase ser la libre designación es la STSJ de Canarias de 19 de octubre de 2001 que argumenta que:

> "TERCERO.- Dicho lo anterior, podemos afirmar que ni los coordinadores deportivos ni el gerente del Patronato Insular de Turismo ejercen funciones de confianza o asesoramiento especial a un cargo político.
> Los coordinadores deportivos ejercen funciones de organización de las actividades deportivas de las que son encargados, dentro de la actividad de promoción del deporte que tiene asignada el Patronato Insular de Deportes. En la plantilla anterior se les había clasificado como personal laboral temporal, lo que se ajusta a la naturaleza de su función.
> Por lo que se refiere al gerente del Patronato Insular de Turismo, como su nombre indica, ejerce funciones de gerencia de dicho Patronato, que no puede ser calificadas como de confianza o asesoramiento especial de un cargo político. Dichas funciones las desempeña dentro del Patronato, y no específicamente en relación a un cargo político.
> En consecuencia, no reuniendo dichos puestos de trabajo los requisitos legales para ser destinados a personal eventual, debemos estimar el recurso y anular en este punto el acuerdo impugnado".

En definitiva, y respecto a las funciones del personal eventual, si acudimos a la interpretación jurisprudencial podemos deducir que sus puestos de trabajo están vinculados a una colaboración directa e inmediata con aquellas personas que ostentan las decisiones políticas superiores[214]. De este modo, puede afirmarse que la relación que une al personal eventual con la autoridad que lo nombra y de la que depende es estrictamente personal (*intuitu personae*), de modo que el eventual se convierte -como se ha dicho acertadamente- en una suerte de prolongación del cargo público[215].

La excepcionalidad de estos nombramientos otra de las características que acompaña a este tipo de personal, ha sido corroborada en innumerables sentencias. Así, la STS de 25 de abril de 2008 (rec. núm. 3010/2005), analiza la figura de los eventuales de forma bastante clara:

> "Por un lado, como dijimos, en su definición hay algunos conceptos jurídicos indeterminados, que el TS ha optado por delimitarlos negativamente, depurando, en cuanto a sus funciones, aquellas que no serían tareas válidas para ser asignadas al personal eventual: tareas permanentes y propias de la organización administrativa o funciones normales u ordinarias de la Administración. Como advierte la STS de 6 de octubre de 2008, RJ 1995/8625) "[...] deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura

[214] Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2004, FJ 10, RJ 2004\5919; de 17 de marzo de 2005, FJ 9, RJ 2005\3420; y 25 de abril de 2008, JUR 2008\272065. Así como la STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2012, Sala de lo Social, sec. 1ª, 7857, AS 2013\97.
[215] PÉREZ GÓMEZ, J.M. (1993): *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones públicas*, Comares, Granada, p. 12.

> organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad".

También se encarga la referida Sentencia de explicar el concepto de las tareas encomendadas por el art. 12 del TREBEP. De esta forma, afirma que "el contenido y significación de la expresión "confianza y asesoramiento especial", que legalmente se utiliza para definir y caracterizar al personal eventual, debe determinarse poniendo en relación aquella expresión con el régimen de nombramiento y cese legalmente previsto para el personal eventual. Ese nombramiento y cese es libre y corresponde a los superiores órganos políticos (Ministros, Secretarios de Estado, Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Presidentes de las Corporaciones Locales) y, por lo que en concreto hace referencia al cese, está establecido que se producirá automáticamente cuando cese la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento (artículos 20.2 LMRFP y 104.2 de la LBRL). Todo lo cual pone de manifiesto que se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la confianza".

Por último, y siguiendo los razonamientos de esta sentencia deja clara su excepcionalidad cuando establece que "los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de "confianza y asesoramiento especial" que legalmente delimitan esta específica clase de personal público".

Los casos límite dificultan, sin embargo, la elaboración de conclusiones apropiadas para superar esa ambigüedad y variabilidad. El problema es que, en algunos supuestos, esta determinación no resulta sencilla ni evidente. De ahí la existencia, en el caso del personal eventual, como hemos dado cuenta de una jurisprudencia muy casuística y no unánime en todas las sedes judiciales y, aún más, entre distintos órdenes jurisdiccionales como el social y el contencioso-administrativo que, como sabemos, operan con principios institucionales distintos y en el que, si en el ordenamiento laboral rige el principio pro operario, en el orden contencioso-administrativo rige el principio del interés general, lo que puede dar lugar en una misma situación a pronunciamientos jurisdiccionales diversos[216].

En definitiva, acudiendo a la jurisprudencia para tratar de determinar el alcance de los citados conceptos, debemos concluir que, en muchos casos, deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas que concurren en los distintos supuestos. De forma ilustrativa podemos referirnos a la problemática que resulta de las labores de asesoramiento. En un primer acercamiento, el dato determinante del asesoramiento especial no pareciera que deba ser entendido como un asesoramiento que, por su "especialización", no pueda ser

[216] Es ilustrativo al respecto que en el ámbito contencioso administrativo algunas sentencias del TS, en relación al nombramiento como personal eventual de las secretarias de los miembros del CGPJ, entienda de forma contraria que es ajustado a Derecho que las funciones desempeñadas por personal eventual puedan estar también atribuidas a personal funcionario (por todas, STS 1 de junio de 2012, rec. 88/2012). Sin embargo, en el orden jurisdiccional social la STSJ de Andalucía, de 18 de septiembre (Sala de lo Social, JUR 2014\276926), anuló el nombramiento como personal eventual de confianza de alto cargo (secretaria del alcalde).

desempeñado por personal profesional de la Administración, sino más bien la nota distintiva estaría en el grado de confianza que requiere. Aunque, ciertamente, debe distinguirse de ese asesoramiento "especial" las funciones de asesoramiento general que se corresponde con los típicos cometidos profesionales de emisión de informes o dictámenes, jurídicos o técnicos, en actividades propias y de carácter permanente de la Administración Pública. Aunque de nuevo, aparecen supuestos que cuando se han de concretar ponen de manifiesto difusos límites del concepto de "asesoramiento especial"[217]. Inclusive, la propia legislación no ha aclarado el alcance de dichos conceptos y, cuando lo ha hecho, en ocasiones ha utilizado criterios distintos a los establecidos jurisdiccionalmente. Así, por ejemplo, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, establece que son personal eventual, dadas las funciones de especial confianza que desempeñan, los conductores al servicio directo de los miembros del Consell (art. 19.1).

Como han puesto de manifiesto DELGADO PIQUERAS y GARRIDO CUENCA, "la jurisprudencia no ha sido muy explícita a la hora de determinar las tareas propias del personal eventual, esto es, en el acotamiento y definición de la confianza o asesoramiento especial. Más bien, su contribución consiste en una delimitación de carácter negativo, que ha ido depurando aquellos cometidos que no encajarían en su definición. Es decir, entendidos como conceptos jurídicos indeterminados solo cobran sentido en aplicación al caso concreto. Y, como tendremos oportunidad de comprobar, la casuística es tan variopinta como contradictoria"[218].

Sin embargo, y para dar un poco de luz a esta materia, podemos decir que, en resumidas cuentas, la Ley deja claro que el personal eventual desempeñará sólo funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial. Y en este sentido, las afirmaciones de FERNÁNDEZ RAMOS son muy reveladoras, ya que señala que "es evidente que si las funciones reservadas a los funcionarios no pueden ser desempeñadas ni siquiera por personal laboral –arts. 9.2 y 11.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público -, cuya selección está sujeta a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad –art. 55.2 EBEP-, con mayor razón no podrán ser desempeñadas por personal eventual"[219]. En este sentido se manifiesta también el art. 92

[217] En este sentido, baste referirnos a dos informes contradictorios de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, de 3 de julio de 2001, y de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, de 22 de febrero del mismo año, al resolver sobre idéntica consulta: «[...] si el personal eventual de libre designación puede formar parte de las Mesas de contratación y actuar en funciones de asesoramiento técnico de las mismas». El primero de ellos entendió que, dado el carácter genérico de la redacción del entonces artículo 81.2 LCAP, solo cabía una respuesta afirmativa a "la posibilidad de la Mesa de solicitar cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato". Sin embargo, el segundo de los informes, interpretó que la función de asistencia al órgano de contratación es eminentemente técnica, "desprovista de todo significado político, de ahí que la oportunidad que debería presidir su composición no sólo debería ser en atención a la condición que con respecto al órgano de contratación tengan sus miembros según los requisitos establecidos en las normas que las regulan, sino atendiendo también a la cualificación técnica que en relación de la contratación de que se trate deban ostentar los mismo".

[218] DELGADO PIQUERAS, F. y GARRIDO CUENCA, N. (2015): "Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia", *Revista catalana de dret públic*, núm 51.

[219] FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): "Los falsos empleados públicos: el personal eventual", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 34, Iustel. Este autor realiza un análisis de este tipo de personal en la legislación española de empleo público desde la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y señala que, en realidad, no es una figura nueva en el EBEP sino que, por el contrario, "el núcleo de las funciones se mantiene incólume desde 1964: funciones de confianza o asesoramiento especial. Las diferencias posteriores son de matices".

de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL)[220]. Añadiendo dicho autor que debe ponerse en relación la expresión "confianza o asesoramiento especial" con el régimen de libre nombramiento y cese legalmente previsto para el personal eventual, así como con la vinculación de este personal a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas –art. 12.2 EBEP-. De esta forma, los puestos del personal eventual estarían vinculados a una colaboración inmediata con aquellas personas que ostentan las decisiones políticas superiores (y su relación sería estrictamente personal (*intuitu personae*), de modo que el eventual se convierte –como se ha dicho acertadamente- en una suerte de prolongación del cargo público[221].

Cabe destacar, no obstante, que en el Informe de junio de 2019 del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) relativo a la 4ª Ronda de Evaluación en materia de "Prevención de la Corrupción respecto a miembros del Parlamento, jueces y fiscales" se señalaron varias cuestiones preocupantes en España, a pesar de que valoró muy positivamente los esfuerzos contra la corrupción que se habían llevado a cabo en los últimos años mediante la aprobación de distintas legislaciones en la materia. El informe demandaba, en este sentido, una mayor "transparencia e integridad" de los asesores, para los que pide un estándar de exigencia "equivalente" a los demás ocupantes de altas funciones ejecutivas. Para estos últimos se reclamaba una "estrategia de integridad para analizar y mitigar las áreas de riesgos de conflicto de intereses y de corrupción". Afortunadamente, muchas de estas cuestiones han sido solucionadas, y en el nuevo informe de marzo de 2021 se evalúan las nueve recomendaciones que aún quedaban sin cumplir. De los once totales, actualmente se han cumplido satisfactoriamente seis, cuatro parcialmente y una sigue sin cumplirse. Aunque se han hecho avances significativos, especialmente en la introducción de códigos de conducta, es realmente preocupante que la única que aun no se ha llegado a cumplir (ni siquiera parcialmente) es la relacionada con el régimen de elección del Consejo General del Poder Judicial y el refuerzo de su independencia[222].

---

[220]El art. 92.2 LBRL señala que: "Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario. Añadiendo el apartado 3º que. "corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

[221] FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): "Los falsos empleados públicos: el personal eventual", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34, Iustel, citando la STSJ Cataluña 9-5-2011, (rec. núm. 100/2008); BOLTAINA BOSCH, X. (2008): en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, DEL REY GUANTER (Dir.), La Ley, p. 193; PÉREZ GÓMEZ, J.M. (1993): *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones públicas*, Comares, Granada, p. 12.

[222] Algunas consideraciones importantes sobre este último informe se realizan por la Fundación Hay Derecho. Así, se destaca que "Con relación a los parlamentarios, el GRECO recuerda que aún es necesaria una regulación específica sobre lobbies, así como establecer periodos de incompatibilidad y formar a los parlamentarios en rendición de cuentas en relación con los grupos de interés. El Código de Conducta de las Cortes Generales obliga a sus miembros a declarar los bienes, rentas percibidas, regalos y cualquier otro dato que pueda suponer un conflicto de interés antes de asumir su mandato. No obstante, se recomienda aumentar las categorías de intereses económicos y los detalles proporcionados en los informes de declaración de bienes, para que haya una mayor transparencia en la procedencia de su patrimonio en los cinco años anteriores a ocupar el cargo.

En materia de justicia, siguiendo estas directrices, habría que establecer criterios legales objetivos para el nombramiento de los altos cargos de la judicatura (presidentes de AP, TSJ, AN y magistrados del TS) para que dejen de existir dudas sobre su imparcialidad y sobre la transparencia del proceso. Además, GRECO sigue recomendando reconsiderar el método de elección del Fiscal General, aumentar la transparencia de

Examinado, en lo necesario, el régimen jurídico de este personal procede, en consecuencia, y de acuerdo con los objetivos que se persiguen en este estudio deslindarlo de otras figuras estudiadas.

En cuanto a la diferenciación entre los conceptos de personal eventual y directivo público profesional, debe destacarse que, de acuerdo con las previsiones contenidas en los arts. 12 y 13 del TREBEP, existen claras notas distintivas entre ambos. Así, en primer lugar, el personal eventual "sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial", mientras que el directivo "desarrolla funciones directivas profesionales" que como es notorio no se reducen a éstas. En segundo lugar, y en relación a su forma de designación, el personal eventual será nombrado de forma libre y "con carácter no permanente"[223], mientras que en el caso de los directivos profesionales "su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia". En fin, respecto a la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, el personal eventual en principio no contiene previsión expresa en la Ley sobre esta cuestión, sino que

las comunicaciones entre este y el Gobierno y la autonomía del Ministerio Fiscal. También es necesaria una profunda revisión del régimen disciplinario de los fiscales. Sobre esta cuestión, puede afirmarse abiertamente la falta de independencia de la figura del Fiscal General debido a su estrecha vinculación con el Gobierno, al ser elegido a propuesta de este y cesar con el mismo (en este caso concreto, la actual Fiscal General ha sido Ministra del Gobierno).

Por último, entrando en la cuestión más preocupante, el GRECO en su quinta recomendación señala la imprescindible "evaluación del marco legislativo que rige el Consejo General del Poder Judicial y de sus efectos en la independencia real y percibida de este órgano de cualquier influencia indebida, con miras a subsanar cualquier deficiencia que se detecte". Con ello, el GRECO insta a España a eliminar la intervención de políticos en la elección de los miembros del CGPJ. Lamentablemente, esta es la única recomendación que no se ha beneficiado de ningún avance". (Disponible en https://www.hayderecho.com/2021/11/20/las-recomendaciones-del-informe-greco-para-espana-seguir-trabajando-por-la-independencia-judicial-y-la-prevencion-de-la-corrupcion/).

[223] En efecto, la STS 12 de febrero de 2012 (Recurso de Casación núm. 3414/2010 o la de 8 de octubre de 2012, Recurso de Casación núm. 4584/2011) señalan que:

"Según el régimen legal especial que corresponde al personal eventual, no es exigible a la RPT que precise los requisitos de quienes pueden ser libremente nombrados y cesados… La versión vigente en 2004 del artículo 16 de la Ley 30/1984 [la resultante de la redacción introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre] ha prescindido de la necesidad, antes establecida, de que la RPT incluya las características esenciales y, en lo que concierne a las retribuciones, disponiendo únicamente que se incluyan las características complementarias.".

Asimismo, la STS de 13 de junio de 2012 (RJ 2012\7639) rechaza la necesidad de realizar motivación alguna respecto del nombramiento, argumentando que:

"Reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (entre otras, las STS de 10 y 11 de enero de 1997, de la Sala Tercera, Sección Séptima) que el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales (letra f del artículo 54.1 de la Ley 30/1992 y modificada por Ley 4/1999), consistiendo su singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza que la autoridad facultada para la designación ha de tener en la persona designada, relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento. En esa misma línea, señaló también la STS de 20 de noviembre de 1986 de la Sala Tercera, que la característica aplicable a los funcionarios eventuales estriba en que son nombrados y separados libremente. […] Del examen precedente se infiere que la confianza sólo puede ser apreciada por la autoridad que verifica el nombramiento sin estar sometida al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto a otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona. Y la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado para un cargo no son susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, pues la característica aplicable a los funcionarios eventuales estriba en que son nombrados y separados libremente por la Administración, de acuerdo con sus normas especiales (FJ 5º)".

simplemente se señala que serán cesados libremente y en el último apartado del art. 12 se establece que "le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera"; sin embargo, en el caso de los directivos públicos, estarán sujetos "a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados".

Finalmente, es necesario realizar también un deslinde entre las figuras del alto cargo y del personal eventual. En primer lugar, ambas figuras están sometidas a regímenes jurídicos diferentes, el estatuto de los altos cargos contempla una serie de garantías para asegurar la objetividad en el ejercicio de sus funciones, como son por ejemplo las declaraciones de bienes o las estrictas normas en materia de conflictos de intereses, mientras que al personal eventual le es de aplicación, en lo adecuado a su naturaleza, la regulación contenida en el TREBEP[224]. Además, el alto cargo no estará sometido a determinadas restricciones que le son aplicables al personal eventual relacionadas con el régimen general de los funcionarios de carrera que les resulta de aplicación, como por ejemplo el cumplimiento de los horarios de la jornada laboral. En segundo lugar, si bien ambos son nombrados atendiendo a criterios de confianza, el alto cargo realiza funciones relacionadas directamente con la gestión política, y el personal eventual tendría encomendadas tareas de asistencia y/o de asesoramiento político en materias políticas "sensibles"[225]. En tercer y último lugar, ambos son nombrados y cesados libremente, aunque el personal eventual será cesado en todo caso cuando lo haga el cargo que lo nombró.

Todo lo expuesto es ejemplificativo, y muestra evidente, de la indebida confusión que se padece en cuanto a estas tres figuras que, en principio, debieran aparecer perfectamente diferenciadas[226]. Y es que como ya apuntamos, en realidad, el concepto de alto cargo en

[224] La doctrina ha sido muy crítica con la inclusión de esta expresión en el TREBEP, por considerar que es "profundamente perturbadora". FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): "Los falsos empleados públicos: el personal eventual", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 34, Iustel. Otros autores (JIMÉNEZ ASENSIO, R. o FUENTETAJA PASTOR, J.) sostienen que esta figura no debería regularse en la legislación sobre empleo público.

[225] FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): "Los falsos empleados públicos: el personal eventual", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 34, Iustel, señala que "ha de tratarse de un apoyo directo e inmediato al cargo político que comporte el acceso a informaciones sensibles sobre estrategias políticas y de gobierno, para lo cual se requieren las notas de afinidad y proximidad política".

[226] La legislación de Extremadura, sin embargo, delimita perfectamente las figuras y las asimila a determinados efectos sin perjuicio de mantener la confusión integrándolos dentro del concepto de "cargo público". De esta forma se refiere a:

- Alto cargo: aquel cargo público nombrado como tal por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, porque así lo imponga una norma legal, reglamentaria o estatutaria; ejerciendo sus funciones con dedicación plena y exclusiva y siendo retribuido fija y periódicamente por ello.
- Personal directivo: el que en virtud de nombramiento o sometido a la relación laboral especial de alta dirección desempeña funciones directivas profesionales retribuidas de carácter ejecutivo en cualquiera de las entidades previstas en el artículo 2, apartado 1, de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura, y no tenga la consideración de alto cargo.
- Personal eventual que desempeña funciones públicas vinculadas a la toma de decisiones en la acción de gobierno: las personas que ocupen aquellos puestos de naturaleza eventual que asuman la Jefatura de los Gabinetes del presidente y del resto de miembros del Consejo de Gobierno y, en todo caso, aquellas que ocupen puestos de naturaleza eventual asimilados al máximo nivel funcionarial.

Y los identifica, en su apartado c), delimitando el concepto de Cargo público: el personal de libre elección y designación política o profesional que desempeña funciones vinculadas a la toma de decisiones en la acción de gobierno; encuadrándose en algunas de las siguientes categorías: presidente y resto de miembros

nuestra legislación es un concepto funcional que, atendiendo a la finalidad de las normas dictadas materialmente (incompatibilidades, conflictos de intereses, etc.), se utiliza indistintamente para designar cargos públicos que responden a una distinta naturaleza.

1.2 El concepto de alto cargo en la normativa autonómica.

En el caso de las Comunidades Autónomas y respecto al concepto de alto cargo debemos acudir a cada normativa autonómica, pero, en general, se puede decir que sus leyes siguen una estructura similar a la estatal y, por tanto, de nuevo encontramos enumeraciones relativas a quién se considerará alto cargo. Cierto es que algunas Comunidades Autónomas han legislado sobre la materia aunando las características comunes de los altos cargos, personal directivo profesional y personal eventual bajo el concepto de "cargos públicos" y sometiéndolos a un régimen común siempre que se den las circunstancias establecidas en la norma. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura[227], o de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, que inclusive incorpora a la noción de "cargos públicos" a los representantes de la Junta de Andalucía en las entidades financieras[228]. Asimismo, y manteniendo la

---

del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, altos cargos, personal directivo y personal eventual que desempeñe funciones vinculadas a la toma de decisiones en la acción de gobierno

[227] De esta forma, dicha Ley establece que, a los efectos la misma, se entiende por:

a) Alto cargo: aquel cargo público nombrado como tal por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, porque así lo imponga una norma legal, reglamentaria o estatutaria; ejerciendo sus funciones con dedicación plena y exclusiva y siendo retribuido fija y periódicamente por ello. En todo caso tienen la consideración de alto cargo:

– Los secretarios generales, directores generales de las Consejerías y titulares de otros órganos constituidos con nivel asimilado a los dos anteriores.

– Las personas que asuman la máxima dirección de los organismos, empresas, sociedades, fundaciones, consorcios y resto de entidades del Sector Público Autonómico, siendo sus funciones de carácter ejecutivo y por las que perciban retribuciones fijas y periódicas.

b) Autoridad pública: el presidente, el resto de miembros del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, los altos cargos y demás cargos públicos definidos en esta Ley cuyo nombramiento así lo establezca de modo expreso y de acuerdo con la normativa que les sea de aplicación. Dicha condición les proporcionará la protección jurídica que la normativa sectorial les otorgue en el cumplimiento de sus funciones.

[228] De esta forma, dicha norma establece, en su artículo 2.1, que tienen la consideración de alto cargo, a efectos de esta ley, las personas titulares de:

- La Presidencia de la Junta de Andalucía.
- La Vicepresidencia o Vicepresidencias de la Junta de Andalucía, en su caso.
- Consejerías.
- Viceconsejerías, Secretarías Generales, Direcciones Generales o asimilados y Secretarías Generales Técnicas.
- Gabinete de la Presidencia de la Junta de Andalucía y de la Vicepresidencia o Vicepresidencias, en su caso.
- Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía y Subdelegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en el Campo de Gibraltar.
- Presidencia, Consejero Electivo con exclusividad y Secretaría General del Consejo Consultivo de Andalucía.
- Presidencia, Dirección o cargo asimilado de las Agencias Administrativas y Agencias de Régimen Especial.
- Presidencia, Dirección o cargo asimilado que ejerza la función ejecutiva de máximo nivel de las entidades públicas de la Administración de la Junta de Andalucía con personalidad jurídica propia y régimen de independencia funcional o especial autonomía reconocido por ley, entre ellos:
    - Presidencia del Consejo Audiovisual de Andalucía.

confusión sobre las distintas figuras de cargos públicos a los que se equipara con "alto cargo", hay leyes autonómicas que incluyen la regulación de determinados aspectos del personal eventual dentro de la regulación de los altos cargos lo que abona la indefinición de la figura del alto cargo[229].

- Presidencia del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.
- Presidencia, Gerencia, Dirección o cargo asimilado que ejerza la función ejecutiva de máximo nivel de las Agencias Públicas Empresariales y de las Sociedades Mercantiles del sector público andaluz con participación directa de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus Agencias Administrativas superior al 50%.
- Presidencia, Gerencia, Dirección o cargo asimilado que ejerza la función ejecutiva de máximo nivel de las demás entidades de la Administración de la Junta de Andalucía y de las Fundaciones y Consorcios con participación directa de la misma superior al 50%.
- Delegaciones Provinciales o Territoriales de las Consejerías y Direcciones o Gerencias Provinciales de las Agencias Administrativas.
- Cualquier otro cargo nombrado por decreto o Acuerdo del Consejo de Gobierno, con rango igual o superior al de Dirección General, entre ellos:
  - Presidencia del Consejo Escolar de Andalucía
- Los demás altos cargos de libre designación que sean calificados como tales en normas con rango de ley o reglamento, entre ellos:
  - Comisionado para el Polígono Sur de Sevilla
  - Presidencia del Consejo de Defensa de la Competencia
- Otros cargos nombrados por decreto o Acuerdo del Consejo de Gobierno de especial confianza o responsabilidad, entre ellos:
  - Presidencia del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Sin embargo, mediante la Ley 9/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley Electoral de Andalucía, la Ley que regula el estatuto de los Ex Presidentes de la Junta de Andalucía, y la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, reformó el apartado 2º del artículo 2 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, incluyendo como cargos públicos:

a) Los Consejeros electivos del Consejo Consultivo de Andalucía que desempeñen sus funciones sin exclusividad.

b) El Presidente del Consejo Económico y Social de Andalucía.

c) Los representantes de la Junta de Andalucía en las Cajas de Ahorro y demás entidades de carácter financiero, siempre que desempeñen funciones ejecutivas».

[229] Así sucede en Murcia, Islas Baleares, Canarias, Galicia, Navarra o Extremadura. A título de ejemplo, la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco establece, en su artículo 2, que:

1. La presente ley se aplica a los siguientes cargos públicos al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco:

a) Al lehendakari y a los demás miembros del Gobierno.

b) A los altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco contemplados en el artículo 29 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, y asimilados a los mismos en su norma de creación o en su nombramiento.

c) Al personal directivo perteneciente al sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco definido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, asimilado conforme a la normativa vigente a alto cargo de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

d) A las personas que sean designadas por el Gobierno Vasco o por un cargo público de los incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley para ocupar un cargo de dirección o administración en entidades de naturaleza y capital mayoritariamente privado o en cualquier otra entidad en que su control, en términos del artículo 42 del Código de Comercio, corresponda a varias administraciones públicas o a sus respectivos sectores públicos, cuando así se establezca en el acto de designación.

e) A la persona que ostente la condición de *ararteko (*defensor del pueblo*)* y la de adjunto o adjunta; a los miembros del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas y a la persona titular de su Secretaría General; a las personas titulares de la Presidencia y Secretaría General del Consejo Económico y Social Vasco y del Consejo de Relaciones Laborales; a la persona titular de la Dirección de la Agencia Vasca de Protección de Datos, y a los miembros de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi y del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En definitiva, la concepción funcional se impone en todas ellas. Es "alto cargo" quien, a los efectos que se pretendan, se estima que lo es sin ninguna otra consideración. Buen ejemplo de ello lo tenemos en la legislación de Cataluña que finaliza la enumeración con una genérica e indeterminada remisión a normas secundarias o meramente a actos administrativos, a saber: "Cualquier otro cargo que, por su norma de creación o por nombramiento del Gobierno, sea asimilado a alguno de los cargos a los que se refiere el presente artículo" [230], o la de Cantabria que, asimismo, se refiere al "resto de cargos del sector público autonómico cuya designación sea efectuada mediante decreto o acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma"[231], o, en fin y por dar un último

f) A cualquier otra persona al servicio de la Comunidad Autónoma o del Parlamento Vasco que, en la norma de creación del órgano respectivo o en el correspondiente nombramiento, sea asimilada a alguno de los cargos públicos a los que se refiere el presente artículo.
2. Así mismo resultará de aplicación al personal eventual de la Comunidad Autónoma de Euskadi con rango igual o superior a director o directora.

[230] A los efectos de la Ley 19/2013, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, los altos cargos que están sujetos al régimen de incompatibilidades y a las obligaciones de declaración de actividades, de bienes patrimoniales y de intereses establecidos por la legislación específica son los que dispone la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de altos cargos al servicio de la Generalidad.
Con respecto a las entidades del sector público, el artículo 2 de la Ley 13/2005 se refiere a los presidentes, directores generales, directores ejecutivos, gerentes, etc., siempre que perciban retribuciones fijas y periódicas iguales o superiores a las establecidas para el cargo de director/a general de la Administración de la Generalidad.
Tienen la consideración de altos cargos al servicio de la Generalidad a los efectos de la presente ley: a) El presidente o presidenta y los demás miembros del Gobierno. b) Los titulares de la Secretaría del Gobierno, de las secretarías generales, de las secretarías generales adjuntas y de las secretarías sectoriales. c) El interventor o interventora general y el director o directora del Gabinete Jurídico de la Generalidad. d) Los directores generales, los directores de servicios y los delegados territoriales del Gobierno. e) Los comisionados nombrados por el Gobierno y los asesores especiales del presidente o presidenta de la Generalidad y de los miembros del Gobierno con rango igual o superior a director o directora general, de acuerdo con lo que establece el nombramiento publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*. f) El jefe o jefa de la oposición, si percibe las retribuciones a cargo del presupuesto de la Generalidad. g) El presidente o presidenta de la Comisión Jurídica Asesora, el presidente o presidenta y los vocales del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y el presidente o presidenta y el secretario ejecutivo o secretaria ejecutiva del Consejo de Trabajo, Económico y Social. h) El director o directora gerente del Instituto Catalán de la Salud y los titulares de las direcciones que dependen del mismo, el director o directora del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales y el director o directora del Servicio Catalán de la Salud. i) El director o directora general del ente público Corporación Catalana de Radio y Televisión y los directores de las empresas que dependen de la misma. j) Los presidentes, directores generales, directores ejecutivos y gerentes de los organismos autónomos de carácter administrativo de la Generalidad con rango igual o superior a director o directora general. k) Los presidentes, los directores generales, los directores ejecutivos, los gerentes y los consejeros delegados de las entidades autónomas y de las empresas de la Generalidad incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto de la empresa pública catalana, si perciben una retribución fija y periódica a cargo de los presupuestos de la entidad o empresa de nivel retributivo asimilable a alguno de los cargos a que hacen referencia las letras anteriores, a excepción de otras incompatibilidades legalmente establecidas. l) Los presidentes, patrones, directores, gerentes y apoderados de las fundaciones y los consorcios en los que la Administración de la Generalidad, directa o indirectamente, participe o a los que aporte más del 50% del capital o del patrimonio, si perciben una retribución fija y periódica a cargo de la Generalidad de nivel retributivo asimilable a alguno de los cargos a los que se refieren las letras de la a la k.

[231] El artículo 1.2 de la Ley 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria establece específicamente que:
A los efectos de esta Ley se consideran altos cargos: a) El presidente del Gobierno de Cantabria. b) El vicepresidente del Gobierno de Cantabria, si lo hubiere. c) Los consejeros. d) Los secretarios generales, directores generales y los equivalentes a ellos. e) Los directores de los gabinetes del presidente y de los demás miembros del Gobierno de Cantabria, y el resto de los titulares de puestos de libre designación del

ejemplo con una extensión francamente indefinida, la legislación asturiana se refiere a "Los titulares de cualquier otro puesto de trabajo cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Gobierno o mantengan una relación laboral especial sujeta al régimen aplicable al personal de alta dirección o una relación análoga de carácter civil o mercantil"[232].

1.3 El concepto de alto cargo en el ámbito de las Entidades Locales.

Ya se puede adelantar que donde encontraremos más problemas para realizar alguna delimitación de este concepto es en la Administración local pues existen en este nivel de gobierno territorial algunas figuras a caballo entre el Gobierno y la Administración y no siempre es fácil dilucidar a qué campo pertenece cada una y, como consecuencia de ello, concretar el régimen jurídico que les será de aplicación a la hora de exigir responsabilidad.

La LTBG señala, ya lo apuntamos con anterioridad, en los apartados 2 y 3 del artículo 25 que:

> "2. Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales.
> 3. La aplicación a los sujetos mencionados en los apartados anteriores de las disposiciones contenidas en este título no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudiera ostentar."

La indefinición existente en este ámbito deja muchísima incertidumbre que se traduce en una enorme inseguridad jurídica. La especial estructura de la Administración local, que dista mucho del esquema establecido para la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas[233], así como el mayor grado de

---

presidente o de los consejeros, con rango superior, igual o asimilado al de director general. f) Los presidentes, directores generales, directores gerentes y asimilados de los organismos y entidades que configuran el sector público administrativo de la Comunidad Autónoma. g) Los presidentes, consejeros delegados y asimilados de las entidades y sociedades que configuran el sector público empresarial de la Comunidad Autónoma. h) Los presidentes, directores generales, directores gerentes y asimilados de las fundaciones que configuran el sector público fundacional de la Comunidad Autónoma.

[232] Para la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, en su artículo 27, son altos cargos del Principado de Asturias:
a) El Presidente y demás miembros del Consejo de Gobierno.
b) Los Viceconsejeros, los Secretarios Generales Técnicos, los Directores Generales, los Directores de Agencia y asimilados.
c) El personal eventual que ejerza funciones de carácter no permanente expresamente calificadas de confianza y asesoramiento especial en el Gabinete del Presidente del Principado, así como los Jefes de Gabinete de los Consejeros o equiparados a ellos.
d) Los Presidentes, Gerentes, Directores y asimilados de los organismos y entes públicos dependientes o vinculados a la Administración del Principado de Asturias, así como los de las sociedades mercantiles y fundaciones en las que aquella tenga directa o indirectamente participación mayoritaria o dominio efectivo cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Gobierno o por sus propios órganos de gobierno.
e) Los titulares de cualquier otro puesto de trabajo cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Gobierno o mantengan una relación laboral especial sujeta al régimen aplicable al personal de alta dirección o una relación análoga de carácter civil o mercantil.

[233] Es preciso advertir que resulta un error identificar de forma absoluta el modelo de Gobierno local con el modelo de gobierno imperante en la esfera estatal o autonómica y, sencillamente, y en base a dicha identificación, construir un sistema organizativo y directivo que no tenga en cuenta los parámetros

incidencia de conductas irregulares en este nivel territorial, hubiesen hecho quizás necesario, por parte del legislador, una mayor concreción de los destinatarios de este régimen jurídico específico[234].

Así, la expresión utilizada por el artículo 25.2 LTBG, anteriormente citado, de "altos cargos o asimilados" suscita distintas cuestiones, y no siempre perfectamente delimitadas, en cuanto al ámbito de su extensión a los responsables y autoridades que tienen funciones de gobierno en el sector público local, pero que pone de manifiesto lo que hemos venido manteniendo desde un principio: que las regulaciones establecidas, más que definir y delimitar qué es un alto cargo, lo que realizan son enumeraciones de cargos públicos a los que se les aplica un mismo régimen jurídico, no exento, en muchos casos, de confusiones y contradicciones, tal como hemos analizado en páginas anteriores,

Comencemos por lo primero: la indefinición del concepto de alto cargo en la esfera local. El concepto de "alto cargo" no existe como tal en la normativa de régimen local. El artículo 130 LBRL únicamente hace una distinción en los municipios de gran población entre órganos superiores (el Alcalde y los miembros de la Junta de Gobierno Local), o directivos (coordinadores generales de área o concejalía, directores generales de área, titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local, secretario general del Pleno, titular de la asesoría jurídica, el interventor general municipal y, en su caso, el titular del órgano de gestión tributaria). Y es que la ausencia de un concepto legal de alto cargo en la Administración local produce una enorme inseguridad jurídica y nos obliga a realizar un enorme esfuerzo interpretativo. Ciertamente, deberían haberse modificado las normas de régimen local para evitar este "vacío" que tiene consecuencias tan indeseables como la falta de confianza ciudadana y el desapego institucional. En definitiva, y como ha señalado MÍGUEZ MACHO "las particularidades de las entidades locales son las grandes olvidadas en las leyes generales o, por lo menos, reciben en ellas un tratamiento de todo

constitucionales que caracterizan el régimen local en la Constitución de 1978. Y es que el modelo de Administración pública establecido constitucionalmente no es uniforme para la Administración estatal y autonómica, por un lado, y para la Administración local de otro. PAREJO ALFONSO ha puesto de relieve que la construcción de la estructura fundamental de las Administraciones territoriales, que no es disponible de forma absoluta, responde a dos modelos bien caracterizados: de un lado, el modelo institucional burocrático, en el que lo decisivo es el desempeño de los cargos de manera profesional (la legitimación proviene de la corrección y la eficacia de la actividad administrativa) y que tradicionalmente se identifica con el prototipo mismo de Administración pública, al que responden las Administraciones directas de las dos instancias territoriales superiores del Estado; de otro, el modelo de autoadministración democrática, modelo prototípico municipal, en el que adquiere importancia la participación directa o mediante representantes y, por tanto y además de su corrección y eficacia, la posibilidad de imputación de la actividad administrativa al colectivo destinatario de la misma. Puede verse, respecto de este punto, PAREJO ALFONSO, L. (2002): "Gobierno y Administración pública en la Constitución española", en la obra colectiva dirigida por RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La Administración pública española*, INAP, Madrid, pág 105.

[234] En este sentido señala muy acertadamente MÍGUEZ MACHO, L. que "la legislación básica de régimen local no se modificó simultáneamente para definir con claridad el concepto de alto cargo en la Administración local, ni para introducir los requisitos de idoneidad y el régimen de conflictos de intereses que se aplican a los altos cargos de la Administración general del Estado. Ello provoca un desajuste entre una legislación, la de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que pretende extender las obligaciones de buen gobierno a los altos cargos de todas las Administraciones públicas, y un entero nivel administrativo, el local, en el que plantea dificultades determinar a quién se le tienen que aplicar esas exigencias. Por lo demás, resulta cuestionable que los altos cargos de las entidades locales puedan quedar exentos del cumplimiento de los requisitos de idoneidad y del régimen de conflictos de intereses que se imponen a quienes ejercen responsabilidades similares en otras Administraciones públicas". MÍGUEZ MACHO, L. (2019) "Obligaciones de buen gobierno y régimen jurídico de los altos cargos en la Administración Local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. II, Wolters Kluwer, p. 174.

punto insuficiente, a pesar que de que estas entidades, y, muy especialmente, los municipios, son las Administraciones públicas más próximas al ciudadano y el primer cauce para la participación en la vida pública"[235].

Precisamente, por ello, y para poner de manifiesto el difícil encaje y coherencia de la regulación contemplada en el artículo 25.2 de la LTBG[236] es preciso que nos adentremos en los dos colectivos locales a que se refiere dicho precepto: los miembros de la Junta de Gobierno Local y los "asimilados".

1.3.1 Los miembros electos de las entidades locales y los miembros de la Junta de Gobierno Local.

El art. 25.2 de la LTBG se refiere a "los miembros de la Junta de Gobierno de las Entidades Locales" para incluirlos en el régimen de aplicación de las disposiciones relativas al buen gobierno. Y lo hace solo a estos cargos, no al resto de miembros de la Corporación que, en esa misma medida, quedan exentos de las disposiciones y del régimen sancionador establecido en dicha Ley. Recordemos, a estos efectos, la específica situación de las entidades locales a la que nos referimos con anterioridad, y es que una muestra de la singularidad que presenta el régimen local y que corrobora lo hasta aquí expuesto lo puso de relieve la Sentencia TC Pleno 103/2013, de 25 de abril, que declaró inconstitucional y nulo el artículo 126.2, párrafo segundo, inciso primero LBRL, en los términos establecidos en el Fundamento Jurídico 6.º, imposibilitando que otras personas, distintas a los miembros electos, formen parte de la Junta de Gobierno Local. Serían estos precisamente los que, ostentando facultades ejecutivas relevantes por delegación del Alcalde, podrían encajar en la noción de alto cargo[237].

ARIAS MARTÍN, de esta forma[238] explica que a los miembros de las Corporaciones que están en la oposición y que no detentan responsabilidades ejecutivas o de gobierno…de acuerdo con el espíritu de la ley y a la vista de la regulación realizada en la misma, no les será de aplicación dicho régimen jurídico. Pero no solo a ellos sino también a aquellos miembros pertenecientes al mismo grupo político pero que excedan de un tercio legal de miembros de la Corporación con las consecuencias que ahora estudiaremos.

---

[235] MÍGUEZ MACHO L., (2019) "Obligaciones de buen gobierno y régimen jurídico de los altos cargos en la Administración Local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. II, Wolters Kluwer.

[236] Recordemos que el artículo 25.2 de la LTBG determina que Al especificar que el título de buen gobierno será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales.

[237] Esta Sentencia del TC declara que la: «inconstitucionalidad se limita única y exclusivamente a la facultad que se reconoce al Alcalde para nombrar como miembros de la Junta de Gobierno a personas que no ostenten la condición de concejales, pero no se extiende a la regulación de dicho órgano. Pero antes de pronunciar el fallo de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad a que conduce nuestro razonamiento, es preciso determinar cuál es el alcance y efectos que corresponde atribuir a dicho fallo y, en tal sentido, debemos establecer que han de considerarse situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia las nacidas con anterioridad a la fecha de su publicación. Y todo ello sin perjuicio de la libertad de organización de los Ayuntamientos del funcionamiento de la actividad de asesoramiento a sus órganos de gobierno, en el marco de la legislación aplicable.»

[238] ARIAS MARTÍN, J.L. (2014): "Reflexiones sobre el buen gobierno en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su aplicación en el ámbito local", *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8, Sección A Fondo, del 1 julio al 31 agosto, tomo 2, Editorial La Ley, p. 12.

Ciertamente, la imprecisa regulación establecida parece desconocer *prima facie* o al menos no reparar en la estructura organizativa real existente en las Entidades Locales, lo que produce determinadas consecuencias que seguramente no eran las pretendidas por el legislador.

En efecto, el art. 20.1.b) LBRL establece que la Junta de Gobierno Local es un órgano preceptivo en los municipios de más de 5000 habitantes, y será posible su creación en los municipios de población inferior mediante su aprobación en el Reglamento orgánico de la entidad, de acuerdo con la potestad de autoorganización de que disponen las Entidades Locales. Por tanto y, en consecuencia, cabe la posibilidad de que ésta no exista en un número importante de municipios y no fuera exigible responsabilidad alguna. En opinión de DESCALZO GONZÁLEZ, dado que el artículo 75.8 LBRL dispone que durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 15 de la LACAGE, "es posible afirmar que tanto concejales como alcaldes, en cuanto responsables públicos de confianza política originaria, merecen tal calificación de altos cargos o, cuanto menos, su condición de asimilados a los efectos de la aplicación del régimen de buen gobierno previsto en la LTBG."[239]. No coincido, sin embargo, con esta opinión. A mi juicio, resulta algo arriesgada dicha asimilación que no consta en ninguna parte y que solo se realiza a los efectos que ahí se establecen, es decir, es funcional como se ha apuntado páginas atrás.

De otro lado, y además en lo que se refiere a la composición de dicha Junta de Gobierno Local, se trata de una facultad atribuida al Alcalde o Presidente de la Corporación, de acuerdo con los arts. 23 y 35 LBRL, que no alcanza a todos los miembros de la Corporación y que solo se limita a un tercio de los mismos, pero es que puede haber delegaciones especiales para cometidos especiales sin que hayan de recaer en miembros de la Junta de Gobierno Local, lo que podría derivar en situaciones sorprendentes como la que resultaría de que ciertos órganos con responsabilidades relevantes (imaginemos en los momentos actuales una concejalía que tuviese a su cargo la planificación y ejecución de los fondos europeos *next generation* con la importante cuantía que podría manejarse en los mismos), quedarían fuera del ámbito de aplicación de la normativa de buen gobierno.

Pero no es esa la única cuestión suscitada como consecuencia de la dicción de la norma. Cabe destacar también el gran número de entidades que integran la Administración local. No se trata sólo de Ayuntamientos o Diputaciones Provinciales, existen, además, otras entidades que integran la Administración Local, como las comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades u otros entes de ámbito territorial inferior al municipio, correspondiendo al legislador autonómico la regulación de su régimen jurídico y organización, que no tiene por qué incluir la existencia de un órgano ejecutivo de gobierno, y que, por ende, y en ese caso, a la vista de la redacción del artículo 25.2 de la LTBG, quedarían fuera de su ámbito de aplicación lo cual no parece que pueda tildarse sino de despropósito negligente e incoherencia del legislador dado que aquí no se consigue siquiera ese efecto funcional al que nos hemos referido.

[239] DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "Buen gobierno, altos cargos y derecho disciplinario (comentario a los artículos 25, 27 y a la disposición final segunda)", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas, Madrid, p. 1492.

Cabe concluir este apartado con una somera referencia al resto de aspectos relevantes que, en relación al régimen sancionador establecido en la LTBG, se configura para estos miembros electos locales. De esta forma, y por lo que se refiere al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración local (con independencia de que no quede claro quién es alto cargo a efectos del régimen sancionador previsto en la LTBG), la LBRL regula el Estatuto de los miembros de las Corporaciones locales[240], y dicho Estatuto no fija como principio esencial el de dedicación exclusiva[241], pues distingue, a este respecto, tres tipos de dedicación en el artículo 75: exclusiva, parcial y sin dedicación[242]. Únicamente a los miembros con dedicación exclusiva les resultará de aplicación la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas[243].

---

[240] Finalmente, en el ámbito autonómico debe hacerse una referencia a la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los Plenos de Castilla y León, que, además de regular ciertos aspectos relativos a la transparencia, la posibilidad de asistencia telemática a los Plenos o los derechos de copia, establece un Estatuto de los altos cargos locales que reproduce en gran medida, por un lado las previsiones contenidas en la LTBG y, por otro, las reguladas en la LBRL.

[241] La legislación portuguesa tampoco recoge dicho principio de exclusividad para los electos locales. La Ley 52/2019, a estos efectos, solo señala el carácter de permanencia pero no el de exclusividad, bien que, sin perjuicio, de incluir determinadas incompatibilidades. Establece su artículo 7 que:

1 - Los titulares de los órganos de gobierno local ejercen su mandato con carácter permanente, medio tiempo o no permanente, en los términos previstos en el respectivo estatuto.

2 - Además de ejercer su cargo, podrán realizar otras actividades, debiendo declararlas de conformidad con la ley:

a) Los Consejeros a tiempo parcial o de no permanencia;

b) Los titulares de Órganos ejecutivos de las parroquias en régimen de jornada parcial o no permanente.

3- Lo dispuesto en el párrafo anterior no afecta la integración de los titulares de órganos municipales en los órganos de gobierno de las empresas del respectivo sector empresarial local, en los casos en que el mismo sea admitido por el respectivo régimen legal.

4 - Los titulares de cargos políticos en el gobierno local no podrán, por sí mismos o por intermedio de persona natural o jurídica, en relación con cuestiones, procesos o controversias que involucren o deban ser considerados o resueltos por la persona jurídica cuyos órganos sostener:

a) Ejercer el mandato judicial en cualquier jurisdicción;

b) Desempeñar funciones de consultor o emitir opiniones;

c) Firmar proyectos de arquitectura o ingeniería.

5 - Lo dispuesto en el párrafo anterior también es de aplicación en relación con la práctica de los actos a que se refiere el mismo:

a) En parroquias que formen parte del ámbito territorial del respectivo municipio, en relación a los titulares de órganos municipales;

b) En el municipio en el que se integre territorialmente la respectiva parroquia, en relación con los titulares de los órganos parroquiales;

c) En entidades supramunicipales de las que forme parte el municipio, en relación con los titulares de órganos municipales;

d) En las respectivas entidades del sector empresarial local.

[242] Respecto a los miembros que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requiera, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas. En el caso de que sean empleados públicos, podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo.

Los miembros de las Corporaciones Locales sin dedicación, sólo percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación.

Por otro lado, se prevé que los miembros de las Corporaciones locales podrán percibir indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo.

[243] La STC 178/1989 de 2 noviembre, en su FJ 3º declara, al referirse a la obligación de "dedicación exclusiva" de los funcionarios públicos, que el principio de eficacia "debe presidir, como es obvio, lo que

También es necesario reseñar la obligación de los representantes locales de formular declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcionen o puedan proporcionarles ingresos económicos, así como declaración sobre sus bienes patrimoniales y participaciones en sociedades de todo tipo y las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades.

En fin, y por último, debe destacarse, en cuanto a la situación de los altos cargos locales tras el cese, que los miembros de las Corporaciones Locales con dedicación exclusiva que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local les son también de aplicación, durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, las limitaciones al ejercicio de actividades privadas previstas en el artículo 15 de la LACAGE. A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese período para aquéllos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades. Se podría decir que este es el único mecanismo previsto en el ámbito local relativo a los conflictos de intereses, aunque se ponga en funcionamiento con posterioridad al cese en el cargo.

1.3.2 "Los asimilados": en especial el personal directivo de las entidades locales.

Si, como hemos podido apreciar suscita serias dudas el ámbito de aplicación establecido cuando nos referimos al personal electo de las entidades locales, éstas se acrecientan cuando nos referimos al personal directivo de las Entidades Locales. Personal a caballo entre el Gobierno y la Administración como ya se ha dejado expuesto reiteradamente. Y es que, ciertamente, la regulación de este espacio directivo en la esfera local presenta rasgos peculiares que no siempre pueden ser tildados de estar en la buena dirección.

La función directiva, según se prevé en la LBRL, se articula en torno a los denominados Coordinadores Generales –que, sin embargo, no forman parte de la Junta de Gobierno- y de los Directores Generales que en principio dependen de aquél[244]. Aunque, ciertamente, también pueden existir niveles complementarios de éstos establecidos en este caso por el Alcalde (artículo 123.1.c) que, sin embargo, no tienen carácter de órganos directivos (artículo 130.1). Se atribuye también tal condición de órganos directivos a los siguientes órganos: Secretario General del Pleno, Interventor General Municipal, titular de la Asesoría Jurídica, titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma y al titular del órgano de gestión tributaria en caso de que se decida su creación.

---

es previo a la actividad administrativa, la organización y, en consecuencia, el aparato burocrático o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública, entendida ésta en sentido amplio".

[244] La LBRL en su artículo 130, adoptando el modelo de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE, hoy derogada por la LRJSP) parte de la distinción entre órganos superiores y órganos directivos. Como es bien conocido en la LOFAGE se ordenaba la organización estatal mediante una distinción entre los órganos superiores, constituidos por los Ministros y Secretarios de Estado y que pueden o no ser electos como Diputados o Senadores, y los órganos directivos que quedaban integrados por los Subsecretarios, Directores generales y Subdirectores generales dependientes de los anteriores. En nuestro caso, el citado artículo 130 de la LBRL, partiendo de dicha distinción, diferencia también entre órganos superiores, en este caso el Alcalde y miembros de la Junta de Gobierno, y órganos directivos en los que encuadra a los coordinadores generales dependientes de éstos, a los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías.

Con independencia de lo discutible que resulta dicha enumeración, con una mixtura de personal directivo propiamente dicho, miembros electos de la corporación[245], personal dedicado al asesoramiento legal y al control, etc. y, el modelo adoptado descansaría en dos notas: por un lado, que para desempeñar dichos órganos directivos se tenga de forma previa la condición de funcionario de carrera del Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales o funcionarios con habilitación de carácter nacional pertenecientes al Grupo A[246], es decir, que la titulación exigida para el ingreso en el Cuerpo o Escala sea la de Doctor, Arquitecto, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente; en segundo lugar, y hasta la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, dicho nombramiento se sostenía sobre la confianza política ya que ningún otro requisito se exigía para el nombramiento, sin ni siquiera hacer referencia a la condición establecida en el artículo 6.10 de la LOFAGE referido a la exigencia de criterios de competencia profesional y experiencia para el nombramiento de dichos órganos directivos, lo que notoriamente determinaba un tratamiento todavía más desfavorable que el establecido en el sector estatal[247].

El sistema, tal como hacía la LOFAGE, también permite el desempeño de dichos cargos directivos a otras personas que no reúnan el carácter de funcionario de carrera, pero, en este último caso, habrá de ser el Reglamento Orgánico Municipal (por tanto, y dado que es el competente para su aprobación, el Pleno) quien permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

De esta forma, la regulación establecida arrojaba numerosos interrogantes que, en su aplicación en estos años, se ha visto confirmados. Y es que, no nos engañemos, poco o nada se ha avanzado en la estructuración de un espacio directivo en el mundo local y, sin embargo, es notoria la progresiva politización de ese espacio directivo.

En cuanto a las funciones del personal directivo hemos de acudir a la disposición adicional decimoquinta de la LBRL[248], que señala que le corresponderán las "funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y

[245] Y es que resulta sumamente discutible que se pueda ser cargo electo y órgano directivo a la vez.

[246] Carece desde nuestro punto de vista de sentido, por innecesaria, la especificación realizada a favor de los funcionarios con habilitación de carácter nacional establecida en el artículo 130.3. Hasta ahora, éstos, sin perjuicio de su necesaria habilitación para el ejercicio de las funciones reservadas a los mismos, eran funcionarios de Administración local. ¿Porqué referirse en concreto a una Escala de funcionarios de la Administración local? No existen, además de los funcionarios del Estado, de las CCAA y de las Entidades Locales otro tipo de funcionarios, en caso contrario habría que haberse referido también específicamente a los Cuerpos Docentes Universitarios, a la Administración militar, etc…. ¿No hubiese sido técnicamente más correcto, si ésta era la opción elegida, haberse referido a la condición de funcionario de carrera de cualquiera de las Administraciones públicas?

[247] Tras la modificación del apartado 3 del artículo 130 LBRL, operada por la LRSAL, el nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales ha de realizarse atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia

[248] Dicha disposición adicional decimoquinta de la LBRL en su actual redacción fue introducida, quizás de forma anómala, por el apartado 5 de la disposición adicional novena del R.D. Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo. Reiterada dicha modificación posteriormente por el R.D. Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales"[249].

Desde un punto de vista doctrinal existen opiniones muy diversas sobre si el personal directivo queda incluido en el régimen de responsabilidad. La norma, desde luego, no lo deja claro en absoluto. Así, de una parte, DESCALZO GONZÁLEZ entiende que, al preverse de igual forma respecto al personal directivo en la disposición adicional decimoquinta que "les serán de aplicación las limitaciones al ejercicio de actividades privada establecidas en el artículo 15 de la Ley 3/2015 en los términos que establece el artículo 75.8 LBRL.", este personal estaría incluido y, por ende, incorporado en el ámbito de aplicación del Título II de la LTBG[250].

Para otros autores, sin embargo, el personal directivo de las Entidades Locales no estaría incluido dentro del ámbito del Título II de la LTBG. En concreto, ARIAS MARTÍN, se pregunta si se aplicaría a los denominados órganos directivos existentes en las grandes entidades locales, que tiene la condición de funcionarios en la práctica totalidad de los casos (por exigirlo así la normativa aplicable), entendiendo que "tampoco se aplicarían las previsiones normativas estudiadas a los funcionarios, aunque tengan la condición de órgano directivo. Se llega a esta conclusión en base al argumento de que el régimen disciplinario de los funcionarios ya estaba previsto, y lo ha estado siempre, normativamente. Por tanto, la LTBG sería redundante si previera un régimen sancionador para los funcionarios cuando ya existen normas específicas que regulan su régimen disciplinario". Y añade dicho autor, como fundamento de su argumentación, la imposibilidad de aplicar las normas sancionadoras por analogía y el principio de reserva de ley y de tipicidad también apoyaría la no aplicación de estas disposiciones a los

[249] La Disposición adicional decimoquinta de la LBRL, titulada Régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales, establece las siguientes previsiones:
1. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación.
No obstante, les serán de aplicación las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en los términos en que establece el artículo 75.8 de esta Ley.
A estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.
2. El régimen previsto en el artículo 75.7 de esta Ley será de aplicación al personal directivo local y a los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.

[250] DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "Buen gobierno, altos cargos y derecho disciplinario (comentario a los artículos 25, 27 y a la disposición final segunda)", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas, Madrid, p. 1492. También coincide con esta opinión OSCA FUERTES, B., para quien estarían incluidos todos los cargos enumerados en el artículo 130 de la LBRL. OSCA FUERTES, B. (2014): "Aproximación al régimen disciplinario aplicable a alcaldes y concejales regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 febrero.

funcionarios locales" [251]. Por su parte CAMPOS ACUÑA, se ciñe a lo establecido en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que atribuye la consideración de personas con responsabilidad pública en el ámbito local a "los alcaldes, concejales y las personas que desempeñen cargos equivalentes a las relacionadas en la letra a) de los municipios capitales de provincia, o de Comunidad Autónoma y de las Entidades locales de más de 50.000 habitantes" [252].

No coincido con ninguno de los autores referidos. De una parte, y respecto de quienes han defendido su inclusión, la razón radica en que la propia LTGB, en su artículo 27, corrobora que el incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del título II de la LTBG, relativo al Buen Gobierno, será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con la normativa que les resulte de aplicación. Y, precisamente, esa normativa es de aplicación a los miembros de la Corporaciones Locales, que ejerzan o no responsabilidades de gobierno, en consonancia con lo dispuesto en los arts. 75 y ss de la LBRL y de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

En cuanto a los que han defendido su exclusión mi discrepancia es relativa. Me explico. Ciertamente las razones esgrimidas no son menores y, ciertamente, se suscitaría una problemática derivada, tanto de la reiteración de tipos existentes entre esa norma y los previstos en las normas disciplinarias, como a la eventual coexistencia de un doble régimen sancionador[253], pero no lo es menos, al menos en mi opinión, que una cosa es que *prima facie* no hayan resultados incluidos y otra, bien distinta, que no puedan llegar a serlo, o que incluso deberían serlo, y es que otros autores apuntan dos razones que, sin duda, presentan cierta consistencia. De un lado, que la inclusión del personal directivo debería regularse en el Reglamento Orgánico de la Entidad Local, pues es lo que parece señalar la norma, y como de hecho se ha realizado ya en algunas entidades (Ayuntamiento de Madrid). CASTILLO BLANCO señala, a este respecto, que "debemos de insistir, sin embargo, en que la remisión expresa de la norma parece que habilita a la norma local"[254]. De otro lado, una segunda razón, que no parece que tampoco pueda ser considerada menor y que, al menos en lo que se refiere a los funcionarios con habilitación de carácter nacional

[251] ARIAS MARTÍN, J.L. (2014): "Reflexiones sobre el buen gobierno en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su aplicación en el ámbito local", *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8, tomo 2, Editorial La Ley, p. 12.

[252] CAMPOS ACUÑA, C. (2017): "¿Quién es alto cargo en la Administración Local? A propósito del régimen sancionador del Buen Gobierno", *El Consultor de los Ayuntamientos*, Quincena del 30 enero al 14 febrero, núm. 2, pp. 199-206.

[253] Idénticas dudas plantea BEJARANO LUCAS, J. (2019): "Obligaciones de buen gobierno en el ámbito local". *Revista del gabinete jurídico de Castilla-la Mancha,* núm. 19, p. 35. "en lo que se refiere a la asimilación de los "órganos directivos" contemplados en el art. 130 LBRL en el ámbito de los municipios de gran población con el "personal directivo profesional" al que se refiere el art. 13 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), al considerar que la exigencia con carácter general de ostentar la condición de funcionario público para ser designado como "órgano directivo" supone la aplicación al mismo del régimen disciplinario de los empleados públicos contemplado en el TREBEP, con la consecuente exclusión del régimen sancionador del Título II de la LTBG"

[254] CASTILLO BLANCO, F. (2018): "El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad", *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad,* (dir. PONCE SOLÉ, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 205.

(secretarios, interventores y tesoreros), resulta de plena aplicación y es que como señala el autor referido "precisamente con motivo del cargo que desempeñan los funcionarios con habilitación de carácter nacional. pueden llegar a ser culpables, y solo ellos, de algunas infracciones tipificadas en el Titulo II de la LTBG (a título de ejemplo, la omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos etc.)"[255].

En cualquier caso, debería haber sido la LTBG la que lo hubiese dejado claro[256], pues no se puede reproducir el mismo esquema establecido para la Administración General del Estado en todos los niveles territoriales, máxime en el caso de las Entidades Locales, cuyo gobierno respondería, como ya se apuntó en palabras de PAREJO ALFONSO, a un "modelo de autoadministración democrática, modelo prototípico municipal, en el que adquiere importancia la participación directa o mediante representantes y, por tanto y además de su corrección y eficacia, la posibilidad de imputación de la actividad administrativa al colectivo destinatario de la misma"[257].

De nuevo hemos de insistir en que la indefinición de este espacio, y su concreción mediante la enumeración a determinados efectos, refuerza la reflexión, ya realizada, de que en nuestro ordenamiento jurídico la noción de alto cargo no es sino funcional. La gran pregunta es si debería serlo y la respuesta sólo puede encontrarse si, de una vez por todas, abordamos con serenidad y reflexión el espacio existente entre el Gobierno y la Administración.

2. DESIGNACIÓN Y NOMBRAMIENTO DEL ALTO CARGO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONCEPTOS DE IDONEIDAD Y HONORABILIDAD.

Es, en este momento, y tras subrayar las notas que delimitan el ámbito subjetivo y caracterizarlo, frente a otro tipo de personal, que también puede responder al criterio de la confianza como elemento esencial para el nombramiento cuando deberemos de preguntarnos por si solo ese elemento es el único requisito para el nombramiento de un alto cargo o si, alternativamente, la legislación de los últimos años ha introducido algunos elementos adicionales a tener en cuenta para dicho nombramiento.

2.1 Requisitos para designación del alto cargo

Una de las novedades de la LACAGE ha sido la introducción de algunos requisitos y procedimientos para el nombramiento de los altos cargos. Así, su propia Exposición de motivos señala que "la ley aclara las condiciones para proceder al nombramiento de un alto cargo. Se introduce como novedad en este punto la idoneidad como requisito para el nombramiento de los altos cargos, tomando como referencia los criterios de mérito y

[255] CASTILLO BLANCO, F. (2018): "El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad", *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad,* (dir. PONCE SOLÉ, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 202.

[256] En opinión de CASTILLO BLANCO, F. (2018): "El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad", *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad,* (dir. PONCE SOLÉ, J.), Tirant lo Blanch, Valencia p.259 "la mejor opción legislativa hubiese sido, a estos efectos, que la propia Ley clarificase en este nivel de gobierno dicho concepto, aunque hubiese afectado a la regulación básica de régimen local cuya modificación, por otro lado, se tramitaba en aquel momento en paralelo".

[257] PAREJO ALFONSO, L. (2003): "La cuestión de la organización del gobierno y la administración insulares en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares". *Revista de Estudios de la Administración Local,* núm. 291, p. 915.

capacidad, así como los de honorabilidad. Para ello, se regulan las causas por las que se considera que no concurre honorabilidad y, por lo tanto, no pueden considerarse idóneos para el desempeño de un alto cargo. La honorabilidad, además, debe concurrir en el alto cargo durante el ejercicio de sus funciones, por lo que su falta sobrevenida será causa de cese".

De esta forma, el art. 2.1 LACAGE establece que "el nombramiento de los altos cargos se hará entre personas idóneas y de acuerdo con lo dispuesto en su legislación específica. Son idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia, en función del cargo que vayan a desempeñar. La idoneidad será apreciada tanto por quien propone como por quien nombra al alto cargo"[258].

Respecto al concepto de honorabilidad MARTÍN-RETORTILLO BAQUER señala que en la legislación española tiene su origen en el Derecho Comunitario, si bien ya aparecía en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al utilizar la fórmula "sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos" cuando se ocupa del acceso a los puestos públicos. Asimismo, destaca que el concepto de honorabilidad tiene que ver actualmente con la ausencia de condena penal, a lo que deberíamos añadir nosotros, en cuanto a la legislación de altos cargos, la ausencia también de sanción disciplinaria o administrativa[259].

Por otro lado, el mencionado autor hace hincapié en el cuidado que debe tenerse al introducir una cláusula de honorabilidad y de esta forma señala que "toda la construcción del estatuto de la cláusula de honorabilidad tiene que avanzar en la línea de alcanzar fórmulas objetivas, que se apoyen en datos contrastables y verificables, tratando de erradicar el favor, la libre disposición o la gracia, no digamos las simpatías o antipatías ideológicas o de partido. No a la acepción de personas, aunque sí a la toma en consideración de requisitos personales objetivos y contrastables[260]".

Lo cierto es que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado respecto del cual el artículo 2.2 LACAGE realiza una delimitación negativa pues tan solo nos indica las causas por las que se considera que no concurre la honorabilidad en quienes hayan sido:

---

[258] MÍGUEZ MACHO, L. (2019): "Obligaciones de buen gobierno y régimen jurídico de los altos cargos en la Administración Local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 2, señala en relación a la aplicación de estos requisitos a los altos cargos de la Administración local que "en la actualidad no existe nada parecido a estos requisitos de idoneidad en la legislación básica del régimen local. Es lógico que no se requieran para adquirir la condición de miembro de la Corporación o de presidente de la misma, de acuerdo con los principios de representación democrática, ni tampoco para ser simplemente miembro de una Junta de Gobierno, pero no parece defendible que no se exijan para ejercer responsabilidades ejecutivas en el gobierno local o para ser directivo de las entidades locales, cuando sí se piden para el ejercicio de funciones similares en las demás Administraciones públicas. Es más, sólo en el caso de los municipios de gran población y para el nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales se obliga a que se atienda a «criterios de competencia profesional y experiencia» y a que las personas elegidas sean, como regla general, funcionarios de carrera o con habilitación de carácter nacional pertenecientes a cuerpos o escalas del subgrupo A1".

[259] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1993): "Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades", *Revista de Administración Pública,* núm. 130, pp. 37 y ss, 43 y 44, 65 y ss.

[260] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1993): "Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades", *Revista de Administración Pública,* núm. 130, p. 90.

a) Condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, hasta que se haya cumplido la condena.
b) Condenados por sentencia firme por la comisión de delitos de falsedad; contra la libertad; contra el patrimonio y orden socioeconómico, la Constitución, las instituciones del Estado, la Administración de Justicia, la Administración Pública, la Comunidad Internacional; de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional; y contra el orden público, en especial, el terrorismo, hasta que los antecedentes penales hayan sido cancelados.
c) Los inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.
d) Los inhabilitados o suspendidos para empleo o cargo público, durante el tiempo que dure la sanción, en los términos previstos en la legislación penal y administrativa.
e) Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, durante el periodo que fije la resolución sancionadora.

La realidad es que esa delimitación negativa no deja satisfecho a nadie. Va de suyo que quien incurre en esos supuestos no debe ejercer un cargo público, pero lo cierto es que, desde mi punto de vista, se podrían haber explorado otras posibilidades. A título de ejemplo, y como ha indicado CHAVES, "hubiese sido deseable haber añadido como causa de pérdida de "honorabilidad" la probada falsedad en la exposición del *currículum* o el incumplimiento reiterado de los requerimientos del Defensor del Pueblo; esta última previsión revitalizaría una institución sin credibilidad y se cubrirían casos sangrantes porque no olvidemos que la "honorabilidad" se pone en juego en muchas ocasiones fuera del ámbito penal o sancionador"[261].

Y quizá es en este punto donde falla nuestra legislación de altos cargos. Porque, ¿cómo y quién se encargará de valorar o acreditar esa "honorabilidad" y "debida formación y experiencia en la materia" a que se refiere la Ley? Tan solo se señala en el art. 2.6 que "por ley podrán establecerse requisitos adicionales para acceder a determinados cargos de la Administración General del Estado". Remisión normativa que no ha sido aprobada ni publicada aun, ni se prevé que se haga a corto o medio plazo. Se fía la acreditación de todas estas cualidades a una declaración responsable que deberá suscribir el alto cargo en la que cumple con los requisitos de idoneidad y honorabilidad. Además, el propio artículo señala que "la idoneidad será apreciada tanto por quien propone como por quien nombra al alto cargo" y añade "la falta de honorabilidad sobrevenida será causa de cese (…) y será considerada como un incumplimiento grave de sus obligaciones del cargo declarado a través del correspondiente procedimiento". Es decir, que quien propone al alto cargo debe controlar y, asimismo, sancionar en su caso, la falta de idoneidad y honorabilidad. Nos encontramos, por tanto, ante una falta de verificación y control adecuado. Esto ha llevado a algunos autores a indicar que estamos meramente ante novedades

[261] CHAVES, J.R. (2015): "Luces y sombras de la "Ley Pompeya" sobre altos cargos del Estado", *Confilegal*, 6 de julio de 2015, (Recuperado de https://confilegal.com/20150706-luces-sombras-ley-pompeya-altos-cargos-06072015-1300/).

"cosméticas"[262] o de un sistema en el que, si existe esa falta de "honorabilidad", al final sólo podrá corregirse en vía judicial"[263].

Asimismo, se ha destacado por multitud de autores que el nombramiento de los altos cargos es un gran "botín" para los partidos políticos, y realmente no les interesa demasiado que exista un verdadero "controlador" de esta idoneidad, así como de la debida formación de los altos cargos que vayan a designar. En este sentido, BETANCOR destaca que "la falta de idoneidad es causa de mala gestión, la cual ocasiona importantes pérdidas. El sector público es ineficiente porque está en manos de incompetentes; y lo está porque la formación y la experiencia de los directivos designados no son valoradas según las necesidades del puesto a ocupar. No es un problema, sólo, de gestión, sino de gestores. Y la raíz está en la discrecionalidad, sin control, que se les ofrece a los políticos para nombrar a sus acólitos, con desprecio a los ciudadanos"[264].

En este sentido, RIVERO ORTEGA señala, y con razón, que realmente es difícil "condicionar el acceso a los puestos de responsabilidad a rasgos de carácter acreditables de probidad absoluta. Sólo algunas organizaciones de inteligencia lo hacen, empleando medios extraordinarios de vigilancia y captación de información para asegurarse de que reclutan a personas relativamente inmunes a ciertas tentaciones, liberadas de condicionamientos previos o conflictos de intereses. Esto no podría extenderse a la totalidad de autoridades y servidores públicos (…)"[265].

Además, sigue señalando este autor que, debido a que existe un derecho fundamental a la igualdad, el origen o antecedentes de las personas no puede ser determinante en el acceso a las funciones y cargos públicos. Y propone, como una de las soluciones a este complejo problema, la formación. La realidad es que, aunque parezca obvio, la incorporación de programas específicos sobre ética y responsabilidad de las autoridades y servidores públicos es una herramienta insuficientemente utilizada, pero sin duda pudiera resultar de suma utilidad.

Por otro lado, y en contraposición, otros autores señalan que la exigencia de los requisitos de idoneidad y honorabilidad choca de frente con un sistema basado, hasta ahora, en la confianza política y que hacen necesaria una reflexión sobre la situación que plantean las reglas de buen gobierno para los altos cargos De esta forma, DESCALZO GONZÁLEZ[266] señala que "el sistema de estricta confianza política que nutre la noción de los altos cargos

[262] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2015): "Una ocasión perdida: la Ley reguladora del Alto Cargo", blog *La mirada Institucional,* 25 de abril de 2015. (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/2015/04/04/una-ocasion-perdida-la-ley-reguladora-del-alto-cargo/).

[263] BETANCORT, A. (2018): "Abuso de poder desde el Gobierno", Editorial El Mundo, 2 de agosto de 2018. (Recuperado de https://www.elmundo.es/opinion/2018/08/02/5b618955268e3e21098b45a8.html). Sigue afirmando este autor que "Otra vez más son los tribunales la última trinchera del Estado de derecho. No tendría que ser así. Debería existir un procedimiento previo de verificación para impedir, al menos, los casos más escandalosos. Es otro rasgo, lamentable, del bipartidismo. Se alcanza el poder reclamando "regeneración" hasta que se cruza el umbral de La Moncloa. Una vez instalado, vence el impulso de premiar, con los cargos públicos (y sus sueldos, algunos importantes), a los fieles. El poder y sus prebendas son convertidas en patrimonio, cual botín, que repartir".

[264] BETANCOR, A. (2018): "Abuso de poder desde el Gobierno", *Editorial El Mundo*, 2 de agosto de 2018. (Recuperado de https://www.elmundo.es/opinion/2018/08/02/5b618955268e3e21098b45a8.html).

[265] RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos.* Iustel, Madrid, pp. 226 v 227.

[266] DESCALZO GONZÁLEZ, A., (2017): "El buen gobierno de los altos cargos", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 44.

no es capaz de explicar, sin embargo, el código de buen gobierno diseñado primero en la LTBG y desarrollado después en la LACAGE".

A mi juicio, esa dificultad se hace especialmente visible en los siguientes puntos: a) el nombramiento de los altos cargos legalmente no se basa ya en la estricta relación de confianza sino en el cumplimiento de la idoneidad prevista en el artículo 2 LACAGE ; b) la separación por pérdida de la honorabilidad y la destitución como sanción disciplinaria en cuanto medidas principales para lograr "un modelo de ejemplaridad" en la conducta de los responsables públicos se aleja igualmente de la regla del *contrarius actus* que informa la tradicional remoción libre en el sistema de confianza política y, consiguientemente, c) la determinación del órgano al que corresponde el ejercicio de esa competencia sancionadora se separa del modelo de confianza política, al no corresponder siempre al que la otorgó con el nombramiento.

Veamos un poco más detalladamente algunos de estos aspectos.

Respecto a la formación y experiencia a que se refiere el art. 2.4 de la LACAGE, no es una novedad propiamente dicha, sino que se trata de un requisito ya exigido en su momento por la LOFAGE[267]. Lo realmente novedoso es que con la LACAGE se extiende este régimen de exigencia de formación y experiencia también a los titulares de órganos superiores y de las entidades del sector público estatal.

Para la valoración de la formación se tendrán en cuenta, de acuerdo con lo previsto en el art. 2.4, "los conocimientos académicos adquiridos". Es preciso destacar varias cuestiones en relación a esta afirmación: la norma se refiere, en primer término, a "conocimientos académicos", no a la obtención siquiera de un determinado título académico. Es por este motivo, por este lenguaje abierto e impreciso, así como la inexistencia de un verdadero sistema de verificación de estos requisitos, que debemos concluir que no hay vías adecuadas en la Ley para la correcta acreditación de las competencias requeridas para el desempeño de tales puestos[268]. Es más, tampoco se habla en ningún momento de "competencias". Se usa un lenguaje anticuado[269], como han puesto de relieve PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS que ha sido superado hace tiempo por la noción de competencias profesionales, que ya apareciera incluso en la LOFAGE[270].

[267] El art. 6.10 de la LOFAGE señalaba que los titulares de los órganos directivos serán nombrados con arreglo a "criterios de competencia profesional y experiencia".

[268] Una fórmula más idónea la podemos encontrar en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña que prevé, en el artículo 57 sobre la publicidad de las condiciones de acceso, que:
1. La Administración, las instituciones públicas y los organismos incluidos en el artículo 3.1 deben dar a conocer los criterios de acuerdo con los que se designa a una persona para que ocupe un alto cargo. A tal efecto, deben hacer público el currículum con los méritos profesionales y técnicos de la persona nombrada.
2. Los nombramientos de altos cargos deben realizarse atendiendo a criterios de competencia profesional, entre personas con cualificación y experiencia en puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

[269] En este mismo sentido se ha manifestado también JIMÉNEZ ASENSIO, R. al referirse a estos requisitos exigidos por la Ley como "lenguaje viejo, soluciones caducas". JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2015): "Una ocasión perdida: la Ley reguladora del Alto Cargo", blog *La mirada Institucional*, 25 de abril de 2015. (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/2015/04/04/una-ocasion-perdida-la-ley-reguladora-del-alto-cargo/)

[270] Y que, por ejemplo, se recoge en Galicia. Así el artículo 38 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno establece, respecto al nombramiento y ejercicio del alto cargo, que:
1. El nombramiento del alto cargo se hará entre personas idóneas y se realizará atendiendo a criterios de competencia profesional entre personas con cualificación, formación y experiencia en función del cargo a desempeñar. La idoneidad será apreciada tanto por quien propone como por quien nombra al alto cargo.

Por otro lado, y respecto a la experiencia, se limita a señalar el precepto que se valorará "la naturaleza, complejidad y nivel de responsabilidad de los puestos desempeñados, que guarden relación con el contenido y funciones del puesto para el que se le nombra". Salvo la exigencia para la cobertura de determinados puestos del nivel de funcionarios del Grupo de Clasificación A1, poco más se indica. Lo cierto es que, respecto de estos puntos, la legislación autonómica con posterioridad dictada, no ha ido más allá de las fórmulas recogidas a nivel estatal reproduciendo en la mayoría de los casos lo establecido en la LACAGE[271]. En cualquier caso, esta cláusula abierta ha sido valorada positivamente por la doctrina al señalar que al alcanzar la LACAGE también al sector público empresarial y fundacional, la experiencia en el sector privado puede ser no solo procedente sino incluso muy recomendable"[272].

El nombramiento de los Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos que presten sus servicios en la Administración General del Estado, recogido en el artículo 2.6 LACAGE, deberá realizarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, pertenecientes a Cuerpos clasificados en el Subgrupo A1. Esta disposición es también de aplicación al nombramiento de los Directores Generales, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario, debiendo motivarse mediante memoria razonada la concurrencia de las especiales características que justifiquen esa circunstancia excepcional".

Por su parte, la LRJSP tratándose de Ministros y Secretarios de Estado (arts. 61 y 62) no especifica requisitos concretos para su nombramiento más allá de lo ya dispuesto en la LACAGE, esto es, la competencia profesional e idoneidad. En el caso de los delegados del gobierno en las Comunidades Autónomas, el art. 72 LRJSP señala que "su nombramiento atenderá a criterios de competencia profesional y experiencia. En todo caso, deberá reunir los requisitos de idoneidad establecidos en la LACAGE", no exigiendo que se trate de funcionarios de carrera, como sí ocurre en los siguientes puestos.

En el caso de los subsecretarios (art. 63.3 LRJSP) y secretarios generales técnicos (art. 65.3 LRJSP) se exige para su nombramiento que se trate de "funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, pertenecientes al Subgrupo A1, a que se refiere el artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, esto es, En todo caso, habrán de reunir los requisitos de idoneidad establecidos en la LACAGE".

Tratándose de directores generales, se establecen esos mismos requisitos, salvo que el Real Decreto de estructura del departamento de que se trate permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna

2. Las personas que ocupen los cargos comprendidos en el ámbito de aplicación de este capítulo estarán sujetas a los principios que figuran en el Código ético institucional de la Xunta de Galicia en los términos en el mismo establecidos.
3. La adhesión al Código ético institucional de la Xunta de Galicia deberá figurar expresamente en el acto de nombramiento del alto cargo

[271] Puede verse, a estos efectos, la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de Asturias.

[272] PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 90.

dicha condición de funcionario, debiendo motivarse mediante memoria razonada la concurrencia de las especiales características que justifiquen esa circunstancia excepcional, y debiendo reunir el requisito de idoneidad exigido por la Ley 3/2015 (art. 66.2 LRJSP).

Esta excepción de pertenecer al cuerpo funcionarial de los Directores Generales ha sido recogida legalmente como consecuencia de la jurisprudencia existente en torno a la figura de los Directores Generales en la LOFAGE. En cualquier caso, el propio precepto señala que se trata de una excepcionalidad, y como tal debe ser debidamente motivada en una memoria. Ciertamente, el uso de determinadas facultades que entraña el ocupar un puesto de Director General debe ser motivado cuando se proponga que puedan realizarlas personas que no son funcionarios de carrera, de una forma "objetiva, particularizada y razonable"[273], en atención a las funciones concretas que tendría asignadas el Director General en cada caso. No obstante, salvo que se trate de participar directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, que correspondería exclusivamente y en todo caso a los funcionarios públicos, tal y como exige el art. 9.2 del TREBEP, y de las consecuencias económicas y presupuestarias que el nombramiento entre no funcionarios implica, no debería desecharse de forma radical que, excepcionalmente y siempre que el caso concreto lo requiera, el nombramiento pueda recaer en aquellas personas que no gozan de la condición de funcionarios y que tan solo tienen experiencia en el sector privado[274]. Pero esta excepcionalidad ha de estar debidamente justificada[275].

[273] Así se manifiestan PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 94, al citar la STS de 21 de enero de 2009 (RJ 2009,569), nº de recurso 238/2006.

[274] Inclusive, aún más abierta, es la fórmula utilizada en Castilla-León donde el artículo 2.3 in fine de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León que, de forma excepcional, admite que podrá nombrarse a quienes no ostenten la condición de empleados públicos, en atención a las razones derivadas de las funciones del órgano o de los especiales méritos del candidato, motivados en la propuesta de nombramiento.

[275] En este sentido, cabe destacar que los distintos ejecutivos, obviamente unos más que otros, han nombrado a un número elevado de Directores Generales que no gozan de la cualidad de funcionarios de carrera pertenecientes al subgrupo A1, haciendo uso de las excepciones previstas legalmente. La Federación de Cuerpos Superiores de la Administración (FEDECA) interpuso recurso ante el Tribunal Supremo con los siguientes resultados. Por un lado, la STS 4672/2021 (recurso 112/2020) estimó injustificada la excepción a la regla de ser funcionario para ocupar dos direcciones generales de la treintena impugnadas por FEDECA, en concreto la Dirección General del Instituto de la Juventud y la Dirección General de Políticas de la Agenda 2030. Respecto de ellas la sentencia declara la nulidad de las disposiciones que las exceptuaron (inciso 2.e, Dirección General del Instituto de la Juventud, de la disposición adicional séptima del Real Decreto 139/2020 y del 1.l, Dirección General de Políticas de la Agenda 2030, que eximen del requisito de ser funcionario de carrera para ser nombrado Director General. Por otro parte, mediante STS 1649/2022 (recurso 239/2021) se ha estimado el recurso de FEDECA contra los apartados segundo y tercero del art. 1 del Real Decreto 311/2021, de 4 de mayo, así como contra los Reales Decretos 318/2021 y 321/2021, ambos de 5 de mayo. Hay que tener en cuenta que el Real Decreto 311/2021 tiene por objeto modificar el Real Decreto 139/2020. Esta modificación permitía exceptuar a la Dirección General de Deportes y a la Dirección General de Personas con Discapacidad de la regla general según la cual los Directores Generales deben ser nombrados entre funcionarios de carrera pertenecientes al Subgrupo A1. La consecuencia de ambas sentencias es la anulación de esos nombramientos. En definitiva, no ser funcionario del grupo A1 para ser nombrado Director o Directora General debe ser siempre excepcional y por tanto, dicha decisión debe estar motivada.
Mientras tanto las normas organizativas publicadas han seguido la misma senda. De esta forma, se publicó el Real Decreto 1041/2020, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, y en concreto para el ámbito sanitario, el Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y que modifica al Real Decreto inicial 139/2020,

Y, finalmente, siguiendo con la enumeración de los altos cargos, los nombramientos de los secretarios generales "habrán de efectuarse entre personas con cualificación y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada" (art.64.3 LRJSP), no exigiéndose tampoco, como en el caso de los Ministros, Secretarios de Estado y Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, la condición de funcionario.

Por no ostentar la condición de alto cargo, como expresamente determina la LACAGE, los nombramientos de los subdirectores generales, "habrán de efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, o de otras Administraciones, cuando así lo prevean las normas de aplicación, pertenecientes al Subgrupo A1, a que se refiere el artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril" (TREBEP), sin que se especifique el requisito de idoneidad conforme a la LACAGE, como se requería en los anteriores casos.

Otra cuestión que se prevé en relación a los nombramientos, como ya advertimos unas líneas atrás, es que el art. 2.6 de la LACAGE señala que "por ley podrán establecerse requisitos adicionales para acceder a determinados cargos de la Administración General del Estado para los que sean precisas especiales cualificaciones profesionales, respetando, en todo caso, el principio de igualdad consagrado en la Constitución". En efecto, podría tratarse de una opción interesante para determinados puestos que requieren unas características y competencias profesionales muy determinadas. Sin embargo, se deja esta posibilidad en el aire a la espera de una Ley específica que regule estos requisitos. Si bien, sí es cierto que se encuentra alguna vaga referencia en varias normas, como en el caso del art. 37.1 de la LTBG en relación con la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que ha de recaer en "personas de reconocido prestigio y competencia profesional". Aunque este tipo de vagas y abiertas afirmaciones no creo que sean, a mi juicio, suficientes para definir los requisitos necesarios para proceder a un determinado nombramiento[276]. Estaríamos de nuevo ante más conceptos jurídicos indeterminados,[277]

establece que no será preciso que la persona que ocupe el cargo de director general de Ordenación Profesional, que depende del Ministerio de Sanidad, ostente la condición de funcionario, "en atención a las características del órgano directivo que se exponen a continuación". Se justifica esta decisión en la propia exposición de motivos al señalar que "las características específicas de las funciones a desempeñar suponen la exigencia de un conocimiento específico en la ordenación de las profesiones sanitarias y en la gestión especializada en ciencias de la salud y las relaciones profesionales, que requieren que su titular haya demostrado previamente una carrera profesional que acredite la cualificación y experiencia necesarias para la gestión de un sector y unos agentes sanitarios específicos".

[276] La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de definir algunos conceptos jurídicos indeterminados parecidos, como por ejemplo la expresión de "juristas de reconocido prestigio". La STS de 9 de mayo de 2011 (rec. núm. 1962/2009) señaló que "el reconocido prestigio que se predica de la condición de jurista implica, al menos, un ejercicio profesional desplegado durante el tiempo necesario para que se haya producido ese nombramiento que, al no indicarse por quien ha de ser prestado, deberá entenderse que ha de proceder de la comunidad jurídica, del conjunto de los profesionales del Derecho. Por tanto, relacionar el requisito con un período temporalmente determinado es consustancial al mismo. De igual modo que lo es la exigencia de que tenga una duración suficiente que no puede ser breve".

[277] Según MUÑOZ MACHADO "la aportación fundamental de la doctrina sobre los conceptos jurídicos indeterminados es que sostiene que, así como la discrecionalidad permite a la Administración elegir entre varias opciones, todas las cuales son jurídicamente indiferentes y válidas, la aplicación de aquéllos remite siempre a una única solución justa, sin alternativas, que la Administración debe encontrar. Los conceptos jurídicos indeterminados no son sino aplicaciones de la ley que los utiliza, por lo que remiten siempre a un problema de interpretación de la Ley. La Administración tendrá que constatar los hechos, usando, si las precisa, las pruebas necesarias, dándoles luego la significación que la norma les ha otorgado. El hallazgo técnico es de enorme envergadura al permitir separar de las potestades discrecionales unos tipos de

pero no ante un sistema de verificación cabalmente considerado en la generalidad de los casos. Y sino veámoslo.

Respecto a la verificación y acreditación de los requisitos de idoneidad, el art. 2.5 de la LACAGE señala que mediante una declaración responsable que deberá suscribir el candidato se realizará la constatación previa de que se cumplen las condiciones de idoneidad para el desempeño del cargo, que deberá remitir a la Oficina de Conflictos de Intereses. Asimismo, si esta lo solicita, deberá aportar la documentación que acredite dicho cumplimiento.

Este requisito de la declaración responsable ha sido fuente de diversas críticas por algunos autores. De esta forma, PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS han destacado que "es discutible la idoneidad de la técnica de la declaración responsable, pensada para que los ciudadanos puedan ejercitar sus derechos en sus relaciones con las Administraciones públicas, en un ámbito como el que nos ocupa que supone nada menos que la integración de una persona en la titularidad de los órganos de gobierno del sector público. Este criterio, que pudiera ser razonable en relación con los requisitos de honorabilidad, tal vez no sea idóneo respecto a los eventuales requisitos de competencia profesional (como una titulación académica, o la pertenencia a un Cuerpo de funcionarios del Subgrupo A1), cuyo cumplimiento debería acreditarse, en todo caso, con antelación al desempeño del cargo"[278].

En este último sentido es preciso destacar la respuesta a esta cuestión efectuada por el Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla los Títulos Preliminar, II y III de la LACAGE, cuyo artículo 4 dispone que:

"1. Corresponde recopilar a las Secretarías Generales Técnicas respecto de su Departamento ministerial, así como de cada organismo y entidad del sector público estatal, fundacional y empresarial, a través del órgano competente de cada uno de ellos, de acuerdo con su respectiva adscripción o relación departamental, la siguiente documentación:

a) Modelo de declaración responsable, a que se refiere el artículo 2.5 de la LACAGE, suscrita por el candidato propuesto a alto cargo.
b) Modelo de currículum vítae aprobado al efecto, suscrito por el candidato propuesto a alto cargo.

---

enunciados que no otorgan ninguna facultad de elección y que, por tanto, han de permitir un control pleno por parte de los Tribunales. No obstante, la precisión exigible al intérprete para que concrete el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, no puede llegar al extremo de excluir cierto margen de tolerancia, dentro del cual todas las variantes posibles de la "única solución justa" se estiman legítimas y jurídicamente admisibles. Es el margen de apreciación o *Beurteilungsspielraum*". MUÑOZ MACHADO, S. (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general. Tomo I.* Thomson Civitas. Madrid, p. 542.

[278] PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, pp. 98 y ss.

Asimismo, JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2015), "Una ocasión perdida: la ley reguladora del alto cargo", Blog *La* mirada Institucional, ha señalado que "todo el sistema de nombramiento se cierra con la exigencia de que el alto cargo deba suscribir una declaración responsable en la que manifieste que cumple los criterios de idoneidad y que no incurre en ninguna causa que afecte a su honorabilidad. Si no fuera porque está en la Ley, cabría pensar que es una broma. Quien es nombrado dice que lo es de acuerdo con las exigencias del puesto que nadie especifica. (Disponible en https://rafaeljimenezasensio.com/2015/04/04/una-ocasion-perdida-la-ley-reguladora-del-alto-cargo/)

2. Ambos documentos serán examinados por el órgano competente para la propuesta de nombramiento con carácter previo a éste. En el plazo de los siete días siguientes a su nombramiento, el alto cargo deberá remitir a la Oficina de Conflictos de Intereses los documentos previstos en el apartado anterior junto con su certificado de antecedentes penales."

En consecuencia, y tras la aprobación de este Reglamento, al menos ahora queda claro que estos documentos serán examinados por el órgano competente para la propuesta con carácter previo al nombramiento y se establece la exigencia de enviar dicha documentación a la Oficina de Conflicto de Intereses en un plazo de 7 días desde su nombramiento. La pregunta que queda sin contestar es si dicha documentación es suficiente, y si no sería conveniente un control parlamentario al menos de dichos nombramientos en todos los supuestos y no solo en supuestos específicos como más adelante veremos[279].

Después de analizar el procedimiento a seguir para el nombramiento de los altos cargos, debe dejarse constancia de alguna observación. Y es que, el sometimiento a criterios y requisitos tan vagos, amplios e indeterminados pudiera chocar con algunos principios y derechos constitucionales. Así, teniendo en cuenta su vinculación y relación directa con la eficacia a la que queda sometida constitucionalmente la Administración (artículo 103.1 CE), el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23 CE), el principio de igualdad material que proclama el artículo 9.2 CE , que impone a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la igualdad del individuo y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, así como con el principio de responsabilidad enunciado en el artículo 9.3 CE, el establecimiento de requisitos tan vagos puede suponer una merma en la seguridad jurídica y en las garantías que cualquier Estado democrático debe reconocer, preservar y proteger. Lo que se traduce, en consecuencia, en que no podríamos hablar de una buena calidad institucional. No se trata de idealizar a quien deba ostentar un cargo público, pero sin duda, sí que sería preciso que los requisitos para su acceso sean claros, objetivos y contrastables, en consonancia con los requerimientos de una democracia moderna en la que los ciudadanos cada vez se preocupan más por las decisiones públicas y quieren ser partícipes de los procesos.

Por lo demás, el art. 2.5 de la LACAGE también nos indica que, si la Oficina de Conflictos de Intereses lo solicita, el alto cargo deberá aportar la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley para su nombramiento como tal. Y ante un posible falseamiento o incumplimiento de estos requisitos tipifica estas acciones como infracción muy grave en el art. 25.1.d) LACAGE

En fin, la LACAGE exige en su art. 17.3 que, junto con la copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio,

[279] En el caso de Cantabria, la disposición adicional primera de la Ley 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria establece que se comunicarán, en el plazo de un mes, a la Inspección General de Servicios los nombramientos de altos cargos de los organismos, entidades, empresas y fundaciones que constituyen el sector público autonómico y de las entidades, entes del sector público empresarial autonómico o empresas privadas con representación del sector público autonómico en sus consejos de administración.

también se presentará por el alto cargo certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes o, alternativamente, autorizar a la Oficina de Conflictos de Intereses, expresamente y por escrito, a que obtenga esta información directamente de la Agencia Tributaria.

2.2 Procedimiento de designación

Como paso precedente a su nombramiento, la disposición adicional tercera de la LACAGE establece que será necesario que el Gobierno ponga en conocimiento del Congreso de los Diputados, a fin de que pueda disponer su comparecencia ante la Comisión correspondiente de la Cámara, el nombre de los candidatos. Sin embargo, este requisito solo se prevé para determinados cargos, como son los siguientes:

a) Presidente del Consejo de Estado.
b) Máximos responsables en los organismos reguladores o de supervisión incluidos en el artículo 1. 2.e).
c) Presidente del Consejo Económico y Social.
d) Presidente de la Agencia EFE.
e) Director de la Agencia Española de Protección de Datos"[280].

Respecto al contenido de la comparecencia de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional tercera, apartado segundo, la Comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados examinará, en su caso, a los candidatos propuestos. Sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes. Y la Comisión parlamentaria emitirá un dictamen en el que se pronunciará sobre si se aprecia su idoneidad o la existencia de conflicto de intereses[281]. Dada la relevancia de los cargos a nombrar, y teniendo en cuenta la inclusión en la LACAGE de los requisitos de idoneidad y honorabilidad, es lógico y deseable que la Comisión Parlamentaria del Congreso de los Diputados deba pronunciarse también sobre este extremo[282], aunque sería más conveniente aún que se extendiese al resto de altos cargos.

En el caso del Presidente del Consejo de Estado, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado exige en su art. 6.1 que sea nombrado entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su Presidente

[280] Recientemente La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado nulo mediante Sentencia 1891/2022 (rec. 272/2022) el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022, por el que se comunicó al Congreso de los Diputados dos ternas de candidatos a la Presidencia y la Adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos. La Sala reitera que la vigente normativa regula un procedimiento de selección concurrencial, público y transparente y declaraba como hecho notorio, que un mes y cuatro días antes de convocarse ese procedimiento selectivo se pactó, luego de hecho, se designó y eligió a quien ocuparía la Presidencia y la Adjuntía de la AEPD. Asimismo, indica que la consecuencia es que al apartarse del procedimiento, alterándolo de raíz hasta el punto de transformar la fase de ratificación parlamentaria por otra de elección, se ha actuado como si no existiese la vigente normativa y que, además, se ha procedido de modo que podría prestarse a dar cobertura formal a una designación ya hecha al hacerse la convocatoria.

[281] Se incluye como novedad respecto a su predecesora LIAC que el dictamen que emita la Comisión Parlamentaria del Congreso de los Diputados se pronunciará, no solo sobre la existencia o no de conflictos de intereses, sino también sobre si aprecia o no la idoneidad del candidato.

[282] Dicha Comisión la componen representantes de todos los grupos parlamentarios presidida por la Presidente del Congreso.

Por su parte, y en cuanto a los organismos reguladores a que se refiere la letra b) de la disposición adicional tercera de la LACAGE, el art. 15.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia señala que "los miembros del Consejo, y entre ellos el Presidente y el Vicepresidente, serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados". Por tanto, se exigirá también, además de los requisitos establecidos en la LACAGE (idoneidad, ausencia de conflicto de intereses y comparecencia), que se trate de personas de reconocido prestigio y probada competencia profesional en su ámbito de su actuación. Asimismo, se prevé el posible veto del nombramiento de los candidatos propuestos por parte del Congreso, que a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, tendrá de plazo un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación para oponerse a los mismos. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.

Finalmente, y tratándose de los miembros de la Corporación de Radiotelevisión Española, según la disposición adicional tercera de la LACAGE, su comparecencia se producirá de acuerdo con lo dispuesto en su normativa específica[283]. Para ello debemos acudir a la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, cuyo art. 11.3 señala que "los candidatos propuestos deberán comparecer previamente en audiencia pública en el Congreso y el Senado, en la forma que reglamentariamente se determine, con el fin de que ambas Cámaras puedan informarse de su idoneidad para el cargo. Su elección requerirá una mayoría de dos tercios de la Cámara correspondiente". Asimismo, el aparatado 1º del artículo 11 establece que "los miembros del Consejo de Administración serán elegidos por las Cortes Generales, a razón de seis por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado", incidiendo en que deberán ser elegidos entre personas de reconocida cualificación y experiencia, cuestión que ha sido declarada inconstitucional por la STC 150/2017, de 21 de diciembre.

Y en cuanto a la designación del Presidente de Radio Televisión Española, el apartado 4º del artículo 11 de la Ley 17/2006, señala que "el Congreso de los Diputados designará, de entre los diez consejeros electos, al que desempeñará el cargo de Presidente de la Corporación RTVE y del Consejo. Tal designación requerirá una mayoría de dos tercios de la Cámara".

Como vemos, lo cierto es que a la vista de los resultados que hasta ahora se tienen, estamos meramente frente a un procedimiento formal, sin contenido real de verificación de la idoneidad y muy restringido a determinados cargos que, en mi opinión, admite amplios márgenes de mejora ya sea, en lo que se refiere a su ámbito de aplicación[284], ya

[283] La Sentencia 134/2021, de 24 de junio de 2021 (recurso de inconstitucionalidad 3883-2018) declaró inconstitucional y nula la disposición final primera y el apartado tercero, del artículo único del Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del consejo de administración de la Corporación Radio y Televisión Española y de su presidente y que permitía la sustitución del Senado por el Congreso en la elección de los miembros del consejo de administración.

[284] A título de ejemplo, en Extremadura el artículo 13 bis de la Ley Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. establece, para todos los altos cargos, lo siguiente:

se trate del efectivo control y verificación de la idoneidad de los nombramientos, de los conflictos de intereses, etc. y que, desde luego, y en aquellos supuestos que requieren una cierta objetividad e independencia en el ejercicio de su función, no contempla el contraste de éstas[285].

2.3. Nombramiento y toma de posesión del alto cargo.

Para que el nombramiento del alto cargo sea efectivo, es necesario previamente que tome posesión del mismo. De esta forma, podemos decir que el acto de nombramiento es un acto administrativo bilateral (ya que requiere el acuerdo entre dos partes) y favorable. La aceptación y toma de posesión por la persona propuesta es lo que le otorgaría la perfección y eficacia al acto de nombramiento[286].

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno establece en su artículo 12.2 que los Vicepresidentes y Ministros serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno. Respecto a los Secretarios de Estado, la misma norma señala en su artículo 15.1 que serán nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros.

Por su parte, la LRJSP señala que los subsecretarios (art. 63.3), los secretarios generales (art. 64.3), secretarios generales técnicos (art. 65.3), directores generales (art. 66.2) y delegados del gobierno (art. 72.4) serán nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Ministerio o del Presidente del Gobierno. El nombramiento mediante Real Decreto requiere su publicación en el BOE, por lo que de esta forma existe una publicidad de los mismos. Cuestión distinta es, por un lado, el caso de los altos cargos del sector público estatal, ya que su nombramiento al ser efectuado por el Consejo de Ministros, puede adoptar la forma de Acuerdo, que no requeriría necesariamente publicación en el BOE, restando, de esta forma, transparencia a la designación o, por otro lado, los altos cargos nombrados directamente por el órgano de gobierno de la entidad.

---

1. Con carácter previo al nombramiento de los altos cargos definidos en esta ley, la Junta de Extremadura pondrá en conocimiento de la Asamblea de Extremadura el nombre de la persona propuesta para el cargo por el consejero competente por razón de la materia, a fin de que disponga su comparecencia ante la comisión correspondiente de la Cámara en el plazo de diez días desde la recepción de la referida comunicación.
La comisión parlamentaria examinará las candidaturas propuestas. Sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes. A tal efecto, la Junta de Extremadura deberá remitir, con carácter previo a la comparecencia del candidato propuesto, la información relativa a su formación y experiencia profesional, actividades, bienes, derechos, intereses y rentas.

[285] Distinto a lo que acontece en la AGE, en Cantabria el artículo 8 de la Ley 1/2008 establece que: El Gobierno de Cantabria, con carácter previo al nombramiento del Consejo Jurídico Consultivo de acuerdo con la Ley que regule el mismo, del presidente del Consejo Económico y Social y de los altos cargos de aquellos organismos o entidades del sector público autonómico que, con arreglo a sus estatutos legales deban ejercer sus funciones con plena independencia del Gobierno de Cantabria y de la Administración General, pondrá en conocimiento del Parlamento el nombre de la persona propuesta. A la vez, solicitará la comparecencia ante la Comisión que corresponda para presentar al candidato e informar sobre el cumplimiento de la presente Ley. Será preceptivo acompañar a la comunicación al Parlamento un informe de la Inspección General de Servicios en el que se establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses.

[286] MUÑOZ MACHADO, S. (2017): *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XII. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, p. 86.

De esta forma, podemos observar que realmente hay muchas entidades en las que subsiste una falta de claridad y transparencia que la propia norma debería haber remediado. En opinión de PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS[287], para que exista una verdadera transparencia, en primer lugar, debería haber un registro público y actualizado de altos cargos[288].

Respecto a la toma de posesión que, como dijimos, perfeccionaría el acto del nombramiento, la LACAGE guarda silencio, a diferencia de lo que ocurre con la legislación de algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, que establece expresamente en su artículo 3 que, para ello, deberán "prometer por su conciencia y honor o jurar que cumplirán fielmente las obligaciones que les correspondan con lealtad al Rey y que guardarán y harán guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y el Estatuto de Autonomía de Castilla y León como norma institucional básica de la Comunidad. Asimismo, en el acto de toma de posesión, deberán manifestar su adhesión al código ético y de austeridad de los altos cargos que en cada momento esté vigente"[289].

La LACAGE tan solo señala en su artículo 2.7. que todos los órganos, organismos y entidades del sector público estatal, de Derecho Público o Privado, deberán informar a la Oficina de Conflictos de Intereses de los nombramientos de altos cargos que efectúen en el plazo de siete días a contar desde el nombramiento. Y en su artículo 2.8 que las entidades públicas o privadas con representación del sector público en sus órganos de administración o de gobierno, comunicarán a la Oficina de Conflictos de Intereses las designaciones de personas que, conforme a lo dispuesto en esta ley tengan la condición de alto cargo.

Asimismo, prevé en el artículo 16 que los altos cargos formularán al Registro de Actividades de Altos Cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión (o cese), una declaración de las actividades que, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo (o las que vayan a iniciar tras su cese)[290].

3. REGIMEN JURÍDICO Y PRINCIPIOS RECTORES QUE RIGEN EL EJERCICIO DEL ALTO CARGO A EFECTOS DE SU RESPONSABILIDAD.

[287] PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 105.

[288] A título de ejemplo, en Castilla-León, la disposición adicional tercera de la Ley 3/2016 prevé que en el Portal de Gobierno Abierto de la Junta de Castilla y León se mantendrá una relación actualizada de los entes y de sus cargos a los que les sea de aplicación esta ley conforme a lo previsto en su artículo 1.

[289] En mayo de 2018, se propuso por el Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, regular mediante ley la toma de posesión de los altos cargos y cargos electos, para evitar que no acatasen la Constitución. Sin embargo, no se han vuelto a tener noticias de este extremo.

[290] Esta exigencia se ha empezado a realizar exclusivamente por medios electrónicos a partir del 20 de octubre de 2020, de acuerdo con lo previsto en la Orden TFP/2/2020, de 8 de enero, por la que se determina la fecha a partir de la cual será efectiva la obligación de relacionarse a través de medios electrónicos con la Oficina de Conflictos de Intereses en los procedimientos previstos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre; y por la que se aprueban los modelos de declaraciones, comunicaciones y documentos electrónicos.

Antes de entrar en el estudio de la responsabilidad de los altos cargos, es necesario también realizar una breve mención al régimen jurídico de las actividades que ejercen y los principios que deben presidirlas. La relación directa entre ambas resulta evidente pues es, como consecuencia de éstas entre otros motivos, de donde puede derivarse la responsabilidad exigible a éste.

3.1 Las actividades y actuaciones de los altos cargos: su sujeción al Derecho.

Empecemos por afirmar que, en principio, se trata de actividades de naturaleza pública sometidas al principio de legalidad, y por tanto, vinculadas en cuanto a su régimen jurídico a la Ley y al Derecho, que tienen como consecuencia inexcusable la responsabilidad derivada de su ejercicio. Por el contrario, las actuaciones de los particulares en relación al ordenamiento jurídico se rigen por el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), que permite hacer todo aquello que beneficie a sus derechos e intereses excepto lo prohibido por la ley (vinculación negativa a la ley).

La exigencia constitucional de que la actuación del Gobierno y de la Administración se lleve a cabo de acuerdo con el contenido de la Constitución (artículos 97 y 103 CE), conforme a la legalidad y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, nos obliga a detenernos en el fundamento de esta estrecha y rígida vinculación de los poderes públicos al bloque de la normatividad al estar en juego los intereses generales de la sociedad (vinculación positiva).

Y es preciso advertir que esta ha sido la concepción clásica, la decimonónica, pero no está de más recordar que distintos autores, sin embargo, no coinciden plenamente con la anterior afirmación en el Estado constitucional. Así, han mantenido que en realidad la Administración está sujeta al Derecho, pero no en el sentido de que exista una vinculación positiva al principio de legalidad como tradicionalmente esta ha sido entendida. De forma que la misma podría actuar de acuerdo, o más bien, sin contraponerse al ordenamiento jurídico[291]. En consecuencia, y siguiendo este razonamiento, podría actuar sin que su actividad debiera estar prevista previamente y de forma completa en una norma. Tan solo, se matiza, que es preciso que no exista sobre la misma un principio prohibitivo, es decir, se establece una interdicción de una actuación de la misma contraria a ésta.

Y es que, ciertamente y dejemos constancia de ello, en nuestra doctrina las mejores plumas discuten el alcance de la vinculación positiva del Gobierno y de la Administración a la Ley, al menos en lo que se refiere a su formulación clásica[292], aunque lógicamente

[291] De acuerdo con esta misma postura también se manifiestan GARRIDO FALLA, F. (1987): *Tratado de Derecho Administrativo II*. Tecnos. Madrid p. 130); BAENA DEL ALCÁZAR, M., (1989): "Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho (Apuntes para una revisión de la teoría de las vinculaciones de la Administración)", *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí* (coord. GÓMEZ-FERRER, R.), Civitas, p. 108. En el mismo sentido, BAÑO LEÓN, J.M. (1991): *Limites constitucionales de la potestad reglamentaria,* Civitas, Madrid, pp. 176 y 177; REBOLLO PUIG, M. (1991): "Juridicidad, legalidad, reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, p. 68 y ss.; y, más recientemente, BELADIEZ ROJO, M. (2000): "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, pp. 315-349.

[292] NIETO (1986), en concreto, se ha pronunciado en contra de la doctrina de la vinculación positiva. En su opinión, la ley no regula todas y cada una de las conductas administrativas, sino que «la Administración se mueve entre dos coordenadas precisas: por un lado, las prohibiciones y por otro las órdenes. Entre ambos extremos la Administración concreta libremente las operaciones de su quehacer cotidiano sin preocuparse de si están tipificadas o no expresamente por otra norma y sin otro criterio que el de la adecuación a un fin

no al Derecho en virtud del principio de juridicidad, según la formulación realizada por MERKL[293].

Y es que, como ha explicado PAREJO ALFONSO, de un lado es preciso diferenciar el distinto sometimiento del Gobierno y la Administración a la legalidad. En el primero de los casos, y dada la función constitucional del gobierno que también dirige la Administración, en su condición de órgano político-constitucional solo se vincula necesariamente a la Constitución y a las leyes en sentido formal, pero, en su condición de órgano supremo de la Administración pública, la vinculación lo es por entero al ordenamiento jurídico en condiciones idénticas a las que rigen para las Administraciones Públicas. Y, respecto de estas últimas, explica el autor referido, que en este segundo caso sí que responde a la formulación general del principio establecida en el artículo 9.1 CE en un doble sentido: la vinculación de la Administración pública lo es a la totalidad del ordenamiento jurídico; y, en segundo lugar, es plena en el sentido expuesto por MERKL, como hemos tenido oportunidad de señalar.

Aunque la clave radica, como expone dicho autor, en que la crisis que padece la Ley que trae causa de la progresiva obsolescencia de su función típica en el Estado Liberal de Derecho demanda una nueva concepción de ésta a partir de los principios de primacía de la Ley y de reserva de Ley[294].

En el ámbito privado, lo que está en juego en la actuación de los particulares es el patrimonio propio de la persona que haya causado la lesión, por lo que la responsabilidad es de carácter subjetivo. Así lo establece el artículo 1902 del Código Civil al señalar que: "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", mientras que, como ya explicamos en el capítulo anterior, en el ámbito de las Administraciones públicas, la responsabilidad es de carácter objetivo, general y directa, sin perjuicio de que se prevea una acción de regreso frente a

público genérico». Puede verse, a este respecto, NIETO GARCÍA, A. (1986): *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 246. Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., mantiene una posición intermedia, y sostiene que la Administración sólo precisa de una habilitación legal para actuar cuando lleva a cabo actuaciones de eficacia ablatoria, esto es, cuando incida en alguna situación jurídica de los sujetos (públicos o privados) de forma limitativa o extintiva. En los demás supuestos, sigue diciendo este autor, la regla general es la de la vinculación negativa; regla que considera hoy de puro sentido común, si bien en todas aquellas actividades cuya realización conlleve un desembolso de fondos públicos requieren la habilitación proveniente de la Ley de Presupuestos, y que existen medidas administrativas de doble efecto (como una subvención a una empresa que perjudica a los competidores) que requieren también habilitación legal. Véase SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988): *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 202 a 204.

[293] MERKL, A. (2004): *Teoría general del Derecho Administrativo*, Editorial Comares (edición española), Granada, p. 206 y ss.

[294] PAREJO ALFONSO, L. (2012): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp.67-68. En efecto indica dicho autor que:

"a) La primacía de la Ley supone que la vinculación de la función ejecutiva a la Ley comporta la interdicción de cualquier actuación de aquélla en contradicción con ésta, siendo nula la que la vulnere. Tiene dos manifestaciones: la fuerza material de ley, que consiste en que el contenido dispositivo de éste se impone y prevalece sobre el discrepante emanado del ejecutivo, y la fuerza formal de Ley, según lo cual lo establecido por Ley sólo puede ser modificado por el mismo órgano e idéntico procedimiento.

b) Ahora bien, la primacía de la Ley no dice nada sobre los presupuestos y el ámbito de la organización-función ejecutiva; antes bien, da por supuesta dicha actuación, limitándose a actualizar y hacer efectivo el principio de legalidad. La reserva de Ley supone un paso más en las relaciones entre el legislativo y ejecutivo; concretamente, el de establecer, en favor del primero y para determinadas materias, un verdadero monopolio de decisión".

las autoridades y demás personal a su servicio. Es preciso apostillar, sin embargo, que su exigencia no es ni frecuente ni algo común, y es que la misma está prácticamente inexplorada y pocas son las resoluciones jurisdiccionales que se ocupan de la misma[295]. Inclusive, algunos autores, han propugnado su desaparición[296]. No es mi opinión. Y es que firmemente creo que a pesar de que puedan existir razones para su supresión, no sólo debería mantenerse, sino más bien fortalecerse y hacerse efectiva dado que supone el complemento de cierre necesario para establecer un sistema de responsabilidad efectivo para empleados y cargos públicos, y así se impone también para el caso de los altos cargos objeto de nuestro estudio[297].

En este sentido, el artículo 36.3 LRJSP señala que "la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento". La diferencia estriba en que para que exista una responsabilidad patrimonial personal de la autoridad o funcionario público, deben existir previamente unos requisitos, como son que la lesión se hubiese producido por dolo, culpa o negligencia grave (*quid* de la cuestión), después de haber tramitado el oportuno procedimiento. En el ámbito civil, el artículo 1904 también permite la acción de repetición, si bien no exige ese carácter grave.

De ahí el distinto régimen jurídico al que queda sometida la responsabilidad extracontractual en el sector público y en el privado.

1.3 Principios rectores de la actuación del alto cargo

[295] Existen, no obstante, algunos ejemplos en la jurisprudencia. Así, a título de ejemplo, puede verse la STSJ de Andalucía de 4 de enero de 2000 (rec. 3404/1996).

[296] PARADA VÁZQUEZ, J.R., criticando esta circunstancia, señaló que "mientras en los procesos civiles, penales o laborales hay alguien que al final responde con su patrimonio o su persona de las consecuencias de la condena, en el proceso contencioso-administrativo el autor del acto que se anula o cuya actividad se reputa dañosa siempre resulta indemne y en su lugar somos condenados los ciudadanos". PARADA VÁZQUEZ, J.R. (2000): "Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 153. septiembre-diciembre, p. 78.
En torno al tema cabe reseñar el trabajo de DOMENECH PASCUAL, G. (2008): "Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, quien propugna la desaparición de la misma por su inutilidad.

[297] Y es que, junto a las previsiones generales establecidas en la LRJSP, el apartado número 8 del artículo 30 de la LTBG señala que la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará las siguientes consecuencias: a) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente, b) La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Dice así: «Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder».

Para referirnos a los principios jurídicos que presiden y guían su actividad deberemos acudir, no solo a la LACAGE[298], sino también a la LTBG[299], la LPAC y la LRJSP. Aunque lo cierto es que, en realidad, los preceptos establecidos en dichas normas pueden reconducirse a tres grandes principios de actuación de los que seguidamente daremos cuenta.

En cualquier caso, y aunque ya nos referimos a ello, es preciso señalar la importancia que tienen los principios generales del derecho en al ámbito administrativo, pues sirven de guía para resolver los distintos conflictos que puedan surgir en torno a la resolución de un asunto al constituirse en verdaderas normas jurídicas aplicables que, aunque se encuentran fuera del sistema normativo positivizado, forman parte del ordenamiento jurídico. Se trata de enunciados normativos generales que, sin haber sido integrados al

[298] El artículo 3 de la LACAGE establece que el ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia, además de a las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a los siguientes principios:
a) Interés general: servirán con objetividad a los intereses generales.
b) Integridad: actuarán con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflictos de intereses.
c) Objetividad: adoptarán sus decisiones al margen de cualquier factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares, o cualesquiera otras que puedan estar en colisión con este principio.
d) Transparencia y responsabilidad: adoptarán sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción.
e) Austeridad: gestionarán los recursos públicos con eficiencia y racionalizando el gasto

[299] Y es que la LTGB, en su artículo 26 establece como principios de buen gobierno, más bien creo que deberían denominarse reglas de actuación, los siguientes principios generales:

1. Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general.
2. Ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios.
3. Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.
4. Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.
5. Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.
6. Mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección.
7. Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente.

Y los siguientes principios de actuación:

1. Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses.
2. Guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.
3. Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.
4. Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones.
5. No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad.
6. No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.
7. Desempeñarán sus funciones con transparencia.
8. Gestionarán, protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación.
9. No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.

ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, se entiende que forman parte de él, porque sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares o recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Sirven, debemos añadir, como base para promulgar nuevas normas jurídicas, para integrar las lagunas legales, interpretar las distintas normas jurídicas y para informar en su conjunto a la totalidad del ordenamiento jurídico. Suelen referirse a aspiraciones naturales, ideales de justicia, convicciones sociales, económicas, culturales, éticas, morales y políticas, y se configuran como los pilares y la base de todo el sistema normativo y del sistema jurídico[300].

Entrando ya en el objeto de este apartado debemos partir, en primer lugar, de los principios de buen gobierno y buena administración que, como sabemos, son ya una realidad práctica y un derecho exigible por parte de los ciudadanos. De estos principios se derivan, en el seno del estudio de los cargos públicos, determinadas obligaciones que afectan directamente a su régimen jurídico, algunas de ellas de carácter constitucional.

Principios que se ven complementados por otros tras la Constitución y la entrada en vigor de algunas normas legales, tanto a nivel estatal como autonómico, como pueden ser el principio de transparencia, el servicio objetivo a los intereses generales, el desempeño de sus funciones con integridad, absteniéndose por tanto de incurrir en conflictos de intereses, la objetividad e imparcialidad, la responsabilidad y la austeridad. Todos ellos íntimamente vinculados, entrelazados y relacionados entre sí.

En efecto, los principios de buen gobierno y buena administración exigen como punto de partida el deber de servicio al interés general por parte de los poderes públicos. En nuestra Constitución este deber se concreta tanto en el Preámbulo, como en el artículo 1.1, 9.3, 31.2 y 103.1[301]. Según reza este último artículo de nuestro texto constitucional la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales. Por su parte, el artículo 103.3 señala que "la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos... y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". De lo que puede concluirse que los principios de neutralidad, imparcialidad, objetividad y transparencia deben presidir toda la actividad administrativa. Esto se traduce en el establecimiento de una serie de límites al ejercicio del poder público. Por tanto, no solo los poderes públicos deben perseguir el interés general, sino que deben hacerlo con objetividad. Esto último es importante pues, lo que no es objetivo y no es imparcial, es arbitrario (ilegítimo) y no es discrecional (legítimo)[302]. En este sentido, RODRÍGUEZ-ARANA señala que "la

[300] Como destaca GONZÁLEZ-VARAS "en la práctica ante los tribunales o juzgados a veces hay que traducir en principios los distintos argumentos para que los órganos jurisdiccionales acepten nuestros derechos y argumentos. Estamos ante una doctrina en principio clásica, pero de necesaria renovación, y de hecho así lo corroboran estudios recientes que hacen ver la virtualidad de esta apuesta por el debido control judicial sobre la Administración y las garantías de los ciudadanos. GONZÁLEZ-VARAS, S. (2016): "Por referencia a los artículos 3 y 4 de la LRJSP: principios generales del derecho administrativo". *Actualidad Administrativa*, núm. 12.

[301] Así, el Preámbulo de la Constitución española establece que la Nación Española proclama su voluntad de: "promover el bien de cuantos la integran"; el artículo 1.1 se refiere a la confianza ciudadana al establecer a nuestro Estado como "democrático"; el artículo 9.3 propugna, entre otros, los principios de legalidad, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; el art. 31.2 se refiere a los principios de economía y eficiencia y el artículo 103.1 se ocupa de los principios de objetividad, coordinación y eficacia.

[302] Como señala PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 15, "cabe concluir que los Gobiernos al desarrollar su función de gobierno tienen, pues, obligaciones jurídicas de no vulnerar principios constitucionales, de cumplir los deberes en positivo que se derivan (racionalidad, justificación, igualdad [material], persecución del interés

dimensión ética incorpora un componente esencial a la buena administración: el servicio objetivo al interés que ha de caracterizar, siempre y en todo caso, la acción administrativa y la impronta directiva de los responsables"[303].

Al principio de buen gobierno ya dedicamos en el capítulo anterior distintas reflexiones, es preciso ahora, y en lo que afecta a la buena administración, completar dichas consideraciones dado que, como apuntó en su día PAREJO ALFONSO, el gobierno en nuestro sistema constitucional aparece también investido como órgano supremo de la Administración[304]. Y es que estos dos principios, íntimamente relacionados, han sido recogidos en nuestro ordenamiento en la LTBG[305]. Respecto al buen gobierno, la idea central de la norma es que los responsables públicos deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta[306]. Y esa ejemplaridad se traduce en transparencia, plena dedicación e imparcialidad, cumplimiento de incompatibilidades, buena gestión económica, y sujeción

general, generación de alternativas, selección de la menos restrictiva para los derechos de los ciudadanos, balance costes-beneficios, eficiencia, economía, equidad), de no vulnerar los principios legales, de persecución del interés general con objetividad (permite controlar con la técnica de desviación de poder así como con el subprincipio de adecuación del principio de proporcionalidad, etc.), de cumplir los deberes en positivo que se derivan (ej. actuación diligente, prevista en la jurisprudencia y en Ley estatal 19/2013 y legislación autonómica), de respetar los elementos reglados y los derechos fundamentales (como explicita art. 2 LJCA)".

[303] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2013): "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, p. 29.

[304] Y es que utilizados de forma indistinta es preciso diferenciar ambos principios. CASTILLO BLANCO, F.A. (2015): "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, p. 143 ha expuesto al respecto que es preciso tener en cuenta tres factores:

"a) En primer lugar, que nuestra Constitución delimita, con cierta claridad, al Gobierno y a la Administración (artículo 97 y 103) dotándolos de un Estatuto distinto dentro del cual deben ser entendidos ambos conceptos, sin perjuicio, claro está de la relevancia de los textos internacionales, y especialmente los comunitarios, en la materia.

b) Los contenidos del buen gobierno, efectivamente, no son todos necesariamente derechos de la ciudadanía ni por ello justiciables. Suponen, más bien, en cuanto a su naturaleza principios generales de actuación de los poderes públicos. A sensu contrario, la actividad de la Administración y la del propio Gobierno cuando actúa como cúspide de ésta, la buena administración, es y ha de serlo, prácticamente en su totalidad, plenamente justiciable.

c) Pueden, y creo que deben, ser perfectamente delimitados a fin de evitar, como en cierta medida está sucediendo, su confusión y utilización indiscriminada. Y a este respecto no estaría de más deslindar otros conceptos que como el gobierno abierto, la transparencia y algunos otros no son sino manifestaciones de éstos".

[305] Si bien, hay que destacar que estos principios ya podíamos encontrarlos en la Constitución de Cádiz de 1812 que señalaba en su Preámbulo que "las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española (…) decretan la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado".

[306]Bien es cierto que ello puede, en algunos supuestos, ser una fuente de problemas. El Consejo de Estado en su Dictamen 707/2012, de 19 de julio en relación a la propuesta de texto normativo sobre transparencia y buen gobierno, y sin perjuicio de reconocer que la Ley constituye igualmente un avance de extraordinaria importancia, al incorporar a una norma con rango de ley reglas hasta ahora enunciadas como principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica, estableciendo además un régimen sancionador al que habrán de someterse todos los responsables públicos, ya advirtió que "(...) la traslación al ámbito jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática (...) la observancia de las normas morales o éticas descansa más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza de repulsa social que su incumplimiento pueda conllevar". El Consejo de Estado pone el ejemplo del artículo 23.2 del anteproyecto, que no sanciona propiamente el incumplimiento, pero sí se configura como una guía para la aplicación, indicando que ello puede perturbar gravemente la seguridad jurídica. Sigue diciendo, además, que, aunque se respetan por lo general los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad de las infracciones y sanciones, en algunos casos específicos la regulación se compadece mal con el alcance de aquellos principios.

plena al ordenamiento jurídico. Haciendo especial hincapié en el cumplimiento de las normas sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y en la no obtención de ventajas por el hecho de ocupar el alto cargo o el cargo público[307].

Desde el punto de vista de la buena administración es necesario reseñar que este principio aparece como un Derecho Fundamental en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[308]. Debe destacarse, asimismo, que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE pasó a ser jurídicamente vinculante, por lo que, a nuestro juicio y a pesar de que existen opiniones discrepantes, cabe hablar de un verdadero derecho subjetivo[309] y, al respecto, coincido

[307] Necesariamente es de referencia, en este concreto punto, el trabajo de DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2014): "Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflicto de intereses", en el volumen colectivo *Transparencia, Acceso a la Información y Buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (coord. por GICHOT. E.), Tecnos, Madrid.

[308] La mayoría de los autores que han analizado la buena administración señalan a la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de marzo de 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas como la señal de salida para el reconocimiento del derecho a la buena administración en el ámbito comunitario. Por su parte, el libro Blanco sobre la reforma administrativa adoptado por la Comisión Europea el 1 de marzo de 2000 destaca los principios fundamentales que deben regir una Administración pública europea centrada en el servicio, la independencia, la responsabilidad, la eficacia y la transparencia, y que ha tenido su plasmación concreta en el Código de buena conducta administrativa al que más adelante aludiremos.
El proyecto de Constitución europea incorporó en su parte segunda, dedicada a los derechos fundamentales, el principio de buena administración (artículo II.41) que se manifestaba, en lo esencial en dicho texto, en que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a que sus asuntos se traten de forma imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable. Dicho derecho integraba, a su vez, singularmente -aunque no exclusivamente ya que dejaba abierto la posibilidad de otras manifestaciones del mismo- los siguientes aspectos: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho a toda persona a acceder al expediente que se refiera al mismo, dentro del respeto de los intereses legítimos de confidencialidad y del secreto profesional y comercial; y, por último, la obligación que incumbe a cada Administración de motivar sus decisiones. Y se completaba el mismo con el derecho a la reparación por los daños causados por sus instituciones y agentes en el ejercicio de sus funciones y el derecho de las personas a dirigirse a las instituciones comunitarias en una de las lenguas de la Constitución y recibir una contestación en esa misma lengua.

[309] En torno a este punto ha habido opiniones discrepantes en la doctrina. Por una parte, TOMÁS MALLÉN, B. (2004): *El derecho fundamental a una buena administración,* Madrid, INAP, pp. 41 y ss. ha mantenido que más que un nuevo derecho nos encontramos frente a una garantía de la ciudadanía para la realización de los "viejos derechos. Por otro lado, CARRILLO DONAIRE, J.A. (2010): "Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?", en SANTAMARÍA PASTOR (dir.) *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1137-1165, se ha preguntado por su naturaleza en relación a su exigibilidad judicial. Con posterioridad, del mismo autor, "Artículo 31. Buena Administración", *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía* (Coord. CRUZ VILLALÓN, P. y FERNÁNDEZ GUERRERO, M.), Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, p. 504, donde señala que: "la virtualidad del concepto y su operatividad práctica pasan por resolver un problema jurídico que la «buena administración» arrastra en su propia genética y se agrava al recorrer su genealogía: el de cuál sea su naturaleza jurídica. Ciertamente, la idea de buena administración aparece hoy pomposamente amasada bajo la veste del «derecho subjetivo», y hasta «fundamental» en los textos que le dan vida normativa (entre los que se encuentra el art. 31 del Estatuto que es objeto de comentario). No obstante, la morfología multifacética y evanescente de este «derecho» nos hace dudar de cuál sea su verdadera naturaleza jurídica, si la de un principio informador, la de un mandato-deber o la de un verdadero derecho subjetivo. Una vez más hay que recordar que la naturaleza de los conceptos jurídicos, o juridificados –que adquieren relevancia y significación jurídica–, no es ni mucho menos una cuestión retórica. Ni tampoco es –pese a lo que muchas veces se piensa– sólo una cuestión teórica, de esas que tediosamente se reciben por el público en general (de forma muy equivocada) como poco relevantes para resolver problemas cotidianos. La naturaleza jurídica es un *prius* necesario para conocer el comportamiento práctico de las instituciones jurídicas, su régimen de validez y de eficacia y su justiciabilidad. Y en relación con la buena administración, ese *prius* es el verdadero *punctum saliens* de la cuestión, porque, junto a facultades claramente jurídicas, el «derecho»

con CASTILLO BLANCO, entre otros, que mantiene que "lo cierto es que la evolución de los derechos responde también, aunque no solo, a la conversión y desarrollo de los principios generales en derechos subjetivos de la ciudadanía. De mandatos de actuación a poderes ciudadanos. Y, desde mi punto de vista, la buena administración, aún con contornos indefinidos e inciertos (¿qué derecho en proceso de evolución no lo es?), está inmersa en ese proceso de decantación y evolución que, además, estimo que tiene un enorme recorrido. Iniciado en su reconocimiento como derecho, y no solo como principio, en los textos comunitarios y en los Estatutos de Autonomía de segunda generación, pero que se va decantando a través de las distintas normas promulgadas en la última década y en los que la misión de la doctrina científica será aportar el necesario rigor en la delimitación de éstos"[310]. Y efectivamente, y a la vista de los textos legales aprobados en los últimos años, podemos comprobar cómo dicha opinión va progresivamente corroborándose.

Un posterior desarrollo del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se ha ido gestando a instancias de la labor del Defensor del Pueblo europeo a través de sus sucesivos informes anuales, y ha tenido su expresión más palpable en el Código de Buena Conducta Administrativa[311], dirigido a las instituciones y órganos de la Unión Europea[312]. De esta forma, en primer término por la Comisión y posteriormente por el Parlamento Europeo, se ha aprobado un Código de Buena Conducta Administrativa, que con una enumeración extensa de las consecuencias del citado principio de buna administración va más allá de las establecidas en la Carta Europea de Derechos Fundamentales y en el fallido Proyecto de Constitución y que implican, por ello, la profundización del contenido de ese concepto extendiéndolo al establecimiento de determinados principios como eje de la actuación administrativa (legalidad, coherencia, proporcionalidad y no discriminación e igualdad de trato). Reconociendo el principio de protección de las legítimas expectativas de los ciudadanos, y recogiendo previsiones sobre la calidad de los servicios públicos, sobre trámites procedimentales en garantía de los ciudadanos (presentación de solicitudes, contestación a las solicitudes o determinadas previsiones relacionadas con los recursos), obligaciones de comportamiento del personal al frente de los distintas unidades administrativas (atención al público, tratamiento telefónico o de respuesta a través de correo electrónico), etc....

Por su parte, y en cuanto a la labor de los órganos jurisdiccionales comunitarios, las consecuencias derivadas del principio de buena administración fueron acogidas de forma

---

a una buena administración presenta otras variadas facetas, de índole programática y deontológica, que parecen «rebajar» su perfil acercándolo más a la idea del principio informador o a la del mandato que a la del derecho subjetivo pleno". En mi opinión y, en cualquier caso, derecho, garantía o derecho-garantía, responden a una nueva sensibilidad y representan un nuevo impulso, creo que decisivo, a las aspiraciones de reforma y cambio de la Administración pública y a la consideración de la ciudadanía con un nuevo status frente al actuar de las Administraciones públicas y las exigencias que le son debidas".

[310] CASTILLO BLANCO, F.A. (2015): "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, p. 144.

[311] Este Código consta de 27 artículos y la Resolución que lo aprueba, que puede ser más relevante, invita a la Comisión Europea a presentar una propuesta de reglamento que lo incluya. Este Código, como ha sido subrayado por distintos autores, puede ser el primer paso de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo, sin perjuicio de las salvedades que se hacen en la nota siguiente.

[312] Resulta relevante señalar que este tipo de disposiciones, con la importancia que sin duda tienen, no tienen valor vinculante o al menos éste puede ser calificado de baja intensidad, al contar muchas de sus disposiciones con un carácter pedagógico que se expresa sobre todo en las referidas a las obligaciones éticas y de conducta del personal.

temprana en diversas sentencias del TJUE[313] que manifiestan en suma el deber de la Administración de desarrollar su actividad, la función administrativa, teniendo en cuenta todos los intereses implicados, clarificando las distintas cuestiones que se plantean, motivando adecuadamente sus decisiones y adoptando, entre las diversas soluciones posibles, la más adecuada, es decir, la de mayor calidad, para el interés general[314].

Como señala RODRÍGUEZ-ARANA, "la buena Administración pública aspira a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales"[315]. Asimismo, este autor destaca, junto a HERCE MAZA, que podemos hablar de buena administración cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- el reconocimiento del protagonismo y centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico,
- aproximación a las condiciones objetivas de la realidad,
- el empleo de la metodología del entendimiento,
- la promoción de la participación,
- la vinculación ética,
- el compromiso con la innovación y la sensibilidad social[316].

Realmente, estos principios ya existían en nuestro ordenamiento, sin embargo, ciertamente, con esta norma se han ido sistematizando y se ha puesto de relieve con más énfasis cuál debe ser el contenido primordial de la conducta de los responsables públicos, teniendo en cuenta que el conjunto de todos ellos les hace ganar y afianzarse en legitimidad que hoy, como bien sabemos tras estos últimos años, no es el simple resultado de ganar unas elecciones, sino que por el contrario implica algo más. Por ello en las siguientes líneas nos referiremos a determinadas manifestaciones específicas de éstos macro principios que fundamentan el régimen de responsabilidad de los cargos públicos.

1.3.1 Principio de Eficacia.

Las Administraciones públicas, y hoy lo sabemos más que nunca tras la crisis pandémica acontecida en nuestra sociedad, no trabajan en entornos estables en los cuales es fácil predecir las respuestas, los requerimientos, las demandas sociales, etc., sino que, por el contrario, se enfrentan a lo que se denomina "entornos de incertidumbre" (tiempos VUCA[317]) que, además de lo anterior, se producen en escenarios distintos a los conocidos hasta ahora por diversas razones: inviabilidad de un crecimiento progresivo e ilimitado del sector público mediante el endeudamiento continuo y el aumento de la presión fiscal; la ruptura que la digitalización supone respecto de las formas de hacer y concebir la

[313] Pueden verse, entre otras, las SSTJUE de 7 de julio de 1977, Asunto 43/74; Sentencia de 5 de mayo de 1983, Asunto 207/81; Sentencia 23 de octubre de 1986, Asunto 321/85; Sentencia de 6 de noviembre de 1990, Asunto C-354/87; Sentencia de 30 de abril de 1996, Asunto C-58/94.

[314] Es importante señalar que el reconocimiento como principio de la buena administración por los tribunales europeos reviste singular importancia, que sobrepasa al reconocimiento en textos normativos, en la medida en que los principios, y no así las disposiciones expresas, se dirigen a las instituciones de la Unión, pero también, y aquí radica la importancia, a los Estados miembros en cuanto aplican Derecho de la Unión con lo que el trasvase de éstos a los ordenamientos nacionales está asegurado.

[315] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2013): "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, p. 21.

[316] RODRÍGUEZ-ARANA, J y HERCE MAZA, J.I (2019) "La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato", núm. extraordinario *GABILEX*.

[317] El acrónimo hace referencia a los conceptos Volatilidad, Incertidumbre, Complejidad y Ambigüedad que presiden, en la actualidad, el actuar de instituciones públicas y privadas.

actividad de gobierno y administrativa; la aparición de cuestiones nuevas que, como el cambio climático, desbordan la agenda política, la internacionalización e interdependencia entre países y territorios; el propio cuestionamiento del Estado por la sociedad, con una presencia más activa de los actores sociales que tiende a diluir cada vez más las fronteras entre lo público y lo privado y que resulta determinante para que aquél sólo se justifique en la medida en que sea eficiente, etc.

Todos esos procesos de cambio, externos e internos, han obligado a los gobiernos a plantearse la transformación de los sistemas de Administración pública. El reto es evidente: se trata de adecuar nuestras Administraciones a una nueva situación que se caracteriza por la incertidumbre del futuro, la diversificación de las demandas y la existencia de menores recursos económicos[318].

En estos escenarios, y si bien es cierto que, a lo largo del pasado siglo, se hizo un especial énfasis en el incremento de la eficiencia del sector público[319], esa exigencia sigue estando plenamente vigente. Y, de esta forma, prácticamente todas las propuestas de reformas estructurales de la Administración desde principios de este siglo han partido de la premisa de que una organización capaz y un proceso de toma de decisiones eficiente era esencial

[318] Muy clarificador resulta leer el diagnóstico de la situación, realizado hace ya tres décadas pero que mantiene su vigencia, que puede encontrarse en el magnífico volumen de PAREJO ALFONSO, L. (1991): *Crisis y Renovación del Derecho Público*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 17 y ss. y en el que el autor expone la necesidad de hacer un replanteamiento del Derecho administrativo ya que "las nuevas exigencias a las que se enfrenta el Estado globalmente transcienden preferentemente a la Administración como instrumento primario de éste en la acción de configuración e integración sociales. Desde este punto de vista, constituye ya una tópica comprobación destacada recientemente por H. FABER, el progresivo vencimiento de la acción administrativa -en detrimento no ya sólo de la acción autoritaria y coactiva, sino también de la prestacional consensuada- del lado de la planificación, la previsión, la organización, la coordinación y la ponderación, priorización y armonización de necesidades, intereses y objetivos, en una evolución que tiende a hacer de las Administración la infraestructura garantizadora de la vida social, con paralela pérdida de importancia relativa de las aludidas intervenciones de corte más tradicional en la actividad de los ciudadanos. Semejante cambio en la economía interna de las formas de la acción administrativa no es sino consecuencia lógica de la transformación experimentada por las funciones y tareas, así como las estructuras del sector público". Asimismo SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*, Edit. Tecnos, Madrid, aclara que, en consecuencia, "...dada la posición constitucional que la Administración tiene asignada al servicio de la sociedad, para la que es insustituible por sus propias características, el *leit motiv* del derecho administrativo no puede limitarse a la defensa a ultranza de los intereses individuales (de personas, grupos, sociedades o entidades privadas, mas o menos poderosas o desvalidas) frente a la Administración. Tan importante como este cometido es el de asegurar los medios organizativos y funcionales precisos (y las garantías jurídicas de organización y funcionamiento necesarias) para que la Administración pueda gestionar con corrección y eficacia los intereses comunes que la sociedad le confía. Pues tan nocivo para ésta -para la sociedad, para los ciudadanos- es el autoritarismo administrativo, el abuso de poder o la falta de garantías individuales como la impotencia, la parálisis y la ineficacia de la Administración".

[319] Y ese debate ha tenido, también, su repercusión en nuestra doctrina científica. Por todos, pueden verse los trabajos de ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1994): "Los retos dogmáticos del principio de eficacia", *Revista de Administración Pública*, núm. 133; LAVILLA RUBIRA, J.J. (1995): "Voz eficacia", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Ed. Cívitas; PAREJO ALFONSO, L. (1989): "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública", en *Documentación Administrativa*, núm. 218/219 (todo el número dedicado a este principio), y del mismo autor, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, Ed. MAP/BOE, 1995.
También la ha tenido en el ámbito de la Ciencia Política y de la Administración de la que, por todos, señalaremos el trabajo de BOIX, C. (1994): "Hacia una Administración pública eficaz: modelo institucional y cultura profesional en la prestación de los servicios públicos", *GAPP*, núm 1.

para conseguir una Administración receptiva, eficaz e innovadora[320]. Para una buena Administración.

En cualquier caso, ese conjunto de circunstancias a las que nos referíamos más atrás van a ser determinantes para que nuestro sistema administrativo sufriese un importante cambio pasando a constituirse en una constelación de organizaciones públicas, a modo de gobierno multinivel, garantes de derechos[321], prestadoras de servicios y suministradoras de bienes que abandonaban su mimetización con la tradicional esfera de la mera actividad de policía que hasta entonces había caracterizado a la Administración pública española[322], y que buscaban, también, en nuevos paradigmas lo que se ha calificado como un cierto déficit de legitimación de nuestras Administraciones públicas[323].

Estos cambios han exigido, junto al reconocimiento de nuevos derechos a la ciudadanía y la corresponsabilidad en su prestación por las distintas Administraciones públicas, una reflexión hacia el interior de nuestras organizaciones públicas, analizando los procedimientos de decisión, el modo y manera en que éstas se organizan, los recursos de que disponen y a la respuesta que debe dar el ordenamiento al regular su régimen de actuación[324].

---

[320] ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1996): "La modernización de las Administraciones públicas" *GAPP*, núm. 5 y 6.

[321] SCHMIDT-ASSMANN, E. (2007): en el libro colectivo *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global, p. 96, habla de que es preciso pasar de un Derecho Administrativo de la prestación a un Derecho Administrativo de la garantía de la prestación –con independencia de que se utilicen fórmulas jurídico-privadas o públicas- y añade más adelante que "El Derecho Administrativo del futuro seguirá siendo un Derecho de la Administración ordenadora, prestadora, directora y planificadora, pero será, además, un Derecho de la Administración garante del resultado". Y este Derecho garantizador ha de resolver, en opinión de este autor, entre otras una cuestión: el establecimiento de instrumentos que aseguren la calidad y los resultados en la prestación privada de los servicios.

[322] En este sentido, el Informe de la OCDE (1991): *La Administración al Servicio del Público*, publicado por el MAP, p. 33 señalaba para la década de los ochenta que "La proliferación de la Administración y su penetración en la vida de los ciudadanos significa que estos se han hecho cada vez más dependientes de ella. Además de las actividades de reglamentación que son competencia de los poderes públicos y cuyos efectos son difíciles de cuantificar, los clientes cuentan cada vez más con los servicios que presta la Administración y con las transferencias. En 1981, por ejemplo, en los Países Bajos y en Suecia cerca del 40% de la renta bruta de las familias procedía directamente del sector público. Estos países se encuentran en cabeza, pero en el otro extremo la proporción sigue siendo importante: en Australia y Portugal, por ejemplo, la cifra rondaba el 20%. como es lógico, en cada país esta dependencia varía en función de los niveles de renta. En 1.981, por ejemplo, en el Reino Unido, las transferencias, sumadas a las ayudas (para viajes, vivienda, etc.), y a las prestaciones de servicios (enseñanza, salud, etc.), ascendían a un 99.7% de la renta neta sin gravar que define el decil inferior.

Ahora bien, los particulares no son los únicos que se encuentran en esta situación. La industria depende cada vez más de las dotaciones, las subvenciones, los contratos públicos, la investigación y desarrollo, la reglamentación en materia de competencia y las disposiciones fiscales. Siendo el Estado el principal productor de equipos de infraestructura y de determinados bienes intermedios...".

[323] A este respecto, véase el trabajo de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (1997): "Análisis global sobre la reforma administrativa", *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, que subraya la necesidad de buscar nuevos mecanismos de legitimación a propósito de la aprobación de la LOFAGE y las distintas iniciativas, en ese momento, en marcha.

[324] Por solo poner un ejemplo, ya en la segunda mitad del siglo, BLAU y MEYER expresaban la opinión dominante como sigue: "los valores democráticos exigen no sólo que los objetivos sociales se determinen por decisión mayoritaria, sino también que se articulen a través de los métodos disponibles más eficaces —o sea, estableciendo organizaciones dirigidas burocrática en vez de democráticamente". BLAU y MEYER (1988): *Bureaucracy in Mondern Society*, Random House, USA.

Los movimientos en torno a la denominada "nueva gestión pública" y la denominada gobernanza democrática, y en último término, la búsqueda de la eficacia en la prestación de los servicios públicos y del mejor gobierno y administración[325], ha determinado un renovado interés del Derecho público por estos distintos aspectos y su influencia en las instituciones públicas[326].

Ciertamente, estas nuevas preocupaciones surgidas muy especialmente en el último tercio del siglo XX han tenido en la eficiencia económica una de las claves de su explicación. Y es que, en último término, los gobiernos occidentales han reconocido el especial vínculo que existe entre el sector público y la economía nacional y, al respecto, la propia OCDE subrayó en su Informe *Public Management Development Survey* que la competitividad de la economía depende en gran medida de la eficacia de la Administración pública[327]. Como se ha puesto de relieve en algunos Informes realizados ya hace años en el marco de una Europa integrada "los Estados que respondan con mayor diligencia y eficacia a la efectiva implementación de la normativa comunitaria serán aquellos que atesorarán una mayor fiabilidad y ofrecerán mayores certezas en los intercambios internacionales"[328]. Bien es cierto que tampoco cabe olvidar que esta nueva sensibilidad sobre la actuación de la Administración pública no encuentra solo ni exclusivamente la clave de su explicación en términos económicos, sino que, asimismo, la revitalización de los derechos de la ciudadanía y el denominado "republicanismo cívico" han sido también una importante vía para potenciar la plena vigencia de este principio[329].

---

[325] PAREJO ALFONSO, L. (2000): "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos" en el volumen colectivo *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, quien indica, en las conclusiones de su trabajo lo siguiente:

1.ª La eficacia que, como principio jurídico de la actuación y, por tanto, de la organización y el funcionamiento de la Administración pública (de cada una de ellas y de su conjunto como sistema), consagra el artículo 103.1 CE:

a) Tiene un contenido propio, que no se confunde con y es más amplio que el de la legalidad, no entra en contradicción con éste y lo presupone (pues sólo la Administración legal puede ser eficaz, ya que su actuación objetiva y conforme al Derecho puede, constitucionalmente, realizar eficazmente el interés general.

b) Implica necesariamente un específico control, por el resultado, del poder público administrativo, es decir, de su actuación, que forma parte del complejo sistema de control del Estado que diseña la Constitución. Y, por ello mismo, exige la fijación de: 1) los pertinentes criterios o medidas de valoración; 2) el o los procedimientos para la aplicación de éstos; y 3) la o las correspondientes competencias para la formulación del juicio y la adopción de las medidas que procedan.

2.ª La calidad total, surgida primero en el campo de la eficacia privada, es, como método, extrapolable al propio de la eficacia administrativa y para hacer operativo el control que ésta, como principio jurídico constitucional, la presupone. Su flexibilidad y sus características, más formales que las de otros métodos de valoración de la eficacia, la hacen, además, especialmente idónea para erigirse en método general de evaluación de la eficacia administrativa, precisamente porque su misma aplicación comporta la elaboración de unos criterios, medidas o estándares y unos procedimientos de valoración específicos de las (distintas) actividades administrativas y las organizaciones que las desarrollan, así como la generalización u objetivación de unos y otros (al menos para grupos homogéneos o «comparables» de actividades y organizaciones) y su permanente actualización.

[326] Puede consultarse, en torno a este punto, el trabajo de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2006): *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*., Navarra, Thompson-Aranzadi.

[327] Informe de la OCDE *Public Management Development Survey* (1990) OCDE, París.

[328] *Informe España 1997: una interpretación de su realidad social*, Madrid, Fundación Encuentro, 1998, p. 275.

[329]La OCDE en su Informe *Governance in Transition. Public Managements Reforms in OCDE Countries* (1995), París, ya puso de relieve la necesidad de orientar nuestras Administraciones a los resultados y propone, para ello, determinadas tareas: devolver autoridad, otorgar flexibilidad; asegurar el desempeño, el

Pues bien, dichas ideas han tenido una manifestación clara e, inclusive expresa, en las normas llamadas a presidir el actuar de los cargos públicos. En las que el principio de eficacia ha sido y es una constante implícita o expresa que se encarga de subrayar este aspecto sustancial de la actuación de los altos cargos como no podía ser de otra forma, dado lo explícito de nuestro texto constitucional[330]. Y lo hacen en relación a la dedicación exclusiva al cargo, y sus manifestaciones en materia de incompatibilidades, de la que en el siguiente capítulo nos ocuparemos, así como en relación a los principios que han de regir su actuación.

3.2.2 Principio de Objetividad, imparcialidad y neutralidad.

Primeramente, y antes de todo, es necesario hacer una diferenciación respecto a estos tres principios que parecen incluir contenidos bastante similares pero que, en conjunto, son esenciales para la calidad democrática[331]. Y es que, profundizando en lo ya expuesto en el capítulo primero, habría que preguntarse si son sinónimos los principios de neutralidad[332], objetividad e imparcialidad como certeramente ha puesto de relieve

control y la responsabilidad; desarrollar la competencia y la elección, proveer servicios adecuados y amigables para los ciudadanos; mejorar la gerencia de los recursos humanos; explotar la tecnología de la información, mejorar la calidad de la regulación; y, por último, fortalecer las funciones de gobierno.

[330] Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en el artículo 5 de la Ley 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración de Cantabria., que en los principios de actuación de los cargos públicos incluidos en su ámbito de aplicación recoge de forma implícita aquellos a los que queda sometida la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Y, de forma expresa, puede citarse el artículo 26 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura que señala que: "De acuerdo con los principios rectores señalados en esta ley, la profesionalidad, competencia y plena dedicación vertebrarán el ejercicio de las funciones públicas que están al servicio de los intereses generales que con objetividad, imparcialidad y eficacia deben ser satisfechos por los titulares de los órganos superiores de la Administración Pública y sus entes dependientes". Inclusive a dicho principio se anudan una serie de incompatibilidades como es el caso del artículo 9 de la Ley 5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política de Murcia.

[331] Así lo resalta VILLORIA MENDIETA, M. (2018): "La transparencia, la imparcialidad y la calidad democrática", *Dilemata*, núm. 27, que expone que "la imparcialidad es la clave de la calidad gubernamental, entendiendo por tal una forma de actuación que no es alterada por cierto tipo de consideraciones como las relaciones privilegiadas o las preferencias personales. En suma, es tratar a la gente igual, con independencia de las relaciones especiales y de las preferencias y simpatías personales, de ahí que un buen funcionario no tome en consideración del ciudadano implicado en el procedimiento nada que no esté previamente estipulado en la norma (Rothstein y Teorell, 2008)". De esta forma, concluye el referido autor que "La Administración imparcial contribuye a reducir la pobreza, pero además contribuye a incrementar la confianza institucional e intersubjetiva".

[332] A este principio se refiere la STS de 15 de marzo de 2021 (rec. 346/2019 FJ 9) respecto de los lazos amarillos como símbolo partidista, en la que se recuerda la jurisprudencia sobre la neutralidad de las instituciones como principio básico de nuestro ordenamiento que se encuentra declarada en los arts. 9.3. y 103.1 CE. Así se menciona también en las SSTS de 19 de noviembre de 2014, recurso 288/2012 (denuncia de la campaña institucional denominada "una reforma para el empleo"), de 28 de abril de 2016, recurso 827/2015 (bandera estelada), de 18 de junio de 2014, recurso 555/2012 (prohibición de campaña institucional de incentivación del voto)

La referida STS de 15 de marzo de 2021 hace hincapié en subrayar que el principio de neutralidad institucional en el funcionamiento de la Administración (art. 103.1 CE) es un principio elemental que debe regir en todo momento la actuación de los altos cargos que la dirigen por tratarse de un postulado clave de nuestra arquitectura constitucional; y, además: porque se encuentra conectado con diferentes mandatos de la Constitución -singularmente, con la interdicción de la arbitrariedad que establece su art, 9.3-; y, con respecto al caso que nos ocupa, porque: "Tal exigencia de neutralidad se agudiza en los períodos electorales", como ha reiterado la STS 477/2020, de 28 de septiembre (Sala de lo Penal).

GARCÍA COSTA[333] y parte de la doctrina que los califica como *cuasi* sinónimos. De esta forma MORELL OCAÑA destaca que "la objetividad puede quedar colocada en una serie de expresiones que forman, todas ellas, un conjunto de nociones alotrópicas. Como pueden ser las expresiones de neutralidad, imparcialidad, independencia..."[334]. También la propia jurisprudencia ha realizado una labor de asimilación entre estos conceptos. Así, la STS 3768/1988**,** de 19 de mayo de 1988 señala que "la característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a la imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no criterios subjetivos".

Por su parte, en el Derecho positivo, encontramos concordancias entre estos conceptos en el TREBEP y en la LBRL. El artículo 53.2 del TREBEP señala que la actuación de los funcionarios públicos "perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio" y, de otro lado, el artículo 92.3 de la LBRL señala que "son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

Sin embargo, conviene hacer algunas precisiones sobre el significado de estos principios, pues la realidad es que existen algunas diferencias conceptuales, aun cuando se se trate, valga lo irreal de la expresión, de tres caras de una misma moneda. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR sí que ha realizado una labor de diferenciación respecto a los conceptos a los que nos referimos. Así, para el citado autor *la neutralidad* sería "una mera consecuencia del principio de subordinación al poder de dirección del Gobierno. No forma parte de los principios de objetividad e imparcialidad, sino un mero presupuesto necesario de los mismos". Por su parte, *la objetividad* exigiría "la concurrencia de un doble requisito: primero, que la actividad pública sea fiel a los fines que el ordenamiento atribuye a la potestad concreta que se ejerce [...], y segundo, que la actividad se desarrolle mediante una exacta ponderación de todos los intereses en juego que la Ley ordena

[333] GARCÍA COSTA F. M. (2013): "Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad". *Documentación Administrativa*, núm. 289, pp. 21-42.

[334] MORELL OCAÑA, L. (2001): "La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, julio-septiembre, p. 357. En sentido parecido se expresa RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2014): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Comares, Granada, p. 44-45, al señalar que la objetividad "es un principio básico porque, en efecto, frente a la subjetividad propia del ejercicio del poder en el Antiguo Régimen, la democracia trae consigo el principio de legalidad, de forma y manera que las potestades públicas requieren de una previa habilitación legislativa, lo que permite un ejercicio del poder sometido a ciertos cánones que garanticen una razonable objetividad. Como principio que se proyecta sobre el gobernante o alto funcionario, la objetividad requiere motivar las decisiones, atender a los informes preceptivos, pensar en la realidad y tener bien presente el carácter central de la persona en el sistema político y administrativo". Por su parte, el referido autor destaca que la neutralidad haría referencia "a un valor especifico de la función pública que se deduce de la objetividad. Es decir, en la actuación cotidiana, los miembros del gobierno y los altos cargos han de actuar desde parámetros no partidarios". Finalmente, en cuanto a la imparcialidad, indica que "tiene mucho que ver con la objetividad y la neutralidad puesto que supone la contemplación de lo común, de lo general, de lo público, desde una perspectiva de integración, de equilibrio, libre de pretensiones y de visiones parciales de la realidad".

proteger en cada caso". Finalmente, el autor entiende por *imparcialidad* "el deber de cada servidor público de actuar en la forma antes indicada, que se manifiesta, ante todo, en la prohibición de otorgar preferencias o disfavores, a unas u otras personas, que no se amparen en normas concretas o en directivas legítimamente dictadas por el Parlamento o el poder ejecutivo"[335].

Agradeciendo al citado autor la claridad y el rigor de la delimitación conceptual, consideramos que la neutralidad o la imparcialidad son reglas que hacen posible el principio de objetividad[336], pero no sólo eso. A la neutralidad o a la imparcialidad es preciso añadir otras vertientes que, como la transparencia o la integridad, hacen efectivos dichos principios[337]. De esta forma, el derecho a una buena administración y a un buen gobierno, tienen una manifestación expresa en los denominados conflictos de interés[338], cuyo concepto va más allá de las incompatibilidades[339]. Como ha indicado la STS de 29 de enero de 2018 (rec. 40/2017) la finalidad perseguida con el régimen de incompatibilidad es asegurar, no ya la imparcialidad subjetiva, toda vez que ésta se protege con la institución de la abstención/recusación, sino la imparcialidad objetiva[340].

---

[335] SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2018): *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, pp. 250-251.

[336] Así parece desprenderse de alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo. El alto tribunal, en Sentencia de 25 junio de 1992 declaró, en este sentido, que "si la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho -art. 103.1 CE-, un principio de derecho natural debe completar esta exigencia, imponiendo a sus autoridades y agentes un comportamiento ejemplar, que evite situaciones comprometidas y sospechosas, lo que ha dado lugar a la construcción de una "moralidad administrativa", objeto de estudio en más de una ocasión. Tratando el Ordenamiento de evitar tales situaciones a través de las técnicas de la abstención y la recusación, ya aplicadas en la Ley de Régimen Local de 1955 y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 mayo 52".

[337] Señala CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Navarra, p.58 que la integridad se refiere a "la coherencia de la actuación de los cargos y empleados públicos con los valores principios y normas que la guían, que evitan los conflictos de intereses y el abuso de la posición que ocupan para la obtención de beneficios propios".

[338] La OCDE, en su Recomendación sobre Integridad Pública de 2017, señaló que los riesgos en materia de integridad están presentes en las distintas interacciones entre el sector público y el sector privado, la sociedad civil y las personas físicas, en todas las fases del proceso político y del ciclo de elaboración de políticas públicas, por lo que esta interconexión exige de un enfoque integrador que abarque al conjunto de la sociedad a la hora de mejorar la integridad pública y reducir la corrupción dentro del sector público. Asimismo, define la integridad pública como el posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados. De esta forma, destaca que con la transparencia no basta, ya que poner información a disposición del público no es suficiente y debe ir de la mano de mecanismos eficaces de escrutinio y rendición de cuentas.

[339] Como señala VILLORIA MENDIETA (2008): "La normativa sobre conflictos de interés e incompatibilidades es un instrumento en el que la promoción de la ética conecta con la lucha contra la corrupción. Estas normas surgen de la reflexión ética sobre los fines de la acción pública y, al tiempo, promueven una serie de medidas que previenen la corrupción y sancionan, en su caso, los incumplimientos. Sus preceptos pueden encontrarse tanto en normas jurídicas como en códigos de conducta autoelaborados por organizaciones públicas". Reflexión que puede consultarse en (http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Villoria_Incompatibilidades.pdf).

[340] La imparcialidad ha sido objeto de atención por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señalando que la imparcialidad se define a menudo por la ausencia de prejuicios o parcialidad y puede apreciarse de diferentes maneras (asunto Wettstein c. Suiza, 21 de diciembre del 2000, nº 33958/96, párrafo 43) añadiendo que las nociones de independencia y de imparcialidad están ligadas estrechamente, pudiendo ser necesario examinarlas juntas en determinadas circunstancias (caso *Sacilor-Lormines* c. Francia, 9 de febrero de 2007, párrafo 62 y caso *Oleksandr Volkov* c. Ucrania, de 9 de enero de 2013, párrafo 107) distinguiendo así un aspecto subjetivo, teniendo en cuenta la convicción personal del juez y su comportamiento, es decir, en lo que respecta a si ha mostrado durante el caso alguna parcialidad o prejuicio

Es decir, no solo se trata de no poder desempeñar dos puestos públicos o la compatibilidad entre el ejercicio del cargo público y una actividad privada, sino que lo que nos interesa en relación al objeto de este estudio, es que el ejercicio de los cargos y empleos público se lleve a cabo de forma objetiva e imparcial. Convirtiéndose los conflictos de intereses en un punto determinante y esencial para hacer efectiva la objetividad y la imparcialidad.

En cualquier caso, y como ya se ha apuntado, integridad, transparencia, imparcialidad y neutralidad son manifestaciones del principio de objetividad que ha de presidir la acción administrativa y que resultan esenciales para la configuración real del derecho a una buena administración[341]. Y así se desprende expresamente de las previsiones establecidas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al señalar que: "toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente (…)" y en el art. 11 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (CEBCA) al indicar que "El funcionario actuará de manera imparcial, justa y razonable", lo que entronca de forma relevante con el principio de buen gobierno y los valores que lo inspiran[342].

La legislación ordinaria, y en base a esos parámetros, añadirá un conjunto de mecanismos dirigidos a preservar esa actuación objetiva de la Administración[343]. De esta forma, el

personal; y también en función de un procedimiento objetivo, que consiste en determinar si el tribunal ofrece, principalmente en su composición, las garantías necesarias para despejar cualquier duda legítima en lo referente a su imparcialidad. que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto" (caso *Micallef* c. Malta, de 15 de octubre de 2009, párrafo 93). Y sobre el alcance de la obligación que tiene el Estado de garantizar que un juicio se realice ante un "tribunal independiente e imparcial», tal y como exige el artículo 6, párrafo 1, el Tribunal ha declarado que dicha obligación no se limita al orden judicial, sino que también se impone al ejecutivo, al legislador y al resto de autoridades del Estado de todos los niveles, que deberán respetar las sentencias y resoluciones de los tribunales y su aplicación. El respeto por parte del Estado de la autoridad de los tribunales es un prerrequisito indispensable para lograr que la ciudadanía confíe en la justicia y, más ampliamente, en el Estado de derecho. No basta con que la Constitución garantice la independencia y la imparcialidad del poder judicial: estos principios deben verse reflejados realmente en todas las actitudes y prácticas administrativas" (caso *Agrokompleks* c. Ucrania, de 25 de julio de 2013, párrafo 136)**.**

[341] Como señala PONCE SOLÉ cabe concluir que los Gobiernos al desarrollar su función ejecutiva tienen la obligación jurídica de no vulnerar los principios constitucionales. De cumplir con los deberes que se derivan de la racionalidad, justificación, igualdad material, persecución del interés general, elegir la alternativa menos restrictiva para los derechos de los ciudadanos, realizar un balance costes-beneficios, eficiencia, economía y equidad. De no vulnerar los principios legales de persecución del interés general con objetividad, controlándolos mediante la técnica de desviación de poder, así como cumplir con el subprincipio de adecuación del principio de proporcionalidad, y con los deberes que se derivan de una actuación diligente prevista en la Ley estatal 19/2013 y en la legislación autonómica. Respetar los elementos reglados y los derechos fundamentales (como explicita art. 2 LJCA). Véase PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 15.

[342] A este respecto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2019): "El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019". *Revista de Administración Pública*, núm. 209, p. 250, refiriéndose al procedimiento administrativo destaca que el acento hay que ponerlo en el adverbio «equitativamente», que da al adjetivo «imparcial» una dimensión más precisa. Tratar un asunto equitativamente significa, como mínimo, tener en cuenta tanto lo que sea favorable como lo que sea desfavorable para el afectado. Si se pone énfasis en esto último y se ignora o se deja en segundo plano lo primero, es obvio que la obligada imparcialidad quedará desmentida *a radice*".

[343] En efecto, y en el caso del empleo público, el Derecho positivo ha traducido esas consideraciones. PAREJO ALFONSO, L., respecto de estas previsiones, ha señalado que "la objetividad se ofrece como lo contrario a la parcialidad, y, especialmente, la parcialidad propia del partidismo político y de intereses económicos y, en general, sociales concretos distintos de los definidos como generales (PAREJO ALFONSO, L. (1989): "La eficacia como principio jurídico de la acción administrativa", *Documentación*

régimen jurídico vigente de garantías de imparcialidad de autoridades, cargos y empleados públicos, viene articulado según su ámbito subjetivo. Por un lado, por el bloque normativo dedicado al buen gobierno que afecta a autoridades y altos cargos[344]; y

Administrativa, núm. 218- 219, p. 42). De ahí justamente la previsión constitucional de la regulación por ley de las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos, es decir, de los principales medios personales de la Administración en el ejercicio de sus funciones". Por su parte, GUILLÉN-CARAMÉS y FUENTETAJA PASTOR han señalado que el principio de "objetividad en la función pública se despliega tanto sobre su dimensión organizativa (lo que tradicionalmente se denomina «relación orgánica» y que se desborda en toda la vertiente estructural del aparato burocrático de las Administraciones Públicas) como sobre su vertiente subjetiva, es decir, sobre la relación de servicio que constituye el núcleo de derechos y obligaciones del estatuto funcionarial. La imbricación de ambas perspectivas determina la configuración institucional de una función pública que posibilite a los funcionarios servir con objetividad e imparcialidad los intereses generales" (GUILLÉN-CARAMÉS y FUENTETAJA PASTOR (2011): "El principio de objetividad en la Función Pública. Un análisis desde la jurisprudencia" *Documentación Administrativa*, núm. 289, enero-abril, p. 152). De esta forma, el artículo 53.2 del TREBEP señala que la actuación de los funcionarios públicos "perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio"; y, de otro lado, el artículo 92.3 de la LBRL señala que "igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

[344] Entre la normativa autonómica dedicada al buen gobierno de altos cargos y autoridades se puede citar:
-*En Andalucía,* la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y el Decreto 176/2005, de 26 de julio, por el que se desarrolla la Ley 3/2005 y la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía;
-*En Aragón*, la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas;
-*En Asturias*, la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés;
-*En Baleares*, Ley 2/1996, 19 noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la comunidad autónoma de las Illes Balears, el Decreto 250/1999, de 3 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la comunidad autónoma de las Illes Balears y la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears;
-*En Canarias*, la Ley 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Comunidad Autónoma de Canarias y la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública
-*En Cantabria*, la Ley 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria;
-*En Castilla la Mancha*, la Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de publicidad en el «Diario Oficial» de los bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha, la Ley 11/2003, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha y el Decreto 7/2018, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Código Ético para los Altos Cargos o Asimilados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha;
-*En Castilla y León*, Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León y la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León;
-*En Cataluña*, Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad y la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno;
-*En Extremadura*, la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura;
-*En Galicia*, la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno; en La Rioja, la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros y el Decreto 16/2011, de 4 de marzo, por el que se regula el Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses de los miembros del Gobierno y de los titulares de los cargos sometidos al régimen de incompatibilidades de la Ley 8/2003;

de otro, por la legislación de empleo público (empleados públicos)[345]; por la normativa contractual que contiene previsiones expresas respecto de este punto; y, por último, por la normativa de organización y procedimiento aplicable a todos, cargos y empleados públicos establecida en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, específicamente la referida a la abstención y recusación[346].

Es de destacar, asimismo, que en la actualidad existe un expreso reproche hacia la falta de imparcialidad, toma de decisiones en asuntos en los que existen conflictos de intereses, o ejercer poderes públicos cuando se está interesado particularmente, obtener ventajas personales o materiales[347], la falta de transparencia y aceptar regalos que excedan de los "usos habituales, sociales o de cortesía" o, por último, aceptar favores o servicios que se puedan calificar de ventajosos. Se establece expresamente, además, que los obsequios de mayor relevancia deben pasar al patrimonio de la Administración de que se trate[348].

-*En La Rioja*, la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros y la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja.
-*En Madrid*, la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid;
-*En Murcia*, Ley 5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política y el Decreto 82/1994, de 25 de noviembre, por el que se regula la organización, funcionamiento y publicidad material y formal del Registro de Intereses de altos cargos;
-*En Navarra*, Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno;
-*En País Vasco*, la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos y el Decreto 156/2016, de 15 de noviembre, sobre obligaciones y derechos del personal cargo público;
-*En Valencia*, Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos, el Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de la Generalitat y el Decreto 65/2018, de 18 de mayo, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de incompatibilidades y conflictos de intereses de personas con cargos públicos no electos.

[345]Básicamente se realiza a través del régimen de incompatibilidades y de los principios éticos (no deberes como resulta ser la abstención) previstos en el art. 53 TREBEP que contiene previsiones específicas para prevenir los conflictos de interés (Santamaría Pastor, 2018: 601). Recordando el deber legal de abstenerse en asuntos que tengan un interés personal (apdo. 5 del artículo 53 TREBEP), y estableciendo las prohibiciones de intervenir en operaciones económicas que puedan suponer un conflicto (apdo. 6), de aceptar tratos de favor o situaciones de privilegio (apdo. 7), y de influir en la tramitación o resolución de asuntos cuando ello comporte un privilegio en beneficio de titulares de cargos públicos (apdo.8).

[346] En este último sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio de 1992 (R. 6326) declaró que "si la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho -art. 103.1 CE-, un principio de derecho natural debe completar esta exigencia, imponiendo a sus autoridades y agentes un comportamiento ejemplar, que evite situaciones comprometidas y sospechosas, lo que ha dado lugar a la construcción de una "moralidad administrativa", objeto de estudio en más de una ocasión. Tratando el Ordenamiento de evitar tales situaciones a través de las técnicas de la abstención y la recusación, ya aplicadas en la Ley de Régimen Local de 1955 y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952".

[347] En materia de conflictos de intereses el artículo 27 de la LTBG tipifica como infracción el incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de este título será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación.

[348]Crítico con este aspecto fue el Dictamen del Consejo de Estado 707/2012 sobre el anteproyecto e Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que se pronuncia estableciendo las siguientes consideraciones: "La última de las observaciones que se considera preciso realizar a este precepto tiene por objeto la regla contenida en el número 6 del apartado 2.b), que establece que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del título II de la Ley proyectada "no aceptarán para sí regalos

Cuestiones, todas ellas, que señalan claramente un contenido adicional exigible para hacer efectiva la objetividad y la imparcialidad de la Administración pública y de las personas que la sirven.

3.2.3 Principio de Integridad

Una vez analizados los puntos de encuentro y las diferencias entre los conceptos de neutralidad, objetividad e imparcialidad, es momento de hacer referencia al principio de integridad, íntimamente relacionado con los principios anteriores, la ética pública y el derecho a una buena administración y un buen gobierno. Tal como señala PONCE SOLÉ, la integridad ha sido hasta ahora un principio poco empleado en la tradición jurídica española, a pesar de contar con un papel muy relevante en la mejora de la calidad de la actividad administrativa[349]. Y es que, como ha puesto de manifiesto, VILLORIA MENDIENTA, un armazón de instituciones bien diseñadas y secuenciadas que den como resultado un buen gobierno y una buena administración "sólo puede establecerse si se superan tres barreras: la exclusión de amplios sectores de la sociedad, la captura de decisiones por elites extractivas y el particularismo, entendido como una tendencia cultural que lleva a que las personas prefieran guiarse por las relaciones personales antes que por las leyes abstractas cuando hay que decidir. En suma, que sólo podremos ser verdaderamente libres si conseguimos eliminar o, al menos, reducir a su mínima expresión, la corrupción legal e ilegal, el clientelismo y el particularismo"[350]

El principio de integridad viene a completar el esquema de lucha contra la corrupción que se persigue en el actuar de los responsables públicos. Tradicionalmente, esta materia se había venido solventando, desde una perspectiva represiva, con la tipificación de delitos en el ámbito del derecho penal (prevaricación, cohecho, tráfico de influencias…). Sin embargo, y a pesar del crecimiento exponencial del número de sentencias penales condenatorias, la realidad es que este ámbito se ha mostrado insuficiente para atajar el problema de la ética pública y la prevención de la corrupción[351]. En este sentido, señalan VILLORIA y JIMÉNEZ la importancia de centrarse en la prevención de estas prácticas, al destacar que "las políticas de lucha contra la corrupción basadas en el Código Penal

---

que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que pueden condicionar el desarrollo de sus funciones". El elevado grado de indeterminación de los términos en que está redactado este subapartado plantea numerosas dudas interpretativas, agravadas además por el hecho de que la conducta que a través de esta regla se intenta evitar guarda una notable similitud con algunas de las descritas en el Código Penal en materia de cohecho (artículos 420 y 422). De este modo, una conducta que en la legislación penal se encuentra tipificada como delito, con las consiguientes consecuencias punitivas, pasa a convertirse en el anteproyecto en un mero principio de actuación que se limita a servir como guía o elemento de graduación en la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en su título II (artículo 23.2). Teniendo en cuenta que la referida conducta posee un régimen específico en el Código Penal, no se acierta a comprender la utilidad de incluirla en el anteproyecto en términos parcialmente coincidentes, pero no idénticos y sin que se asocie a tal conducta ninguna consecuencia sancionadora".

[349] PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 21.

[350] VILLORIA MENDIETA, M. (2020): "Prólogo", en el libro colectivo *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 11.

[351] Esta perspectiva también se expone en la Recomendación sobre Integridad Pública de la OCDE de 2017, al destacar que "los enfoques tradicionales, basados en creación de un mayor número de normas, observancia más estricta y cumplimiento más firme, han mostrado una eficacia limitada. Una respuesta estratégica y sostenible contra la corrupción es la integridad pública".

son insuficientes y se necesitan políticas preventivas" [352] si se quiere dejar de alimentar determinadas conductas que requieren un reproche administrativo. Y, en buena medida, esta visión va calando en el conjunto de nuestras Administraciones públicas, lentamente, pero con una clara intención de que la calidad de nuestra vida democrática vaya incorporando institucionalmente esta vertiente ética de integridad[353].

La OCDE, en su Recomendación sobre Integridad Pública de 2017, señaló que los riesgos en materia de integridad están presentes en las distintas interacciones entre el sector público y el sector privado, la sociedad civil y las personas físicas, en todas las fases del proceso político y del ciclo de elaboración de políticas públicas, por lo que esta interconexión exige de un enfoque integrador que abarque al conjunto de la sociedad a la hora de mejorar la integridad pública y reducir la corrupción dentro del sector público. Asimismo, define la integridad pública como el posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados. De esta forma, destaca que con la transparencia no basta, ya que poner información a disposición del público no es suficiente y debe ir de la mano de mecanismos eficaces de escrutinio y rendición de cuentas.

En general, puede decirse que la integridad es una manifestación de la ética pública y, como se ha mantenido, una variable necesaria del principio de objetividad, pero también es un principio jurídico que, inclusive, ha tenido encaje positivo en el ordenamiento jurídico español, como sucede con la LTBG, la LACAGE o la LCSP articulándose, por tanto, como una verdadera exigencia jurídica que ha de guiar la actuación de los cargos públicos.

Como aportación doctrinal valiosa CERRILLO I MARTÍNEZ se ha referido a la integridad caracterizándola como "la cualidad de los cargos y empleados públicos que consiste en la completitud, coherencia y rectitud en su actuación, todo bajo un marco de referencia (valores, principios y normas) que guía su actividad y la orienta hacía sus fines institucionales, evitando cualquier influencia indebida de intereses particulares en las decisiones públicas que supongan una desviación del interés general"[354]. Representando

[352] VILLORIA MENDIETA, M. y JIMÉNEZ, F. (2012): "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, vol. 138, 2, pp. 129-130.

[353] En este sentido, y a título de ejemplo, es de interés señalar como en la Comunidad Autónoma de Galicia se ha aprobado el "Programa Marco de Integridad y Prevención de Gestión de Riesgos 2021-2024" que contempla con una visión preventiva, la puesta en marcha, de manera gradual, de distintas medidas orientadas al fortalecimiento de los sistemas de control interno e infraestructura ética para el control de las actividades más vulnerables o sensibles a los riesgos de una gestión pública eficaz, en un marco de legalidad, transparencia y rendición de cuentas. El programa incluye medidas en seis ejes fundamentales: cultura institucional, ética institucional, recursos humanos y compromiso con la competencia profesional, planes de prevención de riesgos de gestión, consolidación de la administración digital y calidad normativa.

[354] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018): *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción, 2.ª* ed., Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, p. 83. Para quien la integridad tiene dos dimensiones: "una dimensión personal vinculada a la conducta de los cargos públicos y relacionada con su actitud en el desarrollo de sus funciones y atribuciones y su compromiso con los valores y normas que rigen su actividad", y otra dimensión "institucional, relacionada con la contribución con sus conductas a las finalidades y valores para los que fue creada la organización". Véase también CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2019): "Los códigos éticos y de conducta: de la teoría a la práctica", *Compliance e Integridad en el Sector Público* (coord. CASTILLO BLANCO, F.) Tirant lo Blanch, Valencia, p.161.

así el lado positivo de la denominada ética pública y la vertiente preventiva en la lucha contra la corrupción, al desempeñar un papel esencial dentro de las estrategias para prevenirla.

Y es que, como ha puesto de manifiesto la doctrina en los últimos años, una democracia de calidad deriva de la existencia de controles sobre el poder político. El buen gobierno es un gobierno autolimitado. De esta forma, la opción por tener una política de integridad es una elección que exige una compleja renuncia al ejercicio del poder discrecional ilimitado por parte del sistema político que, además, no tiene réditos a corto plazo ya que sus eventuales resultados solo pueden observarse a medio y largo plazo.

Pero la definición de una política de integridad no implica configurarla tan sólo como un principio de actuación, sino que requiere institucionalizarla y articular herramientas para ello[355], crear sistemas, métodos e instrumentos con una perspectiva integral que no solo afecta al ejecutivo, sino que va más allá al irradiar su esfera de acción al resto de poderes del Estado, al sector privado y a los ciudadanos. Y todo ello, no cabe duda, que requiere también de determinados cambios culturales[356]. Más adelante, en próximos capítulos, volveremos sobre este aspecto.

3.2.4 Principio de transparencia

La transparencia se relaciona con dos conceptos que se han instalado plenamente en el lenguaje de nuestras Administraciones públicas a través de las expresiones: *open data*, *y open goverment.*

El *Open Data*, al que puede denominarse también como la "apertura de datos públicos", tienen como objetivo central poner a disposición de entidades y personas, tanto físicas como jurídicas, los datos e informaciones que poseen las Administraciones Públicas en general y hacerlo en un formato y con una estructura que sea fácilmente accesible y comprensible y susceptible de tratamiento electrónico para facilitar su acceso y posterior utilización. Lo que se pretende con esta puesta a disposición de los datos e informaciones referidos de las Administraciones Públicas es fomentar la reutilización de esta información, o de los propios datos, con previsión de su adecuación y, por qué no, obtención de legítimos rendimientos tanto en el sector público como en el sector privado, logrando que se puedan generar sinergias y, consecuentemente, resultados claramente

[355] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2016): *Los frenos del poder*, Marcial Pons-IVAP, Madrid, mantiene que el desarrollo de Códigos éticos es uno de los componentes esenciales de las políticas de buen gobierno, tanto en el sector público como privado. Los Códigos de conducta tienen, por lo común, unas notas distintivas o contenidos básicos que se pueden sintetizar, siguiendo a este autor, del siguiente modo: A) Valores y principios, que se tratan de aplicar unas veces de forma diferenciada y otras de forma conjunta o solo con la explicitación de valores o principios esenciales. B) Normas de conducta, que tienen mayor o menor alcance en sus detalles, dependiendo del contexto y de los países. C) Sistema de seguimiento y control (Comisión de Ética o Comisionado de Ética). Y todo ello como piezas clave para construir un Marco de Integridad Institucional que sustente una infraestructura ética eficiente y creíble.
De necesaria referencia es también la monografía de este autor, JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017): *Cómo prevenir la corrupción: integridad y transparencia*, Editorial Catarata, Madrid.

[356] Indispensable, en el sentido expuesto, es la *Recomendación sobre Integridad Pública de la OCDE* (2017), que incluye trece principios organizados en tres pilares. El primero se basa en la construcción de un sistema coherente y completo de integridad pública. El segundo, promueve el desarrollo de una cultura de integridad pública y, por último, el tercer pilar exige la creación de instrumentos eficaces de rendición de cuentas.

económicos que rentabilicen o hagan más competitivas a las entidades que, adecuando los datos e informaciones a su finalidad, consigan un alto rendimiento.

Pero, no se trata solamente de la utilización de los datos por las entidades en el sector privado con fines lucrativos, sino que también es de gran importancia la transparencia de las Administraciones Públicas y cómo utilizan la información respecto a los ciudadanos de forma que, por poner un ejemplo, los propios ciudadanos puedan conocer a nivel de detalle cómo se gasta el dinero y, consecuentemente, a dónde van a parar sus impuestos. Además, el conocimiento de estos datos, ayuda también a orientar necesidades de los propios ciudadanos, o de la sociedad en su conjunto, que permite proporcionar los servicios adecuados mejor orientados a la demanda real social en el territorio de que se trate.

Por su parte, el *Open Government* se centra en que las acciones y actividades relativas al gobierno en el ámbito de las Administraciones Públicas deben ser transparentes en forma tal que impulsen su conocimiento por los ciudadanos, al tiempo que provoquen su participación y colaboración. Esto conlleva que la gestión de los servicios públicos pueda ser supervisada por los ciudadanos, facilitando a la vez determinadas interrelaciones, básicamente en el ámbito electrónico, para que puedan opinar prestando su conocimiento y experiencias con la finalidad de ayudar a la toma de decisiones eficaces y eficientes. Basa su desarrollo práctico en una amplia transparencia de los actos de la Administración, proporcionando la herramienta para que, con ese conocimiento por parte de los ciudadanos, se impulse su colaboración y participación.
Recapitulando sobre lo expuesto, podemos decir que el *Open Government* se basa en tres características fundamentales que son la transparencia, la colaboración y la participación.

Una vez hecho este acercamiento a los supraconceptos en que se basa el principio de transparencia, es necesario reparar en las carencias que la situación de nuestro país presentaba en esta materia hasta hace bien poco. Y es que, no sólo en la mayoría de los países de la Unión Europea, sino también en prácticamente en la totalidad de los países desarrollados existía una legislación específica dedicada a la transparencia (al menos en los pertenecientes a la OCDE), a diferencia de España en que estábamos ausentes de una normativa general que cumpliese con unos estándares mínimos. Y no sin crítica de la doctrina que, junto a poner de relieve esas carencias, solicitaba con poco éxito una regulación normativa homologable a la existente en el ámbito internacional[357].

Y es que no parece que sea necesario argumentar porqué la opacidad y la ausencia de transparencia en la información pública son indicios de una baja calidad democrática. Las instituciones de calidad, siguiendo el esquema trazado por el profesor Villoria[358], incentivan comportamientos eficaces. Y unas buenas instituciones se caracterizan por aglutinar una serie de elementos tales como el conocimiento acumulado, la legitimidad, el ser equitativas y eficientes, así como estables y flexibles. La transparencia es, sin duda, una de las exigencias centrales para disponer de calidad institucional.

[357] Por todos baste señalar sobre este punto GUICHOT REINA, E. (2011): *Transparencia y acceso a la información pública en España*: *análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid. Sin perjuicio, eso sí, de que el derecho de acceso a la información había sido objeto de notables estudios, entre otros, el de MESTRE DELGADO, J. F. (1988): *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (Análisis del art. 105 b) de la Constitución)*, Civitas, 2.ª edición ampliada, Madrid.
[358] VILLORIA MENDIETA, M. (2012): "Paradojas y tensiones de la innovación: el caso del open goverment", P3T, *Public Policies and Territory*, Vol. I, núm. 12.

Y siguiendo a ese mismo autor, es oportuno hacer hincapié en que la gobernabilidad de las instituciones ha dado paso a la Gobernanza institucional (en la que interviene no sólo el Estado, sino también la Sociedad y el Mercado), que se puede describir como la capacidad de un sistema político de resolver conflictos mediante reglas. Y bajo ese prisma, la Buena Gobernanza se identifica por un conjunto de instituciones por medio de las cuales el poder de gobernar se utiliza para satisfacer el bien común del pueblo[359]. Dentro de los atributos de la Buena Gobernanza están, como indica JIMENEZ ASENSIO[360], los siguientes:

a) La Transparencia, que se refleja en un proceso democrático en el cual uno de sus elementos claves es conocer cómo se adoptan las decisiones y qué consecuencias tienen, con la finalidad de establecer un sistema de rendición de cuentas;

b) La Integridad, o la conducta que deben mantener nuestros gobernantes y funcionarios en la toma de esas decisiones y en el manejo de los recursos públicos;

c) La Imparcialidad, que se concreta en un respeto a las reglas de juego por parte de los gobernantes y de los ciudadanos, pero sobre todo en el hecho de que los primeros (gobernantes) actúen como "terceros ajenos a los intereses de parte" y sean capaces de decidir sin inclinarse por sus afinidades personales o políticas.

En el ámbito de la Unión Europea, el derecho de acceso a la información pública, apareció por primera vez en el Tratado de Maastricht de 1992 (TUE). Posteriormente, en 1999 con el Tratado de Ámsterdam que modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) se consagró, en su artículo 255, el principio del derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

Solo un año después, el 7 de diciembre de 2000, se aprobó la Carta de Derechos Fundamentales que reconoce, tanto el derecho a la transparencia como parte del derecho a una buena administración, como el derecho de acceso a los documentos públicos[361].

---

[359] El mismo autor, VILLORIA MENDIETA, M. (2017): "Gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas: marco conceptual*", en Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local,* Tecnos, Madrid, p. 87, señala que "parece necesario reconocer que la transparencia y la apertura están en todas las visiones que, desde el institucionalismo, se generan sobre el buen gobierno y la buena gobernanza. En co0ncreto, generar normas que promuevan la transparencia, desarrollar procedimientos que permitan el acceso a la información pública y constituir instituciones que aseguren que las normas y los procedimientos de transparencia e información se respetan e implementan, constituye una de las estrategias clave para alcanzar la buena gobernanza. La razón es que la transparencia está íntimamente vinculada, en sentido positivo, con todos los valores que la buena gobernanza quiere promocionar. En este contexto, cuatro razones dan cuenta de por qué es importante la transparencia:

- Es el primer paso hacia la rendición de cuentas
- Es esencial para la participación no manipulada
- Es importante para la eficacia y eficiencia del gobierno
- Es un elemento esencial para recuperar la legilitimidad".

[360] JIMENEZ ASENSIO, R. (2012): "El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su posible impacto sobre los gobiernos locales" (Disponible en https://www.gobiernolocal.org/historicoBoletines/nueva_web/RJA.pdf).

[361] Según RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2017), el principio de buena administración, en el que se incluiría el de transparencia, fue formulado en la CDFUE "para salir del paso, para reaccionar frente a la denominada por el Defensor del Pueblo Europeo *mala administración pública.* Mala administración que viene caracterizando desde hace unos años a numerosas administraciones y gobiernos del área europea y

Asimismo, debe destacarse la aprobación por el Parlamento Europeo en septiembre de 2001 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa al que anteriormente se aludió, el cual establece y regula toda una serie de principios y derechos que deben ser respetados por las instituciones europeas, entre los que se incluye el de transparencia[362]. Y, sobre todo, el Convenio 205 del Consejo de Europa, sobre acceso a documentos públicos han conformado un marco del que no es posible prescindir en el actuar público.

En el plano nacional, el principio de transparencia tiene su traducción en nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar, en el artículo 105 de la Constitución, que señala: "La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas"[363]. Con fecha posterior a la entrada en vigor de la Constitución, se publicaron normas que contenían obligaciones específicas sobre publicidad activa en determinadas materias, como contratación, subvenciones, presupuestos o actividades de altos cargos. Asimismo, la LRJSP, enuncia este principio expresamente en su Exposición de motivos al destacar que la transparencia y la planificación y dirección por objetivos deben ser los nuevos criterios que han de guiar la actuación de todas las unidades administrativas, estableciendo su artículo 3 que las Administraciones públicas deberán respetar en sus actuaciones y relaciones, entre otros, los principios de participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.

Sin embargo, ha sido con la LTBG de 2013 cuando encontramos este principio desarrollado de forma más efectiva[364], señalando su Preámbulo que "la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las

---

que tiene que ver con la escasa transparencia y publicidad reinante en el interior de tantas instituciones y organismos públicos". ("La transparencia en los gobiernos y las administraciones locales, propuestas de implementación", en *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Madrid, p. 333).

[362] Efectivamente, el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa incluye un verdadero decálogo de buen gobierno y buena administración que debe guiar a las Instituciones europeas estableciendo además del principio de transparencia, el de legalidad, proporcionalidad, ausencia de discriminación, abuso de poder, imparcialidad, independencia, objetividad, derecho de los ciudadanos a las expectativas legítimas, a la justicia, a la cortesía, a ser oídos en la toma de decisiones, a ser contestados en la lengua del ciudadano (de las oficiales de la Unión), a ser informados de la recepción y el traslado a la autoridad competente, a que se les indiquen los recursos pertinentes, a la notificación adecuada, a la protección de datos personales, a ser correctamente informado, a reclamar ante el Defensor del Pueblo Europeo, etc.

[363] Lo cierto es que no existe unanimidad en esta cuestión encontrándonos con dos posiciones: a) una primera que entiende que la transparencia ha de conectarse con la libertad de información del artículo 20 CE, lo que implicarían su condición de derecho fundamental con las consecuencias que conlleva y que se traducen en garantías reforzadas; b) y, una segunda, que entiende que su constitucional ha de buscarse en el artículo 105 c) CE y también, como en el caso anterior, con las consecuencias que se derivan de ellos (ley ordinaria para su desarrollo, no acceso al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, etc.)

En el ámbito europeo, tanto el TEDH como el TJUE intentan conexionar la transparencia y el acceso a la información con la libertad de expresión (SSTEDH de 14 de abril y 16 de agosto de 2009).

Puede verse en este punto los trabajos de PIÑAR MAÑAS, J. L. (2011): "La necesidad de una Ley de Transparencia", *El Derecho Público de la crisis económica, Transparencia y Sector Público, 30 Hacia un nuevo Derecho Administrativo* (BLASCO, A., Coordinador), INAP, Madrid.

[364] Con anterioridad estaba desarrollado con carácter general en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), cuyas carencias era notorias si lo comparamos con la regulación existentes a nivel internacional.

decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos". Con esta norma, en definitiva, la transparencia y el derecho de acceso a la información se convierten en un verdadero derecho subjetivo en España[365].

Concretando el Título II de la LTBG lo establecido en el Preámbulo al referirse específicamente a los altos cargos, a los que incluye en un Código de Buen Gobierno, orientado a prevenir la corrupción y fomentar la rendición de cuentas. Para lo que su artículo 26.2.b) apartado 7º incluye a la transparencia como principios de actuación a la hora de desempeñar sus funciones.

Por su parte, la LACAGE, establece que los altos cargos atenderán en el ejercicio del cargo, entre otros, al principio de transparencia y al de responsabilidad, por lo que deberán adoptar sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción. No obstante, y a pesar de esta tibia guía regulatoria que opera más como directriz que como obligación jurídica, queda largo camino por recorrer y distintas sentencias muestran las enormes reticencias de cómo está operando en la práctica ente mandato para los "altos cargos" y de quienes han de entenderse incluidos en esta denominación[366].

---

[365] Dos monografías es preciso destacar para el estudio de este derecho. De un lado, FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIO, J.M. (2017): *El derecho de acceso a la información pública en España*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona; de otro, GUICHOT REINA, E. y BARRERO RODRIGUEZ, C. (2021): *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.

[366] Sin ánimo de ser exhaustiva, baste mencionar la STS de 3 de marzo de 2020 (rec. 600/2018) en la que el Tribunal, confirmando el parecer del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, declara que el derecho de acceso a la información puede ejercerse respecto de cualquier información en poder de las Administraciones públicas, con independencia de su fecha, rechazando la postura del gobierno (Ministerio de Defensa) de denegar información relativa al listado de pasajeros que acompañaron a autoridades en viajes oficiales realizados en 2015. Inclusive el TS, en su sentencia 204/2021, de 16 de febrero (recurso 216/2029) hace extensible esa obligación al Congreso de los Diputados "en relación con sus actividades sujetas al Derecho Administrativo", bien es cierto que, en forma más que discutible, el Tribunal niega el acceso a un acuerdo de la Mesa del Congreso y del Senado sobre el procedimiento de selección de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE al entender que se trata de una decisión parlamentaria.

Y lo cierto es que no cabe exigir un interés público para que la solicitud de acceso a la información sea legítima. Así el Tribunal Supremo, en la STS 1519/2020, de 12 de noviembre, expone que: "no es conforme a derecho la denegación de acceso a la información pública solicitada en el caso examinado en este recurso, en base a la única razón de guiarse la parte recurrente en motivos meramente personales ajenos a las finalidades de transparencia expresadas en el preámbulo de la LTBG". Y añade además que "considera la Sala que tampoco puede mantenerse que la persecución de un interés privado legítimo, no tenga cabida en las finalidades expresadas en el preámbulo de la LTBG, que entre otras incluye la posibilidad de que los ciudadanos puedan "conocer cómo se toman las decisiones que les afectan", sin perjuicio además de que la solicitud de acceso a una información pública por razones de interés privado legítimo no carezca objetivamente de un interés público desde la perspectiva de la transparencia que fomenta la LTBG, pues puede contribuir -de forma indirecta si se quiere- a esa finalidad reseñada en su preámbulo de fiscalización de la actividad pública que contribuya a la necesaria regeneración democrática, promueva la eficiencia y eficacia del Estado y favorezca el crecimiento económico"

Igual puede decirse de la labor que realiza el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a pesar de resoluciones como la recurrida en el caso mencionado con anterioridad. A modo de ejemplo, mediante Resolución 400/2020, de 3 de septiembre de 2020, el CTBG requirió al Gobierno para que informara de los nombres, apellidos y cargos de los expertos que participaron en las decisiones de la denominada "desescalada", a petición de un ciudadano al que el Ministerio de Sanidad había denegado esta información.

En cualquier caso, y a los efectos que se persiguen en este punto no está de más referenciar que es en este contexto, donde debe desarrollarse la acción de gobierno y, de más está decir según lo ya expuesto, que el recto proceder en la materia será determinante para que la actuación de los "altos cargos" pueda reputarse como adecuada.

Tras el revuelo social e incumplir los distintos plazos establecidos por este Consejo, finalmente, en diciembre de 2020, accedió a revelar esta información.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS MARTÍN, J.L. (2014): "Reflexiones sobre el buen gobierno en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su aplicación en el ámbito local", *Actualidad Administrativa,* núm. 7-8, Sección A Fondo, del 1 julio. al 31 agosto, tomo 2, Editorial La Ley.

BAENA DE ALCÁZAR, M. (2000): *Curso de Ciencia de la Administración,* Tecnos, Madrid.

BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1989): "Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho (Apuntes para una revisión de la teoría de las vinculaciones de la Administración)", *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí* (coord. GÓMEZ-FERRER, R.), Civitas, Madrid.

BAÑO LEÓN, J.M. (1991): *Límites constitucionales de la potestad reglamentaria,* Civitas, Madrid.

BAZ VICENTE, R. (2015): "La selección de los directivos públicos en atención al mérito profesional. Algunas enseñanzas de Portugal", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (nueva época),* núm. 14.

BEJARANO LUCAS, J. (2019): "Obligaciones de buen gobierno en el ámbito local". *Revista del gabinete jurídico de Castilla-la Mancha,* núm. 19.

BELADIEZ ROJO, M. (2000): "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración Pública,* núm. 153.

BETANCORT, A. (2018): "Abuso de poder desde el Gobierno", *Editorial El Mundo,* 2 de agosto de 2018. (Recuperado de https://www.elmundo.es/opinion/2018/08/02/5b618955268e3e21098b45a8.html).

BLAU y MEYER (1988): *Bureaucracy in Mondern Society*, Random House, USA.

BILHIM, J. (2014): "As Práticas dos Gestores Públicos em Portugal e os códigos de Ética", *Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,* v. 35, núm. 69.

BOIX, C. (1994): "Hacia una Administración pública eficaz: modelo institucional y cultura profesional en la prestación de los servicios públicos", *GAPP*, núm. 1.

CAMPOS ACUÑA, C. (2017): "¿Quién es alto cargo en la Administración Local? A propósito del régimen sancionador del Buen Gobierno", *El Consultor de los Ayuntamientos,* Quincena del 30 enero al 14 febrero, núm 2.

CARRILLO DONAIRE, J.A. (2010): "Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?", en la obra colectiva *Los principios jurídicos del derecho administrativo,* La Ley, Madrid.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L. (2010): "Ética pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 181.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2015): "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172**.**

CASTILLO BLANCO, F. (2018): "El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad", *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad,* (dir. PONCE SOLÉ, J.), Tirant lo Blanch, Valencia.

CHAVES, J.R. (2015): "Luces y sombras de la "Ley Pompeya" sobre altos cargos del Estado", *Confilegal,* 6 de julio de 2015, (Recuperado de https://confilegal.com/20150706-luces-sombras-ley-pompeya-altos-cargos-06072015-1300/).

CHAVES, J. (2022): "El Tribunal Supremo precisa la condición de alto cargo y la situación de servicios especiales", en su blog *De la Justicia*. (Recuperado de: https://delajusticia.com/2022/10/06/el-tribunal-supremo-precisa-la-condicion-de-alto-cargo-y-la-situacion-de-servicios-especiales/)

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): *El principio de integridad en la contratación pública,* Aranzadi, Navarra.

CERRILLO IMARTÍNEZ, A. (2018): *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción, 2.ª* ed., Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor: Navarra.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2019): "Los códigos éticos y de conducta: de la teoría a la práctica", *Compliance e Integridad en el Sector Público* (coord. CASTILLO BLANCO, F.) Tirant lo Blanch, Valencia.

DELGADO PIQUERAS, F. y GARRIDO CUENCA, N. (2015): "Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia", *Revista catalana de dret públic,* núm 51.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2014): "Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflicto de intereses", en el volumen colectivo *Transparencia, Acceso a la Información y Buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (coord. por GICHOT. E.), Tecnos, Madrid.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "El buen gobierno de los altos cargos", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 44.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "Buen gobierno, altos cargos y derecho disciplinario (comentario a los artículos 25, 27 y a la disposición final segunda)", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Civitas, Madrid.

DOMENECH PASCUAL, G. (2008): "Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio" *InDret Revista para el Análisis del Derecho.*

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): "Los falsos empleados públicos: el personal eventual", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 34, Iustel.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIO, J.M. (2017): *El derecho de acceso a la información pública en España,* Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2019): "El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019". *Revista de Administración Pública,* núm. 209.

GARCÍA COSTA F. M. (2013): "Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad". *Documentación Administrativa*, núm. 289.

GARRIDO FALLA, F. (1987): *Tratado de Derecho Administrativo II*. Tecnos. Madrid.

GONZÁLEZ-VARAS, S. (2016): "Por referencia a los artículos 3 y 4 de la LRJSP: principios generales del derecho administrativo". *Actualidad Administrativa*, núm. 12.

GUICHOT REINA, E. (2011): *Transparencia y acceso a la información pública en España*: *análisis y propuestas legislativas,* Fundación Alternativas, Madrid.

GUICHOT REINA, E. y BARRERO RODRIGUEZ, C. (2021): *El derecho de acceso a la información pública,* Tirant lo Blanch, Valencia.

GUILLÉN-CARAMÉS y FUENTETAJA PASTOR (2011): "El principio de objetividad en la Función Pública. Un análisis desde la jurisprudencia" *Documentación Administrativa*, núm. 289, enero-abril.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1988): *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*. Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP). Segunda edición ampliada y adaptada a la Ley del Gobierno y a la LOFAGE. Oñati.

JIMENEZ ASENSIO, R. (2012): "El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su posible impacto sobre los gobiernos locales" (Disponible en https://www.gobiernolocal.org/historicoBoletines/nueva_web/RJA.pdf).

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2015): "Una ocasión perdida: la Ley reguladora del Alto Cargo", blog *La mirada Institucional,* 25 de abril de 2015. (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/2015/04/04/una-ocasion-perdida-la-ley-reguladora-del-alto-cargo/)**.**

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2016): *Los frenos del poder,* Marcial Pons-IVAP, Madrid.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017): *Cómo prevenir la corrupción: integridad y transparencia,* Editorial Catarata, Madrid.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019): "Tres preguntas (con respuesta) sobre la dirección pública en España", en su blog *La mirada institucional,* 26 de noviembre de 2019. (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/category/directivos-profesionales/).

LAVILLA RUBIRA, J.J. (1995): "Voz eficacia", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid.

LONGO MARTÍNEZ, F. (1996): "Políticos, directivos y sindicatos como actores de la gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas", *Papers ESADE*, núm. 148.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1993): "Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades", *Revista de Administración Pública,* núm. 130.

MERKL, A (2004): *Teoría general del Derecho Administrativo*, Editorial Comares (edición española), Granada.

MERLONI, F. (1998): "La distinción entre «política» y «administración»", *Documentación Administrativa*, núm. 250-251, enero-agosto.

MESEGUER YEBRA, J. (2005): "El Proyecto de Ley de Conflictos de Intereses y el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa reguladora de las incompatibilidades de los Altos Cargos de la Administración del Estado", *Actualidad Administrativa,* núm. 17, Sección A Fondo, quincena del 1 al 15 octubre.

MESTRE DELGADO, J. F. (1988): *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (Análisis del art. 105 b) de la Constitución)*, Civitas, 2.ª edición ampliada, Madrid.

MÍGUEZ MACHO, L. (2019) "Obligaciones de buen gobierno y régimen jurídico de los altos cargos en la Administración Local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. II, Wolters Kluwer.

MORA RUIZ, M. (2022): "Estatuto del alto cargo tras el cese", en CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (dir.), *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

MORELL OCAÑA, L. (1994): *El sistema de confianza política en la Administración pública*, Civitas, Madrid.

MORELL OCAÑA, L. (2001): "La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, julio-septiembre.

MUÑOZ MACHADO, S. (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general. Tomo I.* Thomson Civitas. Madrid.

MUÑOZ MACHADO, S. (2017): *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XII. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.

NIETO GARCÍA, A. (1986): *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública.

NOVO ARBONA, A. (2000) "Altos cargos y directivos públicos en las Diputaciones Forales Vascas". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58, p. 307.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1994): "Los retos dogmáticos del principio de eficacia", *Revista de Administración Pública*, núm.133.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1996): "La modernización de las Administraciones públicas" *GAPP*, núm. 5 y 6.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2010): "Prólogo", en *La Alta Dirección Pública: Análisis y Propuestas*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L., y MAESO SECO, L. (Coords.), Edit. INAP, Madrid.

OSCA FUERTES, B. (2014): "Aproximación al régimen disciplinario aplicable a alcaldes y concejales regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 febrero.

PALOMAR OLMEDA, A. (2005): "Pautas para el diseño de un estatuto de directivo público en el marco de las administraciones convencionales", en *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, Edit. Foro de Seguridad Social.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. (2000): "Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre.

PAREJO ALFONSO, L. (1989): "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública", en *Documentación Administrativa*, núm. 218/219.

PAREJO ALFONSO, L. (1991): *Crisis y Renovación del Derecho Público*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (1995): *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, Ed. MAP/BOE.

PAREJO ALFONSO, L. (2000): "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos" en el volumen colectivo *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

PAREJO ALFONSO, L. (2002): "Gobierno y Administración pública en la Constitución española", en la obra colectiva dirigida por RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La Administración pública española*, INAP, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (2003): "La cuestión de la organización del gobierno y la administración insulares en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares". *Revista de Estudios de la Administración Local,* núm. 291.

PAREJO ALFONSO, L. (2012): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ GÓMEZ, J.M. (1993): *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones públicas*, Comares, Granada.

PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona.

PIÑAR MAÑAS, J. L. (2011): "La necesidad de una Ley de Transparencia", *El Derecho Público de la crisis económica, Transparencia y Sector Público, 30 Hacia un nuevo Derecho Administrativo* (A. BLASCO, Coordinador), INAP, Madrid.

PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

REBOLLO PUIG, M. (1991): "Juridicidad, legalidad, reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *Revista de Administración Pública*, núm. 125.

RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos.* Iustel, Madrid.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (1997): "Análisis global sobre la reforma administrativa", *Documentación Administrativa*, núm. 246-247.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2006): *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*., Navarra, Thompson-Aranzadi.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2013): "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2014): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9n de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Comares, Granada.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2017): "La transparencia en los gobiernos y las administraciones locales (propuestas de implementación)", *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Madrid.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERCE MAZA, J.I. (2019) "La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato", núm. extraordinario *GABILEX*.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional,* Edit. Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2013): *Derecho de la función pública.* Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007): "Clases de Personal", en AAVV, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988): *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2018): *Principios de derecho administrativo general*, Iustel, Madrid.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2007): en el libro colectivo *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla.

TOMÁS MALLÉN, B. (2004): *El derecho fundamental a una buena administración,* INAP, Madrid.

VILLORIA MENDIETA, M. (2012): *El Marco Institucional de Integridad en España. Situación Actual y Recomendaciones,* Tirant lo Blanch, Valencia.

VILLORIA MENDIETA, M. (2012): "Paradojas y tensiones de la innovación: el caso del open goverment", P3T, *Public Policies and Territory,* Vol. I, núm. 12.

VILLORIA MENDIETA, M. y JIMÉNEZ, F. (2012): "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, vol. 138, 2.

VILLORIA MENDIETA, M. (2017): "Gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas: marco conceptual", Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local, Tecnos, Madrid.

VILLORIA MENDIETA, M. (2018): "La transparencia, la imparcialidad y la calidad democrática", *Dilemata*, núm. 27.

VILLORIA MENDIETA, M. (2020): "Prólogo", en el libro colectivo *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

CAPÍTULO TERCERO. EL ELEMENTO OBJETIVO: RÉGIMEN DE DESEMPEÑO DEL ALTO CARGO.

CAPÍTULO TERCERO. EL ELEMENTO OBJETIVO: RÉGIMEN DE DESEMPEÑO DEL ALTO CARGO.

A lo largo de los anteriores capítulos hemos ido desgranando el marco teórico conceptual, el ámbito subjetivo y los principios rectores que guían la actuación de los altos cargos. Ahora debemos referirnos a determinados elementos y factores objetivos que influyen y sostienen al régimen jurídico de su responsabilidad, y que el marco normativo contempla para el correcto desarrollo de su labor profesional. Nos referimos al régimen de su dedicación, las incompatibilidades, y a determinadas situaciones que previenen y evitan los conflictos de interés.

Según señalábamos en el capítulo primero de este trabajo, el régimen jurídico del alto cargo es expresión de la especial relación de sujeción que mantiene durante el desarrollo de su labor profesional, y que se manifiesta en la existencia de determinadas limitaciones impuestas durante y después del desempeño del cargo para el que fue nombrado[367]. restricciones o imposiciones contempladas en la legislación autonómica como puede ser el deber de residencia impuesto por el artículo 14.2 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero de 2014, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura[368]; o los deberes de lealtad que contempla la legislación catalana (artículo 5 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad).

[367] Como ha destacado FERNÁNDEZ VALMAYOR "El sistema de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas constituye también, como se comprende, una parte importante de la garantía de una actuación administrativa basada en los principios de ética pública". CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2010): "Ética Pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública,* núm. 181.

[368] La realidad es que, en ocasiones, las normas señalan de forma expresa actuaciones que deberían darse por supuestas en el ejercicio de una función de tan significativa responsabilidad, pero que el legislador autonómico ha considerado necesario establecer de forma expresa. Así el apartado 2 del artículo 35 de la legislación extremeña (Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha) no duda en señalar distintos criterios que han de regir la actuación del alto cargo señalando los siguientes:

a) Transparencia en las agendas y actividades oficiales.

b) Profesionalidad y competencia, observando un comportamiento ético digno en el ejercicio de las funciones, los cargos y los intereses que representan, con responsabilidad, buena fe y lealtad institucional, velando siempre por la consecución de los intereses generales.

c) Actuación conforme al principio de legalidad presupuestaria, velando para que los recursos públicos se utilicen con eficacia, eficiencia y economía en el cumplimiento de los fines a que deben destinarse.

d) No utilización de tarjetas de crédito o débito con cargo a cuentas de titularidad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha o de su sector público, salvo en los supuestos legalmente autorizados.

e) Uso adecuado de los elementos materiales y dispositivos electrónicos o de telecomunicaciones necesarios para el buen desarrollo del ejercicio de sus funciones, comprometiéndose a su devolución cuando se produzca el cese en el cargo, salvo que proceda su adquisición en los términos que establezca la legislación patrimonial.

f) Rendición pública de cuentas de su gestión y asunción de la responsabilidad por las decisiones y actuaciones propias y de los órganos que dirigen, sin perjuicio de otras que les fueran exigibles legalmente.

g) Garantía de una adecuada, ordenada y leal colaboración en los supuestos en los que legalmente deba producirse un traspaso de funciones.

1. RÉGIMEN DE DEDICACIÓN DEL ALTO CARGO

La regla general que preside el desempeño del cargo es la dedicación exclusiva. De esta forma, el artículo 13 de la LACAGE señala que "los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea". Pese al carácter taxativo de la Ley, la misma contempla a continuación algunas excepciones, es decir, esa dedicación exclusiva cederá ante determinados supuestos que permiten la compatibilidad de ciertas actividades de carácter público o privado. Para hacer efectiva la plena dedicación a la función del alto cargo la LACAGE prevé varios mecanismos con la intención de garantizar los principios que deben impregnar su actuación. De un lado, la prohibición de ejercer otras actividades distintas a las propias del cargo para facilitar el principio de eficacia, pero también con la previsión de determinadas excepciones. De otro, la regulación de los conflictos de intereses que intenta asegurar específicamente que la función se desarrolla bajo parámetros de objetividad. Y todo ello se acompaña con la creación de determinados registros como instrumentos específicos de información que permiten la aplicación de los anteriores mecanismos.

1.1 Dedicación exclusiva de los altos cargos

La dedicación exclusiva es una de las reglas más clásicas entre las normas que configuran el régimen jurídico de los altos cargos[369]. Constituyendo el fundamento sobre la que se asienta el posterior régimen de incompatibilidades y limitaciones en el ejercicio del cargo[370]. Y estas limitaciones normativas para el desempeño de una segunda actividad,

[369] En el ámbito estatal esta regla se preveía en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargo, y en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, así como en distintas normas autonómicas dictadas al efecto. Es ilustrativo al respecto el artículo 3 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, donde se señala que:

-Las personas que ocupan puestos de alto cargo incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño por sí o mediante sustitución o apoderamiento de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, ya sea de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, retribuidos o no.

El contenido normativo señalado viene a ser similar en casi toda la legislación autonómica que estima como principio básico la dedicación exclusiva del alto cargo. Un ejemplo más reciente lo encontramos en el artículo 49 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, que contempla la siguiente previsión:

"Las autoridades y cargos del sector público autonómico ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas a estas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada simultánea, sin perjuicio de las excepciones previstas en esta ley".

[370] Existe una clara conexión entre la legislación española y la legislación portuguesa en esta materia. Así, la Ley portuguesa 52/2019, de 1 de julio, por la que aprueba el régimen para el ejercicio de funciones de los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos, prevé en su artículo 6.1, en primer término, que los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos ejercen sus funciones en forma exclusiva, sin perjuicio

ya sea pública o privada, responden al hecho de que en caso contrario, no solo pudiera existir merma en la dedicación, sino también un posible menoscabo de la independencia e imparcialidad del alto cargo.

Por ello la legislación estatal prevé como regla general la dedicación exclusiva del alto cargo. Así lo determina el artículo 13 de la LACAGE al señalar que "los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena". Y este paradigma del régimen de desempeño del alto cargo sólo puede ceder ante determinados supuestos previstos en la propia norma. Por su parte la LTBG prevé en el marco de los principios de buen gobierno que los altos cargos "ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios" (artículo 26.2.a apartado 2º), reiterando esta misma idea el artículo 26.2.b) 2º al destacar, entre sus principios de actuación, que "desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses".

En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN ha destacado, refiriéndose a los empleados públicos aunque el mismo razonamiento *mutatis mutandi* puede trasladarse a los altos cargos, que "la imposibilidad de compatibilizar un puesto de trabajo en el sector público, aunque se desempeñe correctamente, con otro puesto de trabajo o con otras actividades productivas, constituye una limitación al derecho del trabajo que proclama el artículo 35 CE y, en suma, un límite a la libertad de empleado público de dedicar su tiempo libre a las actividades que estime oportuno. Pero estas limitaciones no carecen (…) de una justificación objetiva y razonable. Por una parte, la justificación se halla en el principio de imparcialidad y tiende a evitar la colusión de intereses entre las actividades públicas y privadas del empleado público. Esta es la finalidad original y más característica de las incompatibilidades, que constituye una garantía objetiva de la independencia e imparcialidad del empleo público"[371].

Inclusive, y junto a estos motivos que justifican una única retribución y un exclusivo desempeño, el Tribunal Constitucional también ha vinculado este principio a la eficacia. Así la STC 178/1989, de 2 de noviembre señala que "el llamado "principio de incompatibilidad económica", o el principio, en cierto modo coincidente con él, de

---

de lo dispuesto en esta ley y en los respectivos estatutos de los cargos electos locales, del Presidente de la República, etc. Añadiendo el apartado 2º de dicho precepto que el ejercicio de dichas funciones con carácter exclusivo es incompatible con cualesquiera otras funciones profesionales remuneradas o no remuneradas, así como con la integración en los órganos sociales de cualesquiera personas colectivas con ánimo de lucro, a excepción de:

a) Las funciones o actividades derivadas del cargo y las que inherentemente se ejercen;

b) Integración en órganos consultivos o supervisores o consejos de entidades públicas;

c) Las actividades de docencia e investigación en la educación superior, en los términos previstos en los estatutos de cada cargo, así como en los estatutos de las carreras docentes de la educación superior;

d) La actividad de creación artística y literaria, así como cualquier otra actividad que dé lugar a la percepción de remuneración derivada de derechos de autor o derechos afines o propiedad intelectual;

e) La celebración de conferencias, charlas, acciones formativas de corta duración y otras actividades de naturaleza similar;

f) En los casos en que la ley admita expresamente la compatibilidad del ejercicio de funciones.

Las excepciones previstas en los incisos b), c) y e) del párrafo anterior no son aplicables a los miembros del Gobierno (apartado 3º del artículo 6 de la Ley portuguesa 52/2019).

[371] SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017): *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, pp. 316 y 317.

"dedicación a un solo puesto de trabajo" no vulneran en modo alguno la Constitución, ya que no están vinculados únicamente, ni tienen por qué estarlo, de modo exclusivo y excluyente, a la garantía de imparcialidad. Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar "de acuerdo" con él (art. 103.1 CE)"[372].

Por tanto, la exigencia de dedicación exclusiva responde a múltiples causas. En este sentido, como acertadamente han señalado PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, "el propósito o fin último sería crear un ambiente en el que el alto cargo pueda desarrollar sus funciones, sin distracciones, con una plena concentración en la actividad que desarrolla, sin perjuicio, de que pueda evitar en algunos casos situaciones de conflictos de interés, aunque no sea este su fin principal pues para esto último se encuentra el régimen previsto en el artículo 11 de la LACAGE"[373]. Lo que ya nos indica que los conflictos de intereses, aunque complementarios al régimen de incompatibilidades, responden a un fundamento distinto, aunque con finalidades similares al régimen de incompatibilidades. En los primeros se trata de prevenir una eventual situación de conflicto en el ejercicio de su actividad, en los segundos la ley ya presupone que la realización de dichas actividades incompatibles supondrá un demérito que, tarde o temprano, se reflejará en el correcto desempeño del cargo.

Por otro lado, cabe destacar que el propio artículo 13 de la LACAGE establece una serie de excepciones a la dedicación exclusiva del alto cargo[374], pues si se hubiese establecido

[372] Sin embargo, como ha destacado PÉREZ MONGUIÓ "la eficacia no necesariamente está vinculada a la dedicación exclusiva. Un alto cargo puede ser muy eficaz en el ejercicio de todos sus cometidos públicos y desempeñar otras actividades sin que interfieran en ese elemento". PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2022): "Dedicación de los altos cargos en Andalucía", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 191.

[373] PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, pp. 171 y 172. Asimismo, PÉREZ MONGUIÓ ha destacado ha destacado que el pilar en el que se cimienta la dedicación exclusiva se fundamenta en la "la exigencia del desempeño de su actividad con plena dedicación", ya que el propio artículo 3 de la LACAGE señala que los altos cargos estarán sometidos a la observancia de las disposiciones de buen gobierno recogidas en los artículos 26.2.*a)*.2º y 26.2.*b)*.1.º de la LTBG, en los que se determina que ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a los principios generales de buen gobierno, imponiéndoles como principios de actuación desempeñar su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses. PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2022): "Dedicación de los altos cargos en Andalucía", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 191 y 192.

[374] Es frecuente en la legislación autonómica encontrar similar técnica. En primer término, imponer una regla general absoluta y, con posterioridad, detallar qué actividades públicas y privadas son admisibles. Al respecto, y estableciendo esa regla impeditiva en forma detallada, el artículo 39 de la Ley gallega 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno establece que el alto cargo no podrá compatibilizar su actividad pública con:

a) El desempeño, por sí mismo o mediante sustitución de persona interpuesta, de cualquier otro puesto, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena.

b) El ejercicio de cualquier otra función o actividad pública representativa, incluido el ejercicio de cargos electivos en colegios, cámaras o entidades que tengan atribuidas funciones públicas o coadyuven a estas, salvo las autorizadas por la presente ley.

de forma absoluta y sin las necesarias y oportunas excepciones supondría un grave perjuicio para el interés público, ya que pocas personas estarían dispuestas a ejercer el cargo en esas condiciones tan estrictas[375]. Además, por otro lado, sería contradictorio con el desempeño de aquellos cargos que por su propia condición estén comisionados por el Gobierno o por la autoridad que los haya designado para ejercer otras actividades de carácter institucional. En cualquier caso, todo lo que se salga de las excepciones expresamente señaladas por la Ley será, por tanto, incompatible.

De esta forma, en el ámbito estatal y refiriéndonos a un caso típico de compatibilidad de los empleados públicos, un alto cargo estatal no podrá realizar, entre otras, actividades como la docencia en universidades públicas o privadas, dirigir tesis doctorales ni ser miembros de tribunales de evaluación de tesis o de selección de empleados públicos, ser preparadores de oposiciones u ostentar un cargo en empresas privadas, sin perjuicio, eso sí, de que pueda realizar actividades ordinarias de investigación propias del organismo o de la institución en la que ejercen sus funciones, sin percibir en tales casos remuneración, lo que comprende las tareas de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas[376].

---

c) El desempeño, por sí mismo o por personas interpuestas, de cargos de toda índole en empresas o sociedades que tengan contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, sea cual sea la configuración jurídica de aquellas.
d) El ejercicio de cargos, por sí mismo o por personas interpuestas, que lleven anexas funciones de dirección, representación o asesoramiento de toda clase de sociedades mercantiles y civiles y consorcios de fin lucrativo, aunque unos y otros no realicen fines de servicios públicos ni tengan relaciones contractuales con las administraciones, organismos o empresas públicas.
e) La gestión, defensa, dirección o asesoramiento de asuntos particulares ajenos cuando, por su índole, compita a las administraciones públicas resolverlos o quede implicada en ellos la realización de algún servicio o fin público.
f) La percepción de pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de la Seguridad Social público y obligatorio, salvo las pensiones de viudedad, las prestaciones por hijo o hija o persona discapacitada a cargo o el cobro de una cantidad a cuenta por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

[375] De acuerdo con PÉREZ MONGUIÓ, estas excepciones a la dedicación exclusiva del alto cargo intentan evitar la que se ha denominado «muerte civil» (PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2022): "Dedicación de los altos cargos en Andalucía", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 191 y 192).

[376] No es así de forma generalizada en el ámbito autonómico en el que, por ejemplo, el apartado 3 del artículo 3 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, permite:
"Compatibilizar sus funciones con el ejercicio retribuido o no de la docencia en la enseñanza universitaria, siempre que no suponga detrimento de su dedicación y, en todo caso, con un límite no superior a las setenta y cinco horas anuales o su equivalencia con el régimen de dedicación del profesorado expresado en créditos ECTS. Igualmente, de manera retribuida o no y con el límite de setenta y cinco horas, podrán participar en seminarios, jornadas o conferencias organizadas por centros oficiales destinados a formación del personal de las administraciones públicas, siempre y cuando no tenga carácter permanente y participen en los mismos por razón del cargo, de su especialidad profesional o de la posición que ocupen en la organización administrativa del sector público".
O de la Ley 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo artículo 7 regula la compatibilidad con la función docente estableciendo, a estos efectos, que:
1. Los altos cargos podrán compatibilizar sus actividades propias con funciones universitarias en régimen de dedicación a tiempo parcial, previa autorización expresa del Gobierno de Canarias, en la que se fijarán los límites retributivos máximos a percibir, así como el número de horas máximo de ejercicio de la actividad compatible.

1.2 La regla de la retribución única.

El artículo 13.1 de la LACAGE señala que los altos cargos "tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea"[377]. Se trata, en este supuesto, de una regla complementaria a la dedicación exclusiva que refuerza, más si cabe, la intención del legislador de sujetar al alto cargo a un régimen de dedicación absoluta ya sea en lo referido a qué actividades puede desarrollar cómo a qué retribuciones puede percibir por aquellas actividades que se exceptúan de esa imposibilidad de prestación.

Respecto a las actividades compatibles públicas, el artículo 13.2.a apartado 3º último párrafo de la LACAGE especifica que los altos cargos no podrán percibir remuneración, con excepción de las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados que les correspondan de acuerdo con la normativa vigente, cuestión que parece a todas luces sensata[378].

---

2. El desempeño de un alto cargo será compatible con la impartición y dirección de seminarios, cursos o conferencias en centros oficiales destinados a la selección, formación y perfeccionamiento de funcionarios, siempre que no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, quedando exenta dicha actividad de declaración expresa de compatibilidad.
3. Las actividades docentes a que se refieren los apartados anteriores no podrán suponer menoscabo o limitación de las tareas derivadas del cargo público que se ostente.

[377] Dicha regla también es contemplada con carácter general, expresa o implícitamente, en las normas autonómicas. Así, y en forma detallada, el artículo 4 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad de Cataluña establece que:
1. Los altos cargos al servicio de la Generalidad no pueden percibir más de una retribución o compensación a cargo de los presupuestos públicos ni ninguna otra remuneración que provenga de una actividad privada, salvo las excepciones establecidas por la presente ley.
2. La retribución que deben percibir los altos cargos al servicio de la Generalidad es la que esté establecida presupuestariamente para el cargo principal que ejercen, sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones y primas de asistencia que les correspondan por formar parte de órganos colegiados, de órganos de gobierno o de consejos de administración de empresas o entidades o que sean expresamente declaradas compatibles de acuerdo con lo establecido por la presente ley.
3. Los altos cargos al servicio de la Generalidad no pueden tener, individualmente o junto con sus cónyuges, convivientes de acuerdo con la normativa de uniones estables de pareja o demás familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad, la titularidad de participaciones que representen un porcentaje igual o superior al 10% del capital en empresas que tengan conciertos, convenios o contratos de cualquier tipo con el sector público estatal, autonómico, comarcal o local.
4. La percepción de pensiones de derechos pasivos y de la Seguridad Social es incompatible con el ejercicio de un alto cargo al servicio de la Generalidad, salvo que la normativa reguladora de la Seguridad Social permita percibir dicha pensión y a la vez trabajar o percibir rentas. Si una persona, en el momento de ser designada o nombrada para un alto cargo, está percibiendo una pensión, esta queda en suspenso. La pensión se recupera automáticamente cuando dicha persona cesa en el cargo.
5. La intervención de la Administración de la Generalidad no debe autorizar, en su caso, las nóminas o entregas en las que se infrinja el presente artículo y debe comunicar este hecho al departamento competente en materia de función pública.
Y, en el caso de Baleares, el apartado 2 del artículo 35 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears establece que:
"Tampoco pueden percibir ninguna otra remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes, ni ninguna otra percepción que de manera directa o indirecta provenga de una actividad privada".

[378] A este aspecto concretamente se ha referido PÉREZ MONGUIÓ citando a MIR Y CRUZ, al señalar que "En la teoría resulta lógico y plausible que a un alto cargo, en el desarrollo de las actividades públicas

Por lo que se refiere a las actividades compatibles privadas, tal como establecía la mayoría de la legislación autonómica y la precedente estatal, la LACAGE se refiere a la mera administración del patrimonio personal o familiar y a las de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes. En cuanto a la participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o en fundaciones, se establece que será necesario que no perciban ningún tipo de retribución, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione.

1.3 Percepción de regalos o servicios

La percepción de un regalo por parte de un alto cargo podría originar un conflicto de interés y, aunque esta práctica no se encuentra prohibida por la LACAGE, CERRILLO I MARTÍNEZ ha destacado que puede poner en entredicho el desarrollo objetivo de la actividad del alto cargo de acuerdo con los parámetros de objetividad e imparcialidad[379]. Y es que, como puede suponerse, hay regalos de cortesía y otros cuyo valor sin duda les permite ser catalogados como algo más que un regalo[380].

Afortunadamente, la LTBG sí se encarga de regular esta materia al incorporar como principio de actuación que los altos cargos no aceptarán regalos, favores o servicios en condiciones ventajosas que superen los usos habituales, sociales o de cortesía y puedan condicionar el desarrollo de sus funciones[381]. Si bien, esta regulación resulta escueta y

compatibles, le sean reembolsados los gastos que le origine el desempeño de sus funciones. El problema, como han puesto de manifiesto Mir y Cruz, es que aunque el dirigente desempeñe dos labores y que esté prohibido que perciba dos salarios, no sucede lo mismo con las dietas por transporte, manutención, etc., que adquieren por ambas tareas". PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2022): "Dedicación de los altos cargos en Andalucía", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 194. Puede verse también MIR, S. y CRUZ, G. (2013): *Mamá, quiero ser político*, La Esfera de los libros.

[379] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017): "La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General de Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 12, p. 85.

[380] Respecto de este punto es preciso citar a PEREZ MONGUÍO, J.M. (2019): "Percepción de regalos y/o servicios por parte de los altos cargos", *Actualidad Administrativa*, núm. 1 Extra.

[381] De nuevo, y como en supuestos anteriores, aunque no en todos los casos, la legislación autonómica se ha hecho eco de dichas previsiones y, en este sentido, se puede destacar la legislación vasca que se refiere a los principios de conducta individual y contempla que no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas (artículo 6 Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco). De mucho más interés por su concreto contenido fue el intento de regulación de Canarias (Proyecto de Ley caducado) que contemplaba específicas previsiones para los regalos. En concreto, su artículo 40 establecía que:

1. Las personas que desempeñen cargos públicos deberán rechazar los regalos, obsequios o donaciones realizados por personas, entidades o instituciones por cualquier causa relacionada con sus competencias o funciones.

2. Se excluyen de la obligación prevista en el apartado anterior los regalos, obsequios, muestras de cortesía social y atenciones protocolarias siguientes:

poco precisa en los términos empleados en contraposición con otros países como, a título de ejemplo, GARCÍA MEXÍA ha destacado respecto de la regulación desarrollada en EEUU en esta materia[382]. Por ello, PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS proponen la incorporación por vía reglamentaria de las siguientes medidas[383]:

a) Establecer un límite a partir del cual los obsequios no podrán ser considerados de cortesía[384].
b) Concretar un límite anual de los obsequios de cortesía que podrá recibir un alto cargo.
c) Considerar de forma unitaria todos los obsequios realizados por una persona para evitar que se pueda burlar la norma con obsequios de pequeño importe de forma reiterada.
d) Prever que, en caso de duda sobre el valor del bien percibido, el alto cargo pueda consultar a la Oficina de Conflictos de Intereses.
e) Establecer el Régimen aplicable a muestras de cortesía y atenciones protocolarias siguiendo el ejemplo de la Resolución de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por lo que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia de 24 de julio de 2014 por el que se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia.

---

a) Las atenciones enmarcadas en los usos habituales y costumbres sociales de cortesía, siempre que no sobrepasen el importe de 90 euros.
b) Los obsequios oficiales o de carácter protocolario que se puedan recibir en ejercicio de misiones institucionales entre gobiernos y todo tipo de autoridades.
c) Los gastos y atenciones derivados de la participación en un acto público o visita oficial en razón de su cargo, así como de la participación o presencia en ponencias, congresos, seminarios o actos similares de carácter científico, técnico o cultural.
3. En el caso de que, por cualquier causa, no sea posible la devolución de los regalos, obsequios o donaciones a que se refiere el apartado 1 anterior a quien los haya realizado, los cargos públicos deberán remitirlos al órgano competente para la gestión patrimonial de la comunidad autónoma, para su incorporación al patrimonio de la comunidad autónoma cuando tengan naturaleza no fungible, dándoles el destino al uso que proceda.
4. El órgano competente para la gestión patrimonial de la comunidad autónoma remitirá anualmente, a la Oficina de Intereses de Cargos Públicos, una relación de los regalos, obsequios o donaciones recibidos durante cada año natural, haciendo constar la descripción de los mismos y el cargo público remitente. (Proyecto de Ley Reguladora del estatuto de las personas que ocupan cargos públicos y buen gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias).

[382] Expone dicho autor que "la legislación en materia de percepción o aceptación de regalos o condecoraciones cuenta en EEUU con una sólida tradición que se remonta hasta la propia Constitución de 1787. Bien puede imaginarse su principal propósito: impedir que el cargo o funcionario pueda verse condicionado en su actuación por los obsequios que acepte: bien procedan de terceros ajenos a los poderes públicos (…); bien procedan incluso de sus propios subordinados en el interior del poder ejecutivo.
Los más interesantes aspectos de este régimen jurídico figuran en su previsión de declaraciones. Están obligados a formular declaración ante la agencia en que presten sus servicios: los cargos o funcionarios que depositaren regalos ante dichos organismos y agencias, así como los cargos y funcionarios que hubieren aceptado viajes o dietas en tal concepto. El objeto de la declaración incluye fundamentalmente los datos de identificación de la fuente del regalo o abono, así como su naturaleza, valor y circunstancias".
GARCÍA MEXÍA, P. (2001): *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea,* Aranzadi, Navarra, p. 7164.

[383] PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 181 y 182.

[384] El establecimiento de límites, por lo natural referido a su cuantía, no deja de ser problemático. En distintos casos, el límite se ha fijado en 400 euros (instrucción del denominado caso "condor"; 90 euros (en el Proyecto de Ley de Canarias); 50 euros (Unión Europea), etc.

f) Todos los obsequios y favores o servicios recibidos por los altos cargos deben ser comunicados a la Oficina de Conflictos de Intereses.

g) Crear un registro de acceso público en el que consten los regalos, obsequios y servicios recibidos por los distintos altos cargos[385].

Y es que, en efecto, la introducción de límites como los expuestos, y una regulación más detallada[386], permitiría deslindar ese tradicional uso del regalo de cortesía de otras actuaciones que, como hemos podido apreciar en los pasados años, comportaban algo más que la cortesía estrictamente señalada[387].

En el caso de Portugal, bajo la denominación de ofertas institucionales y hospitalidades, el artículo 16 de la Ley 52/2019, por la que se aprueba el régimen para el ejercicio de funciones de los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos, regula en forma más detallada la recepción de regalos y servicios estableciendo determinadas excepciones y reglas. La cantidad límite a partir de la cual se considera ha de ser comunicada al organismo competente para decidir su destino final se fija en 150 euros[388]. Los ministros

[385] En el caso de Navarra, y derivado de la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por la que se establece un código de buen gobierno, se contempla la obligación de remisión de información, de manera acumulada y trimestralmente, relativa a los regalos recibidos y el destino de los mismos. Puede verse, respecto de este punto, https://gobiernoabierto.navarra.es/es/open-data/datos/regalos-miembros-del-gobierno-altos-cargos. También, en el caso del Consell Insular de Mallorca, y conforme a su Código ético de transparencia y buen gobierno, se ofrece información trimestral a este respecto. Véase https://conselldemallorca.transparencialocal.gob.es/es_ES/categoria/institucional/altoscargos/obsequiosrecibidos.

[386] De necesaria referencia, en este punto, resulta el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, de 5 de noviembre de 2015, que regula el régimen de regalos que reciban el Alcalde, los Miembros de la Junta de Gobierno, los Concejales con responsabilidades de gobierno, los Concejales-Presidentes de los Distritos, los titulares de los órganos directivos y los empleados públicos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos. O la Ordenanza de Transparencia y Buen Gobierno de la Diputación Provincial de Jaén [BOP 13 de marzo de 2015]. Y en el ámbito de la Unión Europea, es preciso referirse a la *Communication from Vice-President Šefčovič to the Commission on Guidelines on Gifts and Hospitality for the staff members*, de 7 de marzo de 2012.

[387] De esta forma, junto con remitir a un desarrollo reglamentario, el artículo 3 apartado 6 de la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por la que se establece un Código de Buen Gobierno de Navarra impone determinados requisitos para la aceptación de dichos regalos y establece a tales efectos que:

"Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.

En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional se incorporarán al patrimonio de la Comunidad Foral, en los términos previstos en las leyes forales, y de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente".

[388] Establece el artículo 16 de la Ley portuguesa 52/2019 que:

"1 - Las ofertas de bienes materiales o servicios con un valor estimado superior a 150 (euros), recibidas en el ámbito del ejercicio de un cargo o función, deberán presentarse al organismo definido en el respectivo Código de Conducta.

2 - Cuando el titular del cargo reciba de la misma entidad, en el transcurso del mismo año, varias ofertas de bienes materiales que conforman el valor estimado a que se refiere el número anterior, deberá comunicar este hecho a los efectos de su registro. las ofertas y proceder a la presentación de todas aquellas que se reciban después de alcanzar ese valor.

3 - El destino de las ofertas sujetas al deber de presentación, teniendo en cuenta su naturaleza y relevancia, es establecido por el órgano competente para el registro definido en el respectivo Código de Conducta.

4 - Las ofertas dirigidas a una entidad pública son siempre registradas y entregadas en el organismo a que se refiere el párrafo anterior, independientemente de su valor y destino final que se les asigne.

5-Sin perjuicio de otras reglas aplicables al cargo o categoría, los titulares de los cargos amparados por esta ley en esa calidad como invitados, podrán aceptar invitaciones dirigidas a ellos para eventos oficiales o de entidades públicas nacionales o extranjeras.

y funcionarios del Reino Unido, así como sus familias, tienen prohibido aceptar regalos de más de 140 libras y resultan obligados a informar de los obsequios que reciben. En Italia, el Ejecutivo de Romano Prodi estableció que los regalos de más de 300 euros que recibieran los ministros fueran donados al Estado. Y, en la propia Comisión Europea, el Ejecutivo de la UE tiene como límite la cantidad de 150 euros y los comisarios están obligados a declarar los regalos en un registro en línea en internet[389].

2. LIMITACIÓN DE ACTIVIDADES DURANTE EL EJERCICIO DEL ALTO CARGO.

En el ámbito estatal, la LACAGE distingue entre actividades públicas y actividades privadas del alto cargo (artículo 13), añadiendo algunas determinaciones complementarias sobre la limitación de participación en sociedades (artículo 14) o sobre la realización de actividades privadas tras el cese en el ejercicio del alto cargo (artículo 15). Nada contempla la Ley, sin embargo, sobre los efectos que las actividades previas puedan tener sobre el ejercicio de las funciones atribuidas al alto cargo[390] o el alcance de las mismas respecto de familiares directos como cónyuges o parejas de hecho que sí aparece, por ejemplo, en otras legislaciones europeas como la portuguesa[391].

---

6 - Los titulares de cargos cubiertos por esta ley, que sean invitados en tal calidad, también podrán aceptar cualquier otra invitación de entidades privadas hasta un valor máximo estimado de 150 (euros):
a) Que sean compatibles con el carácter institucional o con la relevancia de la representación propia del cargo; o
b) Que configuren una conducta socialmente adecuada y acorde con los usos y costumbres.
7 - Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas relativas a los deberes de información sobre ingresos y bienes, la aceptación de ofertas, transporte o alojamiento que se produzcan en el contexto de relaciones personales o familiares no está sujeta al deber de registro.
8 - Lo dispuesto en esta ley no se aplicará a las ofertas de bienes y servicios, aceptación de invitaciones y atenciones a los partidos políticos, incluidos los respectivos grupos parlamentarios, a través de sus órganos, delegaciones o representaciones, sin perjuicio de las normas derivadas del régimen legal para la Financiamiento de partidos políticos y campañas electorales.

[389] Datos extraídos de los informes realizados de la Red Europea de Administración Pública https://www.eupan.eu/

[390] Es de resaltar, en el caso de Portugal, que las limitaciones (impedimentos en la terminología usada en el Derecho portugués) no se limitan a actividades durante o con posterioridad al cese, sino que, asimismo, el artículo 8 de la ley 52/2019 establece limitaciones derivadas de las actividades previas ejercidas por el alto cargo. De esta forma, se establece que:
1 – Los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos que, en los últimos tres años anteriores a la fecha de investidura en el cargo, hayan ocupado, en los términos del artículo 9, el porcentaje del capital social en las sociedades a que se refiere el mismo o tengan órganos sociales integrados de cualquier persona jurídica con ánimo de lucro no podrá intervenir:
a) En los procedimientos de contratación pública para el suministro de bienes o servicios al Estado y otras personas jurídicas públicas a las que se opongan aquellas empresas y personas jurídicas de su propiedad;
b) En la ejecución de contratos del Estado y otras personas jurídicas públicas que celebre con ellos;
c) En cualesquiera otros procedimientos formalmente administrativos, así como los actos jurídicos y sus actos preparatorios, en los que aquellas sociedades y personas jurídicas sean destinatarias de la decisión, puedan generar dudas sobre la exención o corrección de su conducta, concretamente en las de otorgamiento. o modificando autorizaciones o licencias, actos de expropiación, otorgamiento de beneficios de contenido patrimonial y donación de bienes.
2-El impedimento previsto en el párrafo anterior, con las adaptaciones necesarias, es igualmente aplicable a los titulares de los cargos a que se refieren los artículos 4 y 5 cuando realicen actos en materia administrativa".

[391] El Artículo 9 de la Ley portuguesa 52/2019, a estos efectos, establece que:
1 - Se prohíbe a los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos actuar como árbitros o peritos, de forma gratuita o remunerada, en cualquier proceso en el que el Estado y otras personas jurídicas públicas sean parte.

La legislación autonómica, con mayor detalle, también señala las actividades públicas compatibles coincidiendo en gran medida con las previstas en la legislación estatal[392],

2 - Los titulares de cargos políticos o cargos públicos de alto nivel a nivel nacional, por sí mismos o en las sociedades en las que ejerzan funciones de dirección, y las sociedades que ostentan en un porcentaje superior al 10% del respectivo capital social, o cuyo capital social ostentan mayores de 50.000 (euros), no pueden:
a) Participar en los procedimientos de contratación pública;
b) Intervenir como consultor, especialista, técnico o mediador, de cualquier forma, en los actos relacionados con los procedimientos de contratación a que se refiere el párrafo anterior.
3.- El régimen a que se refiere el párrafo anterior se aplica a las sociedades en las que el titular del órgano u oficio ostenta, por sí mismo o junto con su cónyuge, unida de facto, ascendiente y descendiente en cualquier grado y colateral hasta el 2.º grado, una participación superior al 10% o cuyo valor sea superior a 50 000 (euros).
4 - El régimen al que se refiere el apartado 2 también se aplica a sus cónyuges que no se encuentren separados de las personas y bienes, o de la persona con la que convivan en unión de hecho, en relación con los procedimientos de contratación pública iniciados por la persona jurídica que tiene el cónyuge o pareja soltera.
5-El régimen de los apartados 2 a 4 se aplica a los demás titulares de cargos políticos y altos cargos públicos de ámbito regional o local no contemplados en el apartado 2, sus cónyuges y parejas de hecho y respectivas empresas, en relación a los procedimientos de contratación pública desarrollados por la persona jurídica autonómica o local de cuyos órganos forman parte.
6 - En el caso de los titulares de órganos ejecutivos de autoridades locales, sus cónyuges y parejas de hecho y respectivas sociedades, también es de aplicación el régimen de los apartados 2 a 4 en relación a los procedimientos de contratación:
a) Las parroquias que forman parte del ámbito territorial del respectivo municipio;
b) El municipio en el que se integra territorialmente la respectiva parroquia;
c) Las entidades supramunicipales de las que forma parte el municipio;
d) Las entidades del respectivo sector empresarial local.
7 - Para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos anteriores, los titulares de cargos políticos o altos cargos públicos y sus cónyuges que no se encuentren separados de personas y bienes tienen derecho, sin dependencia de otras formalidades, al pago de la cuota. por sí mismos sometidos, en los términos previstos en el Código Civil, a la exoneración de un socio, en los términos previstos en el Código de Sociedades Comerciales oa la suspensión de su participación accionarial durante el ejercicio del cargo.
8 - El derecho previsto en el párrafo anterior podrá ejercitarse en relación con la liquidación y exoneración de la totalidad del valor de la acción o únicamente de la parte que supere el importe del 10% o 50.000 (euros), y, si el titular de el cargo no ejerce ninguna de las facultades previstas en el apartado 7, la sociedad podrá decidir suspender su participación accionarial.
9 - Contratos celebrados por personas jurídicas públicas de cuyos órganos sean titulares los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos con las siguientes personas con las que tengan relaciones familiares:
a) Ascendientes y descendientes en cualquier grado del titular del cargo;
b) Cónyuges que se encuentren separados de la persona y bienes del titular del cargo;
c) Las personas que se encuentren en relación de hecho con el titular del cargo.
10 - Lo dispuesto en el párrafo anterior también se aplicará a los contratos celebrados con sociedades en las que las personas a que se refiere el párrafo anterior ejerzan un control mayoritario y a los contratos celebrados con sociedades en cuyo capital ostente el titular de un cargo político o alto cargo público, por sí mismos o conjuntamente con el cónyuge o pareja de hecho, una participación inferior al 10% o de un valor inferior a 50.000 (euros).
11-Lo dispuesto en este artículo se aplicará a las sociedades profesionales que estén sujetas a colegios públicos profesionales.

[392] A título de ejemplo, en el caso de la legislación vasca, el artículo 15 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos contempla las siguientes excepciones:
a) El desempeño de los cargos que institucionalmente le correspondan y de aquellos para los que resulte expresamente comisionado por el Parlamento Vasco, por el lehendakari o por el Gobierno.
b) El cumplimiento de misiones temporales o de funciones de representación en organizaciones o conferencias estatales o internacionales u otras constituidas entre instituciones de naturaleza pública.
c) La representación del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco en órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos, sociedades o cualquier otra entidad pública.

aunque suele utilizar en algunos casos una técnica normativa distinta. En unos casos se distingue entre actividades compatibles públicas o privadas, sobre todo en aquellas Comunidades autónomas que han aprobado su normativa específica en esta materia después de la publicación de la LACAGE[393]. En otros casos, la legislación autonómica no realiza dicha distinción[394]. Por último, algunas Comunidades Autónomas aunque incluyen dicha distinción regulan casos específicos como puede ser la docencia o el desempeño de cargos electivos[395] o, en fin, ligando dichas actividades incompatibles a la finalidad que persiguen sin distinguir si se trata de actividades públicas o privadas[396].

d) La participación en los órganos de dirección o de gobierno de sociedades, fundaciones, consorcios o de cualquier entidad privada, en representación del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Bien es cierto que, además, añade específicamente en el artículo 16 una consideración específica para la compatibilidad con cargos electivos y, en el artículo 17, una relativa a la docencia.

[393] Así sucede en el artículo 7 de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León

[394] Ejemplo de ello lo encontramos en la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que en un extenso artículo (artículo 29), establece como causas de compatibilidad las siguientes:

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el ejercicio de las funciones propias del Cargo público podrá compatibilizarse:

a) Con la representación de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los órganos de gobierno o consejos de administración de organismos, entes, fundaciones, consorcios, empresas o sociedades con capital público, con las limitaciones establecidas para estos supuestos en la legislación general del Estado.

Las cantidades que se devenguen como remuneraciones no indemnizatorias, por cualquier concepto, incluidas las dietas de asistencias a órganos de entidades en las que se represente a la Administración, serán ingresadas directamente por el organismo, ente o empresa en la Tesorería de la Comunidad Autónoma.

b) Con las actuaciones que deriven de la administración de su patrimonio personal o de la unidad familiar o las no retribuidas que pudieran realizarse profesionalmente en relación con dicha unidad familiar salvo en el supuesto de participación en el capital de empresas y sociedades previsto en el artículo 33.2 de esta Ley.

c) Las actividades de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o pueda suponer un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes.

d) Con el desempeño de cargos representativos en partidos políticos y la participación en instituciones o entidades culturales, benéficas o protocolarias que no tengan ánimo de lucro y siempre que no perciban ningún tipo de retribución o percepción por dicha participación.

2. Conforme a la Constitución y el Estatuto de Autonomía el presidente deberá ser miembro de la Asamblea de Extremadura. El resto de los miembros del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura pueden ostentar la condición de diputados de la Asamblea de Extremadura. En el supuesto de que un alto cargo de la Administración autonómica ejerza funciones de relaciones entre ésta y la Asamblea de Extremadura expresamente contempladas en el correspondiente decreto de estructura orgánica, podrá ser, a su vez, miembro de la misma. En todo caso, no se tendrá derecho a retribución de ningún tipo por dicha condición de parlamentario.

3. Los cargos públicos definidos en esta Ley que no sean el presidente ni los miembros del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura podrán desempeñar cargos de representación popular en el ámbito de la Administración Local siempre que no se perciba remuneración, retribución o indemnización por cualquier forma o concepto. Estos cargos públicos no podrán ser miembros de la Asamblea de Extremadura, salvo el supuesto

contemplado en el apartado anterior de este mismo artículo de que un alto cargo de la Administración autonómica ejerza funciones de relaciones entre ésta y la Asamblea de Extremadura expresamente contempladas en el correspondiente decreto de estructura orgánica.

[395] Puede verse, a este respecto, los artículos 8 a 11 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad de Cataluña.

[396] Es el caso de la Ley 5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política de Murcia cuyo artículo 9 relaciona la incompatibilidad de las actividades públicas con el deber de eficacia; con el principio de objetividad (artículo 10); y con el principio de igualdad (artículo 11).

Cabe resaltar, en este aspecto, la exhaustiva y prolija relación de incompatibilidades que se establecen el caso de Andalucía y que, si bien puede preservar los valores de la eficacia, la objetividad y la integridad, también puede ser, y seguramente así ocurre en un importante número de casos, un importante freno a la hora de aceptar el cargo[397]. Y es

[397] En efecto, el artículo 6 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, de forma muy pormenorizada establece que, conforme a lo previsto en el artículo 3, los altos cargos son incompatibles entre sí y en particular:
a) Con todo otro cargo que figure al servicio o en los presupuestos de las administraciones, organismos o empresas públicas, o con cualquier actividad por cuenta directa o indirecta de las mismas, así como las funciones públicas retribuidas mediante arancel, participación o cualquier otra forma especial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.3.
b) Con el desempeño por sí o por persona interpuesta de cargos de todo orden, funciones de dirección o de representación, así como de asesoramiento y mediación de empresas o sociedades concesionarias, empresas inmobiliarias, contratistas de obras, servicios o suministros, o con participación o ayudas del sector público cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas, con la excepción prevista en el artículo 5.1.
c) Con el ejercicio de cargos, por sí o por persona interpuesta, que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento de toda clase de compañías, sociedades mercantiles y civiles, y consorcios de fin lucrativo, aunque unas y otros no realicen fines o servicios públicos ni tengan relaciones contractuales con las administraciones, organismos o empresas públicas.
d) Con el ejercicio por sí o por persona interpuesta o mediante sustitución de la profesión a la que por razón de sus títulos o aptitudes pudiera dedicarse, salvo que se trate de actividades científicas no retribuidas y sin dedicación horaria obligatoria, y siempre que no suponga detrimento de su dedicación.
e) Con la percepción de pensiones de derechos pasivos o de cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.
f) Con el ejercicio de toda clase de actividades en entidades de cualquier tipo, salvo que sean anejas al cargo o se trate de la participación no retribuida en fundaciones, asociaciones y demás entidades sin ánimo de lucro o en actividades, igualmente no retribuidas, que resulten de interés social o cultural y siempre que no suponga detrimento de su dedicación.
g) Con la gestión, defensa, dirección o asesoramiento de asuntos particulares ajenos, cuando por la índole de las operaciones de los asuntos competa a las administraciones públicas resolverlos o quede implicado en ellos la realización de algún fin o servicio público.
h) Con figurar en cualquier forma de promoción de empresas o actividades profesionales privadas.
i) Con el ejercicio de funciones de dirección en cámaras, colegios profesionales, sindicatos y organizaciones empresariales.
j) Con ser encausados judicialmente por delitos de falsedades, contra la libertad, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, contra la Constitución, contra la Administración de Justicia, contra la Administración Pública, contra la Comunidad Internacional, de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, contra el orden público, de financiación ilegal de los partidos políticos, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o por cualesquiera otros delitos dolosos castigados con penas graves o que conlleven inhabilitación especial para empleo o cargo público o suspensión de empleo o cargo público, desde que sea firme la resolución que acuerde la apertura del juicio oral o el procesamiento y hasta que finalice la causa por todos sus trámites, incidentes y recursos, o bien hasta que se acuerde el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa.
k) Con ser condenados por sentencia firme por la comisión de delitos de falsedades, contra la libertad, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, contra la Constitución, contra la Administración de Justicia, contra la Administración Pública, contra la Comunidad Internacional; de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional; contra el orden público, de financiación ilegal de los partidos políticos, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o por cualesquiera otros delitos dolosos castigados con penas graves o que conlleven inhabilitación especial para empleo o cargo público o suspensión de empleo o cargo público, hasta que los antecedentes penales hayan sido cancelados.
l) Con ser condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, por delitos distintos a los indicados en el párrafo k), hasta que se haya cumplido la condena.
m) Con ser inhabilitados para empleo o cargo público o suspendidos de empleo o cargo público, por sentencia o resolución administrativa firme, por el tiempo que dure la condena o sanción, en los términos previstos en la legislación penal o administrativa.

que, en esta materia, es preciso guardar un preciso equilibrio que, preservando los valores y principios que se trata de asegurar, no se convierta en un hándicap para atraer el talento al servicio público.

2.1 Actividades públicas compatibles.

Las actividades públicas compatibles con el ejercicio de alto cargo aparecen contempladas en la legislación estatal en el artículo 13.2, apartados a) y b) de la LACAGE, sin muchas novedades respecto a la legislación anterior, en la que únicamente cabe reseñar que se incorpora una nueva autorización de compatibilidad. En concreto, la referida al "desempeño de las actividades ordinarias de investigación propias del organismo o institución en el que ejercen sus funciones, sin percibir en tales casos remuneración por ello". Veamos a continuación cada una de ellas.

El ejercicio de las funciones de un alto cargo será compatible con las siguientes actividades públicas:

a) *El desempeño de los cargos que les correspondan con carácter institucional, de aquellos para los que sean comisionados por el Gobierno, o de los que fueran designados por su propia condición.*

En realidad, el precepto incluye dos supuestos diferentes. Por un lado, aquellos cargos que desarrollan su actividad tras su nombramiento y, por otro lado, aquellos otros cargos que requieren una designación tras su nombramiento, es decir, aquellos cargos para los que sean comisionados del Gobierno y los que fueran desinados por su propia condición. Se trata, como apuntamos anteriormente, de una autorización lógica en la medida en que el propio desempeño del cargo implica, por su propia naturaleza, la presidencia o la participación en distintas entidades dependientes o adscritas al área de actuación del alto cargo.

PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS distinguen además un segundo criterio de clasificación "que podría tener su origen, exclusivamente a los efectos sistemáticos, en la propia actividad. Esto es, por una parte, aquellas inherentes vinculadas material o institucionalmente al cargo, como son el desempeño de las actividades que le correspondan con carácter institucional o material al cargo, y también las actividades para las que pudieran ser comisionados por el Gobierno"[398].

n) Con ser inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia firme de calificación del concurso.
ñ) Con ser titulares o autorizados de cuentas bancarias o de otros activos financieros en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, en los términos previstos en el artículo 5.2, hasta que se demuestre de modo fehaciente la cancelación de la cuenta o del correspondiente activo financiero, o bien dejen de ser titulares o autorizados de esas cuentas bancarias u otros activos financieros.
o) Con ser sancionados mediante resolución administrativa firme, por la comisión de infracciones administrativas tipificadas en la ley de lucha contra el fraude y la corrupción y protección de la persona denunciante, hasta la finalización del plazo de prescripción de la sanción y con independencia de que la misma haya sido ejecutada y cumplida.

[398] PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): S. *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, pp. 184 y 185.

b) El desarrollo de misiones temporales de representación ante otros Estados, o ante organizaciones o conferencias internacionales.

De nuevo, y como en el caso anterior, nos encontramos ante una excepción a la dedicación exclusiva de la función que ocupe el alto cargo que resulta acorde con el régimen del ejercicio de su actividad. Y es que, como quiera que la actividad internacional de España se desarrolla en distintas esferas, amén de la diplomática, el alto cargo, como máximo responsable de una determinada área de acción, resulta ser el más cualificado para el desempeño de funciones de representación en los distintos foros y organizaciones internacionales en los que participa España. Es preciso, sin embargo, que esta actividad pública compatible se refiera expresamente a aquellos supuestos de representación del Gobierno ante otros Estados u organizaciones o conferencias internacionales, que tendrá carácter temporal en todo caso[399], quedando excluidas, por tanto, cualesquiera tipos de organismos que no tengan tal carácter[400].

Bien es cierto que el precepto plantea la duda de si se incluyen aquí o no organizaciones internacionales de carácter no gubernamental ya que nada aclara al respecto, si bien, y desde mi punto de vista, estas últimas quedarían excluidas ya que el precepto parece apuntar a aquellas organizaciones donde participan Estados y no actores privados[401].

c) El desempeño de la presidencia de las sociedades, así como la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de Derecho Público.

En este supuesto estamos también ante diferentes supuestos con un distinto radio de acción y diferentes exigencias. Por un lado, se menciona el desempeño de la presidencia de sociedades mercantiles estatales cuyo capital social sea de titularidad pública y, por otro lado, se refiere el precepto a la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de Derecho Público.

Respecto a la primera de las actividades, se exige que la naturaleza de los fines de la sociedad guarde conexión con las competencias legalmente atribuidas al alto cargo. Asimismo, se establece con carácter preceptivo la necesaria autorización del Consejo de Ministros. Y, respecto de la segunda, se establece un límite: no se podrá pertenecer a más de dos consejos de administración de dichos organismos, empresas, sociedades o

[399] Como en el caso anterior se reitera en la legislación autonómica dicha autorización y así, por ejemplo, en la legislación de Cataluña, en concreto, la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, en el artículo 9.1 d) señala "El cumplimiento de misiones temporales de representación en organizaciones o conferencias nacionales e internacionales".

[400] Es preciso señalar, a este respecto, que resulta comúnmente admitido que un organismo internacional u organización intergubernamental (OI) se defina como "todo grupo o asociación que se extiende más allá de las fronteras de un Estado particular, y que adopta una estructura orgánica permanente".

[401] No se puede llegar a la misma conclusión respecto del conjunto de la legislación autonómica ya que, en el caso de la legislación extremeña (Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura), expresamente se permite el ejercicio del alto cargo con el desempeño de cargos representativos en partidos políticos y la participación en instituciones o entidades culturales, benéficas o protocolarias que no tengan ánimo de lucro y siempre que no perciban ningún tipo de retribución o percepción por dicha participación. Y, a estos efectos, no se indica si las mismas tienen o no carácter internacional.

entidades, salvo que lo autorice el Consejo de Ministros[402]. En ambos supuestos, sin embargo y como ya se apuntó, los altos cargos no podrán percibir remuneración alguna, salvo las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados[403].

Cabe resaltar, a diferencia de los anteriores supuestos, que esta compatibilidad ha sido objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina por ser fuente de corruptelas, como en su día puso de relieve CARRO FERÁNDEZ-VALMAYOR[404], si bien y, por el contrario, otros autores como GARCÍA MEXÍA, valorando la oportunidad otorgada en positivo consideran que "la más aceptable razón de ser de esta polémica exención consistiría en asegurar la presencia, en los foros directivos afectados, de cargos públicos dotados de suficiente responsabilidad para garantizar su orientación conforme al rumbo político gubernamental: al fin y al cabo, la titularidad de las empresas u organismos afectados es mayoritaria o decisivamente pública"[405]. En mi opinión, y a pesar de que puede llegar a resultar loable el objetivo de esta exención, según la justificación que expresa GARCÍA MEXÍA, creo que pueden existir otras figuras más acordes para llevar a cabo esa actividad, como por ejemplo los directivos públicos profesionales. De esta forma, evitaríamos el posible conflicto de interés que pudiera surgir y toda sospecha o duda de una posible posición privilegiada para esas empresas en las que participaría el alto cargo[406].

d) El desempeño de las actividades ordinarias de investigación propias del organismo o institución en el que ejercen sus funciones, sin percibir en tales casos remuneración por ello.

La inclusión de esta actividad pública compatible es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico que, de nuevo, hay que calificar de congruente con el régimen de incompatibilidades establecido por la legislación. Debe añadirse que es un supuesto que únicamente encontramos en la legislación estatal lo que ya indica que responde a casos concretos derivados de los organismos e instituciones de investigación de carácter estatal donde se puede encontrar esa concreta peculiaridad[407]. Y esta primera impresión se ve reforzada cuando se comprueba que en la legislación autonómica, como en la estatal, no se veda como actividad compatible, si bien de carácter privado, la producción y creación

[402] Más laxa, en este concreto aspecto, es la legislación andaluza que permite que los titulares de altos cargos puedan representar a la Administración de la Junta de Andalucía en los órganos de gobierno o consejos de administración de empresas con capital público sin establecer límite alguno (artículo 4.2 de la Ley 3/2005, de 8 de abril).

[403] Regla de prohibición de retribución que, sin embargo, no es unánime en la legislación autonómica. Así, por ejemplo, Cataluña permite los gastos por asistencia, aunque estableciendo el límite de que el importe total de los derechos de asistencia a las reuniones de órganos colegiados y de consejos de administración u órganos de gobierno no puede ser superior en términos anuales al 30% de las retribuciones brutas que corresponden al puesto de trabajo principal (artículo 9.3 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre).

[404] CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2010): "Ética Pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 181, p. 30.

[405] GARCÍA MEXÍA, P. (2001): *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, p. 146.

[406] Esta opinión es compartida por otros autores como MESEGER YEBRA J. (2007): *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Bosch, Barcelona, p. 178 y ss; o GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2014): *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid.

[407] En efecto, la legislación autonómica es unánime en no recoger esta excepción al régimen de prohibición establecido en la normativa de incompatibilidades propias de estas. Así, por ejemplo, el artículo 50 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón no la contempla (tampoco en Galicia, Andalucía, Extremadura o el País Vasco).

literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas lo que es indicio de que el legislador estatal no rechaza las tareas inherentes al desarrollo profesional relativo a la investigación, sino que, más bien, contempla una excepción específica derivada del régimen de los organismos e instituciones de investigación del Estado.

Desde mi punto de vista, nada obsta a su inclusión. No sólo porque parece deseable que un investigador, que a su vez ocupa un alto cargo en un organismo de investigación, puedan seguir contribuyendo a las finalidades propias del organismo o institución donde desarrolle su función, sino también porque nada obstaculiza ni compromete las obligaciones inherentes al desempeño del alto cargo, ni en términos de plena dedicación, ni de eficacia, ni mucho menos de integridad o posible conflicto de interés.

e) Compatibilidad con cargos electos.

Finalmente, el artículo 13.2.b) de la LACAGE recoge la compatibilidad de la actividad de los miembros del Gobierno o los Secretarios de Estado con el cargo de Diputado o Senador de las Cortes Generales, en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Esta previsión ya se recogía en la normativa anterior y se trata de una excepción al principio de dedicación exclusiva. Además, es una compatibilidad aceptada comúnmente debido en gran medida a su arraigo. En estos casos, además, los altos cargos sólo podrán percibir remuneraciones por uno de los cargos que desempeñen.

Sin embargo, y a pesar de su generalizada admisión por la doctrina, una reflexión más detenida no nos puede llevar a concluir que estamos ante un tema pacífico. Como recuerdan PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, el art. 98.3 de la Constitución señala expresamente que "los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna". Igualmente, el art. 70.1.b) CE dispone que la ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los diputados y senadores, que comprenderán en todo caso "A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno".

Es decir, y para concluir esta reflexión, junto a reseñarse que el sentido literal del precepto autorizatorio podría desbordar lo establecido por la Constitución, lo cierto es que produce una mixtura entre la función ejecutiva y legislativa que no viene a ser sino otra expresión más de la ausencia de autonomía material que se observa en la vida política del país entre el gobierno y el grupo parlamentario que sostiene a éste.

En el caso de las Comunidades Autónomas la situación, respecto de este punto, es diversa y, en todo caso, se regula con mayor extensión. Digo diversa porque, en este nivel territorial, podemos encontrar Comunidades Autónomas donde admite compatibilizar el ejercicio del alto cargo con cargos electivos en los parlamentos regionales o en las entidades locales[408], en otros casos nos encontramos con supuestos en que solo se permite

[408] Bien es cierto que, en este supuesto, también podemos encontrar una amplia diversidad de casos. En el caso vasco la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, artículo 16, permite a los miembros del gobierno compatibilizar dicha

para los cargos de diputados autonómicos[409], y, por último, otras CCAA solo admiten la compatibilidad para los miembros del gobierno, pero no para el resto de altos cargos[410].

2.2 Actividades privadas compatibles.

El art. 13.2.c) de la LACAGE contempla una serie de actividades privadas compatibles, de carácter tasado, estableciendo como requisito ineludible que con su ejercicio no se comprometa la imparcialidad o independencia de la función del alto cargo[411]. Y es relevante dicho requisito ya que la admisión de estos supuestos lo establece la Ley realizando una presunción de que con ello no se pone en riesgo el correcto ejercicio de las funciones atribuidas al alto cargo; presunción que cede si, efectivamente, y como consecuencia de las actividades señaladas como compatibles se pusiera en riesgo el correcto ejercicio de las funciones atribuidas.

En concreto, el artículo 13.2 c LACAGE señalan los siguientes supuestos:

a) Las de mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en la presente ley.

---

condición con la de parlamentario y con la condición de cargo electo en una entidad local salvo el caso del Lehendakari.

En el caso de Extremadura, sin embargo, el artículo 29 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, sólo permite a los cargos públicos que no sean el presidente ni los miembros del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura desempeñar cargos de representación popular en el ámbito de la Administración Local siempre que no se perciba remuneración, retribución o indemnización por cualquier forma o concepto, aunque, sin embargo, no permite que estos cargos públicos puedan ser miembros de la Asamblea de Extremadura, salvo el supuesto de que un alto cargo de la Administración autonómica ejerza funciones de relaciones entre ésta y la Asamblea de Extremadura expresamente contempladas en el correspondiente decreto de estructura orgánica.

El artículo 10 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad de Cataluña, realiza una gradación, a saber: solo los miembros del gobierno pueden ser parlamentarios autonómicos, mientras el resto de altos cargos podrán ser miembros electos de las entidades locales, pero, eso sí, sin dedicación exclusiva a esta última.

[409] En el caso de Andalucía donde el artículo 3 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, admite que los altos cargos, y por tanto sin restricción alguna, puedan compatibilizar el ejercicio de su cargo con la condición de parlamentarios en el Parlamento de Andalucía, sin que, eso sí, puedan percibir retribución o percepción de cantidad alguna que por cualquier concepto pudiera corresponderles por su condición de diputados.

[410] Es el caso gallego, la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia, el artículo 40.1 e) establece esa salvedad.

[411] De nuevo, y como en los supuestos de actividades públicas, la legislación autonómica contempla esta posibilidad. A título de ejemplo, la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, en el apartado 2 del artículo 7 contempla, asimismo, las siguientes excepciones:

a) Las actividades de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de las mismas.

b) La asistencia ocasional como ponente a seminarios, conferencias, congresos, jornadas, coloquios, o cursos de carácter profesional.

c) La participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro.

d) El ejercicio de actividades, funciones y cargos en partidos políticos, siempre que no perciba ninguna retribución por ello, salvo las dietas que puedan corresponder.

e) La administración del patrimonio personal o familiar, siempre que no ostente por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o con persona con quien conviva con análoga relación de afectividad, participaciones directas o indirectas, iguales o superiores a un diez por ciento, o que sin llegar a este porcentaje supongan una posición en el capital social que pueda condicionar de forma relevante su actuación, en empresas o entidades que tengan contratos, conciertos o convenios con el sector público estatal, autonómico o local.

No parece que resulte conforme a la razón que quien sea nombrado alto cargo tenga impedida por dicha circunstancia seguir administrando su patrimonio ya que, aunque se trate de un patrimonio de gran valor, no significa *prima facie* que por ello se merme la independencia o imparcialidad del alto cargo. De nuevo, y como en supuestos anteriores, no contemplar dicha posibilidad se traduciría en que numerosos profesionales provenientes del sector privado no se plantearían el ejercicio de un cargo en el sector público por el grave perjuicio que ello les pudiera producir.

Lo cierto, y sin embargo, es que en ocasiones es difícil establecer la frontera entre la "administración del patrimonio personal o familiar" (actividad que está expresamente permitida) y la realización de otras actividades o profesiones públicas o privadas para las que no existe esa compatibilidad. Por tanto, el *quid* de la cuestión estaría en determinar qué deba entenderse por administración del patrimonio personal o familiar. Se trata de un concepto jurídico indeterminado respecto del cual la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha ofrecido algunos criterios de delimitación y, al respecto, las Sentencias de 2 de enero de 2002 y de 4 de julio de 2003 señalan que ha de distinguirse "entre las actividades de mantenimiento y conservación de bienes y recursos ya integrados en el patrimonio del titular, encuadrables propiamente en la administración o gestión de lo que ya es propio", y "aquellas en que la inicial inversión va acompañada de trabajos, gestiones o actividades laborales, mercantiles o industriales, encaminados no al mantenimiento o conservación de bienes o recursos ya integrados en el patrimonio del propio titular, sino que tienden a su creación, incremento o multiplicación a base de alguna forma de ocupación en la empresa de que se trate"[412].

El reconocimiento de esta excepción es unánime en la legislación autonómica que, con idéntica o similar dicción, se refiere a esta excepción al régimen de incompatibilidad. Así la legislación gallega habla de la simple administración del patrimonio personal o familiar (artículo 42.1.a de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia), la legislación vasca habla de la mera administración del patrimonio personal o familiar (artículo 14.1.a de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos) o la legislación catalana también se refiere a la misma con similares términos (Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad).

No obstante, esta autorización está sujeta a limitaciones. En efecto, la misma queda sujeta a ciertos límites en lo que se refiere a la participación en sociedades que realicen negocios jurídicos con la Administración en la que se ejercen las funciones del alto cargo o cuanto se trate de la gestión de activos financieros en que se imponen ciertas condiciones para que pueda llevarse a cabo.

[412] Así, la STSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Contencioso-administrativo, 332/2014 de 11 de junio de 2014 (Rec. 540/2012) confirmó el archivo de las actuaciones previas iniciadas en relación a la presunta incompatibilidad del Presidente de la Comunidad. De esta forma, señaló que la titularidad de una oficina de farmacia, para la que se ha nombrado sustituto que ejerce las funciones de titular, no menoscaba la disponibilidad para el ejercicio de la función de Presidente autonómico, pues sólo implica la conservación de un mero patrimonio personal, y además tampoco compromete la imparcialidad que se exige al cargo. La tenencia de participaciones de dos sociedades y el desempeño de las funciones como administrador, a las que renuncia cuando accede al cargo de Presidente, tampoco resulta incompatible, en cuanto ambas mercantiles tenían como actividad el mero arrendamiento y cobro de rentas de los inmuebles de su propiedad.

El primero de los supuestos, limitaciones patrimoniales en participaciones societarias, se regula en el artículo 14 de la LACAGE y tienen como finalidad, tanto evitar un posible conflicto de interés, como que la administración del patrimonio personal y familia pueda romper el principio de dedicación exclusiva[413].

Se prevén, en realidad, tres supuestos: en primer lugar, los altos cargos no podrán poseer, por sí o por persona interpuesta[414], participaciones directas o indirectas (esto es, a través de otras sociedades) superiores al diez por ciento en empresas que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local; en segundo lugar, que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública; y[415], en tercer lugar, la participación en una empresa que sea subcontratista de otra que tenga contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, siempre que la subcontratación se haya producido con el adjudicatario del contrato, en el ámbito la Administración en la que el alto cargo preste servicios y en relación con el objeto de ese contrato.

Si de forma sobrevenida se hubiera producido alguna de estas causas, el alto cargo deberá notificarlo a la Oficina de Conflictos de Intereses, quien deberá informar sobre las medidas a adoptar para garantizar la objetividad en la actuación pública.

Por su parte, el artículo 14.2 de la LACAGE se ocupa de otra limitación, y así señala que tampoco podrán poseer participaciones inferiores al diez por ciento en sociedades anónimas cuyo capital supere los 600.000 €, si dicha participación puede condicionar de forma relevante su actuación. Se trata de aquellos casos de grandes empresas, en las que normalmente el accionista mayoritario no cuenta con el diez por ciento de las participaciones, pero, de hecho, tiene el control de la sociedad.

Finalmente, el artículo 14.3 de la LACAGE se refiere a la regularización de la situación del alto cargo en cuanto al cumplimiento de las limitaciones que, de nuevo, es expresión

[413] En la legislación autonómica también se contemplan dichas limitaciones. En concreto en el País Vasco, la Ley 1/2014, de 26 de junio, la contempla en los artículos 22 y 23, en la norma extremeña que contempla dichas limitaciones en el artículo 33.2 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, o, en el caso de Andalucía, donde se recogen en el artículo 5 de la Ley 3/2005, de 8 de abril ,añadiendo, además, la prohibición de que los altos cargos no podrán ser titulares o autorizados de cuentas bancarias o de otros activos financieros en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, ya sea directamente o a través de sociedades en las que posean una participación superior al cinco por ciento, siendo que esa participación podrá ser directa o indirecta, a través de cónyuges o parejas de hecho inscritas en el correspondiente registro, y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad (prohibición que también contempla el artículo 46 de la ley gallega que articula dichas limitaciones como conflictos de interés en su artículo 43).

[414] En la legislación anterior, la redacción del precepto hacía alusión a que "los altos cargos no podrán poseer, por sí o junto con su cónyuge o pareja de hecho e hijos dependientes y personas tuteladas participaciones directas o indirectas". De esta forma, la nueva redacción resulta más limitativa. Por ello, PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS entienden que "debería haberse mantenido la formulación anterior que funcionaba como presunción *iure et de iure*, e incluir la figura de la persona interpuesta, que puede incluir incluso personas jurídicas o físicas, pero en este caso tendría que demostrarse el carácter interpuesto". (PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 202).

[415] En la legislación precedente, la Ley 5/2006 (LIAC), se incluía a las empresas que reciban subvenciones de la Administración General del Estado por lo que la nueva redacción de la LACAGE es más limitativa que la que exigía la anterior normativa, como puso de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre el Anteproyecto de la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

de la relación de sujeción en la que se encuentran los altos cargos[416]. De esta forma, si un alto cargo poseyera una participación en los términos a los que se refieren los apartados anteriores (es decir, más de un diez por ciento), deberá enajenar o ceder a un tercero independiente las participaciones y los derechos inherentes a las mismas durante el tiempo en que ejerza su cargo, en el plazo de tres meses a partir de su nombramiento. Por tanto, el alto cargo podría conservar la titularidad de las participaciones durante el tiempo que dure su ejercicio del alto cargo, aunque el ejercicio de los derechos correspondientes a las mismas, correspondan a un tercero independiente[417].

En cuanto a la segunda de las limitaciones, control de la gestión de activos y pasivos financieros, se trata de otra limitación patrimonial establecida en la LACAGE para evitar los conflictos de interés que ya se había contemplado en la legislación anterior, si bien con algunas diferencias respecto de la actual regulación[418].

Ha de reseñarse que dicha figura, con larga tradición en la legislación estadounidense, constituye, como ha señalado la doctrina, la versión española del *blind trust* o fideicomiso

[416] El Reglamento de desarrollo de la Ley 3/2015 establece el procedimiento respecto a la tenencia y transmisión de participaciones societarias, en su artículo 15. Así señala que:
1. Cuando el alto cargo poseyera participaciones societarias en los términos previstos en el artículo 14 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, presentará la correspondiente declaración indicándose los siguientes datos:
a) Nombre, objeto social y denominación de la empresa en la que se participa.
b) Porcentaje de participación del alto cargo en las empresas.
c) Indicación de los conciertos o contratos, de cualquier naturaleza, que la empresa haya suscrito con el sector público estatal, autonómico o local que se hallen en ejecución en el momento de la declaración.
d) Indicación de las subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública que haya recibido la empresa.
e) Fecha de la transmisión de la participación y naturaleza de la misma.
2. Una vez que se haya realizado la transmisión de dichas participaciones societarias, el alto cargo dispondrá de un mes para comunicarlo a la Oficina de Conflictos de Intereses.

[417] En la legislación precedente, la Ley 5/2006 (LIAC), se establecía que el alto cargo debía desprenderse de las participaciones en un plazo de tres meses desde su nombramiento, por lo que resultaba una medida excesiva y con un grave perjuicio patrimonial para el alto cargo.

[418] A diferencia de la anterior limitación en este supuesto no todas las normas autonómicas que se encargan de establecer estas limitaciones la han incorporado. A título de ejemplo no se contempla en la legislación castellano-leonesa. Distinto es el caso vasco, cuya Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, hace una detenida regulación de dicha limitación en su artículo 23 que establece:
1. Quienes desempeñen cargos en el sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco con competencias reguladoras, de supervisión o de control sobre sociedades mercantiles que emitan valores y otros activos financieros negociables en un mercado organizado y en relación con los valores y activos financieros de los que sean titulares ellos, sus cónyuges no separados legalmente, salvo que su régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes, sus hijos e hijas menores de edad no emancipados o las personas tuteladas, deberán contratar para la gestión y administración de tales valores o activos con una entidad financiera registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que su cuantía supere la cantidad de 100.000 euros, calculada según su cotización media correspondiente al trimestre anterior al de su toma de posesión.
2. La entidad financiera contratada llevará a cabo la gestión y administración de los valores y activos con sujeción exclusiva a las directrices de rentabilidad y riesgo establecidos en el contrato, sin que pueda recabar ni recibir instrucciones de inversión de las personas citadas en el número anterior. Tampoco podrá revelárseles la composición de sus inversiones, salvo que se trate de instituciones de inversión colectiva o que, por causa justificada, medie autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
3. Se entregará copia simple del contrato de gestión y administración suscrito con la entidad financiera al Registro de Personal, para su anotación y archivo junto a la declaración de bienes y derechos patrimoniales formulada.

ciego[419]. De esta forma, el artículo 18 de la LACAGE señala que para la gestión y administración de las acciones u obligaciones admitidas a negociación en mercados regulados o en sistemas multilaterales de negociación, productos derivados sobre las anteriores, acciones de sociedades que hayan anunciado su decisión de solicitar la admisión a negociación y participaciones en instituciones de inversión colectiva, los altos cargos deberán contratar a una empresa autorizada a prestar servicios de inversión. Esta obligación no será exigible cuando la cuantía de dichos valores e instrumentos financieros no supere la cantidad de 100.000 euros.

Es decir, los altos cargos deberán contratar la gestión y administración de estos productos, si su cuantía supera los 100.000 euros, a una entidad financiera registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Dicha entidad no podrá recibir instrucciones de inversión de los interesados, estando sujeta exclusivamente a las directrices generales de rentabilidad y riesgo establecidas en el contrato. Esta contratación se mantendrá mientras dure el desempeño del alto cargo.

Se establecen dos excepciones: por un lado, esta obligación no será exigible cuando la cuantía de dichos valores e instrumentos financieros no supere la cantidad de 100.000 euros, calculada por el valor a los efectos del Impuesto sobre el Patrimonio y; por otro, no será de aplicación esta obligación cuando los valores o activos financieros de que sea titular el alto cargo sean participaciones en instituciones de inversión colectiva en los que no se tenga una posición mayoritaria o cuando, tratándose de valores de entidades distintas, el alto cargo no realice ningún acto de disposición por iniciativa propia y tan sólo se limite a percibir los dividendos, intereses o retribuciones en especie equivalentes, acudir a ofertas de canje, conversión o públicas de adquisición.

> *b) Las de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes.*

En este caso nos encontramos ante dos supuestos diferentes. Por un lado, la producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas y, por otro, la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional. Sin embargo, en ambas actividades se exigen dos condiciones: en primer lugar, que estas actividades no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios y, en segundo lugar, que no supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes como cargos públicos.

En suma, se trata de dos actividades cuya incompatibilidad podría chocar frontalmente con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución y, precisamente, por dicha circunstancia la norma permite su admisión. Pero es que, además, al menos en lo que se refiere a la colaboración y asistencia como ponente a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional, la participación en dichas actividades puede ser

[419] GARCÍA MEXÍA, P. (2001): *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, p. 214.

conveniente, e inclusive necesario, para el correcto desarrollo de las funciones inherentes al alto cargo[420].

Respecto a su retribución, no se fija nada en la LACAGE, por lo que se entiende que puede tratarse de actividades retribuidas.

La primera de estas actividades (la de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas) ha sido objeto de diversas críticas. Así, PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS entienden que esta solución no resulta absolutamente satisfactoria "en la medida en que se pueden producir situaciones alejadas del espíritu de la Ley como, por ejemplo, que se le encargase un informe a un alto cargo, que fuese pagado con dinero público, aunque al mismo se lo hubiera encomendado la Administración a un tercero privado con el que hubiera contratado o incluso le hubiera otorgado una subvención"[421]. No coincido con la opinión de tan destacados autores ya que, al menos en mi opinión, al realizar esta crítica están pensando más bien en el régimen de transferencia de investigación propio de las Universidades, pero desde mi punto de vista dichas actividades de transferencia de investigación no resultarían amparadas por esa excepción.

Por su parte, GARCÍA MEXÍA[422], respecto de la segunda de las actividades a que nos referimos, esto es, la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, entiende que en principio, sí existiría el conflicto de interés pues "no parece legítimo que un alto cargo se prevalga de su elevada posición para percibir suplementos de ingresos por vías alternativas, máxime si se retiene que esos ingresos podrían condicionar su imparcialidad, al proceder de potenciales destinatarios de las resoluciones que adopte en el ejercicio de sus competencias". Y propone que "una posible solución residiría en combinar a estos efectos dos instrumentos distintos: tanto la necesidad de distinguir el régimen jurídico de las actividades a que se viene aludiendo, del de su correspondiente retribución; como la existencia o no de vinculación material entre las competencias del alto cargo y el objeto de la actividad privada compatible"[423]. De nuevo me parece que, siempre que se proceda en sus justos términos, dicha excepción debe admitirse.

c) La participación en entidades culturales o benéficas o en fundaciones.

Es una actividad compatible que ya se preveía en el caso estatal, en normas anteriores y respecto de la cual hay poca novedad. Actualmente se exigen como requisitos: en primer

[420] Como en supuestos anteriores la legislación autonómica se hace eco de esta excepción al régimen de incompatibilidad si bien es preciso anotar que, en algunos supuestos, lo realiza con mayor detenimiento y con mayor amplitud respecto de los supuestos permitidos incluyendo la docencia universitaria (Cataluña, Andalucía o País Vasco).

[421] PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 217.

[422] GARCÍA MEXÍA, P. (2001): *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, p. 161.

[423] La legislación autonómica se ha hecho eco de algunas de esas sugerencias. A título de ejemplo, el artículo 17.2 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco sujeta dicha compatibilidad a límites como el tiempo (no más de sesenta horas anuales), la naturaleza de dicha prestación indicando que no sea permanente o por la finalidad siempre que participen en los mismos por razón del cargo que ocupen, de su especialidad profesional o de la posición que ocupen en la organización administrativa del sector público.

lugar, que se trate de entidades sin ánimo de lucro y, en segundo lugar, que no perciban ninguna retribución los altos cargos por su participación en las mismas. Sin embargo, sí se prevé el derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que SU desempeño les ocasione conforme a lo previsto en el artículo 3.5 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo[424].

3. EL RÉGIMEN DE CONTROL DEL SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES.

La dedicación del alto cargo y el régimen de incompatibilidades previstas en la LACAGE no quedarían completas si no hiciéramos referencia, aunque sea someramente, a dos instrumentos previstos en las normas estatales y autonómicas a fin de realizar una tarea preventiva y garantizar los principios de eficacia, objetividad e integridad que informan el sistema. Nos referimos a la obligación de declarar las actividades, bienes y derechos; y a la autorización para ejercer las actividades compatibles admitidas legalmente. Cuestiones que pasamos a estudiar.

3.1 Declaraciones de actividades, de bienes y derechos[425].

[424] Como en supuestos anteriores también la legislación autonómica ha recogido dicho supuesto. En el caso de Andalucía, la Ley 3/2005, de 8 de abril de Incompatibilidades de altos cargos de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, añade a ésta actividades, igualmente no retribuidas, que resulten de interés social o cultural y se exige un requisito que no produzcan una merma a su dedicación (artículo 6.f). En otros supuestos se detalla el tipo de entidades como en Extremadura (artículo 29.1.d Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura) o se hace una referencia genérica a éstas englobando a todas aquellas que no tengan ánimo de lucro como en Cataluña (artículo 8.1.e Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad.). Condición esta última que no exige la legislación murciana (artículo 9.1.c Ley 5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política.)

[425] De nuevo hemos de resaltar la exhaustividad con que se aborda dicha materia en la legislación portuguesa que, en el artículo 13 de la Ley 52/2019 establece respecto del contenido de dicha declaración que:

1.- Los titulares de cargos políticos y afines y los titulares de altos cargos públicos remitirán electrónicamente a la entidad competente dentro de los 60 días contados a partir de la fecha de inicio del ejercicio de las respectivas funciones, la declaración de sus ingresos, bienes, intereses, incompatibilidades e impedimentos, en adelante denominada declaración única, de acuerdo con el modelo que figura en el anexo de esta ley, que es una parte integral de la misma.

2 - La declaración a que se refiere el número anterior debe incluir:

-La indicación total de la renta bruta, con indicación de su procedencia, contenida en la última declaración presentada a efectos de liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas;

-La descripción de los elementos de su patrimonio patrimonial, de los que sea titular o copropietario, es decir, mediante herencia indivisa, así como los elementos patrimoniales de los que sea propietario, tenedor, administrador, prestatario o arrendatario, por ellos mismos o por una persona jurídica intermediaria o singular, existente en el País o en el extranjero, ordenados por grandes partidas.

-La mención de cargos corporativos que ocupen o hayan ocupado en los tres años anteriores a la declaración, en el país o en el extranjero, en empresas, fundaciones o asociaciones.

La referida declaración deberá incluir también los actos y actividades susceptibles de generar incompatibilidades e impedimentos. Los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos están obligados a completar todos los campos de la declaración única contenida en el anexo de esta ley.

Por último, los servicios administrativos de las entidades en las que los titulares de cargos a los que se aplique esta ley comunicarán a la entidad encargada de analizar y fiscalizar las declaraciones presentadas la fecha de inicio y terminación de las funciones correspondientes.

Las declaraciones de actividades económicas y de bienes y derechos son otras de las medidas previstas en la LACAGE, en sus artículos 16 y 17, con las que se pretende luchar contra conductas irregulares evitando, con carácter preventivo, los conflictos de intereses e incompatibilidades[426].

Respecto a las actividades desarrolladas antes de acceder al cargo, el artículo 16 establece que los altos cargos tienen la obligación de formular al Registro de Actividades de Altos Cargos la declaración de las actividades que hubieran desempeñado, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo. Para ello se impone el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión.

En cuanto al tipo de actividades, lo cierto es que la Ley no lo aclara. Sin embargo, la Orden HAP/1176/2015, de 15 de junio, por la que se aprueban los modelos de declaraciones y comunicaciones a las que se refiere la LACAGE, se ocupa expresamente en su Anexo 3 de las actividades públicas y privadas que hayan de ser objeto de declaración y el propio Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, especifica que "en dicha declaración se manifestará si se recibe cualquier otra remuneración o percepción con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas u organismos o entidades vinculadas o dependientes de las mismas, así como cualquier otra remuneración o percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada" (artículo 11.2).

Junto a esta declaración de actividades, la normativa incluye como novedad la remisión al Registro de Actividades de los Altos Cargos del certificado de las últimas dos declaraciones anuales presentadas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en sustitución de la declaración exigida por la normativa anterior[427]. Sin embargo, surge un

[426] Este sistema de control se ha generalizado en la legislación autonómica inclusive, en forma más detallada que en la legislación estatal, y así en el supuesto de Galicia, la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno, prevé en su artículo 47:
Los altos cargos están obligados a formular las siguientes declaraciones:
a) *Declaración de actividades* ante el Registro de Actividades de Altos Cargos. Esta vendrá referida a cualquier actividad, negocio, empresa o sociedad, pública o privada, que desarrollen por sí mismos o mediante sustitución o apoderamiento y que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos o en los que tengan participación o intereses. Esta declaración deberá incluir también aquellas actividades que hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como cargo público, así como las renuncias o enajenaciones de participaciones en empresas que tuviesen que realizar para cumplir la norma.
b*) Declaración de bienes patrimoniales* ante el Registro de Bienes Patrimoniales, referida a los bienes que integren el patrimonio de la persona interesada, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, a la que se adjuntará la copia de la última declaración tributaria correspondiente al impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y al impuesto sobre el patrimonio en caso de que tenga obligación de presentarlo la persona declarante ante la Administración tributaria. Esta declaración deberá incluir las participaciones en cualquier tipo de sociedad perteneciente al alto cargo.
Algunas CCAA como es el caso de Andalucía y Cataluña extienden y dicha declaración a las relaciones en materia de contratación con todas las Administraciones públicas y entes participados de los miembros de la unidad familiar de los altos cargos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
[427] No resulta unánime sin embargo en la legislación autonómica el número de declaraciones a presentar por el alto cargo. Así, y como ejemplo, de ello la legislación castellano-leonesa únicamente se refiere a una declaración. En efecto, el artículo 4.2 de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León establece que:

problema, como han puesto de manifiesto PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS[428], en algún supuesto, más concretamente cuando el alto cargo no tiene obligación de presentar declaración de la Renta, en cuyo caso, según han señalado acertadamente estos autores, lo lógico sería entender que deberán presentar la declaración correspondiente del Anexo 3 de la Orden HAP HAP/1176/2015, de 15 de junio.

Por lo que se refiere a la declaración de bienes y derechos, debe destacarse que se trata de un mecanismo para poder controlar la situación patrimonial del alto cargo antes, durante y después de su nombramiento.

En este sentido, el artículo 17 de la LACAGE determina que los altos cargos deberán presentar ante el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión, el certificado de su última declaración anual presentada del impuesto sobre el patrimonio, si tienen obligación de presentarla. En caso de que un alto cargo no tuviera tal obligación, presentará un formulario cumplimentado equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. En este caso, a diferencia del supuesto de la declaración de actividades, la propia Ley prevé la metodología a seguir en caso de que el alto cargo no tuviera que presentar el citado impuesto.

Asimismo, se determina que los altos cargos deberán aportar una copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio y al de cese. Además, anualmente y mientras dure su nombramiento, aportarán copia de la declaración correspondiente. Hubiera sido deseable que esta previsión también se hubiera establecido respecto al impuesto de patrimonio, aunque, sin embargo, ni la LACAGE ni su Reglamento de desarrollo prevén este requisito que si se ha contemplado a diferencia de la legislación estatal en la legislación autonómica[429].

Finalmente, se establece como novedad que debe considerarse de forma muy positiva que, junto con la copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio, también se presentará certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes.

Por último, cabe hacer mención al hecho de que el Reglamento de desarrollo de la LACAGE, aprobado por Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, ha venido a

---

"Además, en el mismo plazo de dos meses desde su toma de posesión, los altos cargos presentarán ante la Inspección General de Servicios una copia de su última declaración realizada del impuesto sobre la renta de las personas físicas y, en su caso, del impuesto sobre el patrimonio.
Asimismo, anualmente, durante el mes de septiembre, y mientras se mantenga su condición de alto cargo aportarán copia de las declaraciones correspondientes a dichos impuestos".

[428] PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, pp. 227 y 228.

[429] De esta forma, y en el caso del País Vasco, el artículo 21.2 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, determina que:
"Junto con la declaración patrimonial deberán presentar copia simple de las declaraciones tributarias que graven la renta y el patrimonio y que legalmente hayan debido realizar en el ejercicio fiscal en el que inicien su relación de servicio y en el inmediato anterior. Anualmente presentarán copia simple de las sucesivas declaraciones tributarias que realicen. También se podrán aportar, voluntariamente, las declaraciones relativas a dichos tributos de los cónyuges o parejas de hecho".

conceptuar las deficiencias formales que podrían existir en las declaraciones, otorgándose el plazo de un mes para su subsanación[430].

Lamentablemente, y a diferencia del caso de Portugal[431], no se establece un régimen claro de acceso y publicidad a esta información lo que ya ha dado lugar, en materia de las

[430] El artículo 8 del Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, Reglamento de desarrollo de la LACAGE, se refiere a la subsanación de las declaraciones estableciendo que:
Si se aprecian deficiencias formales en la declaración o falta de la documentación exigible, se requerirá al interesado para que en el plazo de un mes las subsane.
Se consideran deficiencias formales las siguientes:
a) Omisión de cualquiera de los datos identificativos del declarante.
b) Confusión, error o imprecisión en las declaraciones.
c) La existencia en las declaraciones de palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, que no estuvieran salvadas por el declarante con su firma y ofrecieran dudas al personal de la Oficina de Conflicto de Intereses.
d) Otros errores materiales.

[431] En efecto, en el caso de Portugal, el artículo 17 de la Ley 52/2019 establece un detallado régimen a este respecto estableciendo los límites al mismo, requisitos y el método para realizarlo. Dice así:
1 - Las declaraciones únicas de rentas, bienes e intereses son de acceso público en los términos establecidos en este artículo.

Los siguientes elementos de la declaración no están sujetos a consulta ni acceso público:
a) Datos personales sensibles como dirección, números de identificación civil y fiscal, números de teléfono y móviles y dirección de correo electrónico;
b) Los servicios prestados en el ejercicio de actividades sujetas al secreto profesional;
c) Datos que permitan la identificación individual de la residencia.

Respecto a los datos sobre rentas y patrimonios, consultar la declaración garantiza:
a) En cuanto a los ingresos brutos a efectos de liquidación del impuesto sobre la renta de las personas físicas, solo se puede consultar el monto total de cada una de las categorías de ingresos propios del declarante y el monto de su participación en la renta mancomunada con terceros, con el nombre del pagador.
b) En materia inmobiliaria, se encuentra disponible para consulta la identificación de cada inmueble, por su matriz, ubicación y valor patrimonial;
c) En lo que respecta a las acciones, participaciones, participaciones u otras participaciones en el capital social de sociedades civiles o mercantiles, sólo se encuentra disponible para consulta su cantidad y el nombre de la respectiva sociedad;
d) En cuanto a los derechos sobre embarcaciones, aeronaves o vehículos de motor, se puede consultar la identificación de la marca, año de matriculación del modelo y cilindrada de cada uno de estos bienes muebles;
e) En cuanto a las carteras de valores, cuentas bancarias a plazo e inversiones financieras equivalentes, así como cuentas bancarias corrientes y derechos de crédito con valor superior a 50 salarios mínimos, solo se encuentra disponible para consulta el valor total de cada uno de estos activos;
f) En cuanto al pasivo, solo se encuentra disponible para consulta la identificación del acreedor y la parte del monto de la deuda a cargo del declarante.

Corresponde a la entidad responsable del análisis y fiscalización de las declaraciones presentadas asegurar el cumplimiento de los requisitos legales, poniendo únicamente a disposición de la consulta los elementos públicos de la declaración.
En caso de incumplimiento de las normas previstas el titular del cargo podrá, en cualquier momento, oponerse a la disponibilidad de elementos no divulgables, y la entidad encargada de analizar y supervisar las declaraciones presentadas podrán valorar y resolver la solicitud, recurriendo al Tribunal Constitucional.

Con fundamento razonable, es decir, los intereses de terceros o la salvaguarda de la privacidad, el titular del cargo podrá oponerse al acceso parcial o total a los elementos contenidos en la declaración de ingresos y bienes, siendo responsabilidad de la entidad responsable del análisis. e inspección de las declaraciones presentadas para valorar la existencia o no del motivo antes mencionado, así como la posibilidad y plazos de dicho acceso.

sanciones impuestas por el incumplimiento de estas obligaciones, a más de un conflicto. En este sentido, es importante traer a colación el reciente conflicto surgido entre el Consejo de Transparencia y la Oficina de Conflictos de Intereses. Y es que, la Oficina de Conflictos de Intereses, ante una solicitud de información del periódico El País sobre aquellos cargos que no habían cumplido con su obligación de suministrar las declaraciones de actividades económicas y declaración de bienes y derechos, se limitó a dictar la Resolución de 6 de junio de 2018, en la que enviaba dos *links* remitiéndose a la información publicada en el BOE, que no identificaban a dichos altos cargos[432]. Como consecuencia, el Consejo de Transparencia dictó la Resolución de 1 de octubre de 2018, en la que instaba a la Oficina de Conflictos de Intereses a comunicar qué altos cargos habían cometido infracciones en materia de conflictos de intereses. La Oficina de Conflictos de Intereses recurrió a los Tribunales esta resolución, y ganó en primera instancia. Sin embargo, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 27 de mayo de 2020 (rec. 0000035/2019), ha señalado que el alto cargo, por la responsabilidad que conlleva y la relevancia de las funciones que desempeña, "sólo puede ser ejercido por personas que respeten al marco jurídico que regula el desarrollo de su actividad y con las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas". Y de esta forma, legitima el argumento del Consejo de Transparencia al señalar que "el derecho a conocer prima sobre la protección de datos o la intimidad", obligando a identificar debidamente a los altos cargos que no han cumplido con su obligación de presentar las declaraciones exigidas por la ley.

3.2 Autorización para el ejercicio de actividades compatibles.

Un segundo instrumento de control para asegurar los principios que informan el ejercicio del alto cargo lo constituye la sujeción a autorización de compatibilidad para aquellas actividades, tanto públicas como privadas, que las normas atinentes a esta materia consideran como susceptibles de ser autorizadas. En la norma estatal[433], aunque implícita,

---

La violación de la reserva de privacidad resultante de la divulgación de la declaración, sin tener en cuenta los requisitos legales es punible de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal.

[432] Más concreta es la legislación portuguesa que en el artículo 15 de la Ley 52/2019 establece que:
La entidad encargada de analizar y fiscalizar las declaraciones presentadas garantizará la publicidad de los elementos relativos al registro de intereses contenidos en la declaración única.
La Asamblea de la República y el Gobierno deberán publicar en sus respectivos sitios web los elementos de la declaración única relativos al registro de los intereses de los respectivos titulares.
Los municipios, así como las parroquias con más de 10,000 votantes, deberán contar con un registro en el que se deben incluir:
a) Los elementos objeto de publicidad y los contenidos de la declaración única entregada a la entidad responsable del análisis e inspección de las declaraciones presentadas;
b) Declaración de actividades susceptibles de generar incompatibilidades o impedimentos y los actos que puedan generar beneficios económicos o conflictos de interés.
La constitución de los registros de intereses de las autoridades locales deberá ser comunicada a la entidad responsable del análisis y supervisión de las declaraciones presentadas, a lo que deberá facilitarse un enlace electrónico o de la página web donde se anuncian.

[433] Tampoco se contempla de forma expresa en algunas normas autonómicas que, como el caso de Galicia y de forma idéntica a la norma estatal, contempla implícitamente dicha circunstancia al referirse al órgano de gestión del régimen de incompatibilidades (artículo 48 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia). Tampoco la norma de Cataluña la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, contempla previsión alguna a este respecto.

no se contempla expresamente dicha circunstancia ni procedimiento autorizatorio alguno, salvo lo establecido en las limitaciones al ejercicio de actividades del alto cargo tras el cese (artículo 15 apartados 6 y 7), y la atribución realizada a la Oficina de Conflictos de Intereses por el artículo 19.4 e) de la LACAGE.

Más detallada, respecto de este último aspecto, es alguna normativa autonómica que sí contempla durante el ejercicio del alto cargo los procedimientos autorizatorios para el ejercicio de actividades compatibles en algunos supuestos de forma muy exhaustiva detallándose los órganos competentes e, inclusive, el sentido del silencio respecto de las solicitudes presentadas. De esta forma, tanto la norma vasca, esto es, la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, con carácter general para todo tipo de actividades lo que a mi juicio debería generalizarse para algunos de los supuestos previstos en las normas[434], cómo otras normas autonómicas para algunos supuestos específicos como las actividades docentes o de investigación establecen la necesidad de autorización previa[435].

[434] La normativa vasca establece en el artículo 19 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, las siguientes previsiones:
"En todos los supuestos de ejercicio de actividad, pública o privada, contemplados en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18, resultará precisa una declaración expresa de compatibilidad o incompatibilidad.
2. La resolución acerca de la compatibilidad de actividades privadas durante los dos años siguientes al cese, corresponderá al titular del departamento del que dependa la materia de función pública.
3. En el resto de los casos, el pronunciamiento sobre la solicitud de compatibilidad, previo informe del titular del departamento del que dependa la materia de función pública, corresponderá a las siguientes instancias:
a) Al Consejo de Gobierno, en relación con las solicitudes de compatibilidad de los cargos públicos incluidos en el artículo 2.1 a) de la presente ley.
b) Al titular del departamento correspondiente, en relación con las solicitudes de compatibilidad de los cargos públicos incluidos en el artículo 2.1 b), c), d) y f) y en el artículo 2.2 de la presente ley.
c) A la presidencia del Parlamento Vasco, en relación con las solicitudes de compatibilidad delararteko, del adjunto o adjunta delararteko, de la persona titular de la Secretaría General del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas y los miembros del mismo, así como de los miembros y el personal dependiente de cualquier órgano que en su norma de creación se califique como comisionado, dependiente, consultivo o asesor del Parlamento Vasco, cuya dedicación sea retribuida con cargo a créditos consignados en los Presupuestos Generales y cuyo sistema de selección, designación o nombramiento no esté sujeto a un procedimiento basado en los principios de publicidad y concurrencia competitiva, salvo que otra norma contuviera previsión al respecto.
d) Al titular del departamento competente en materia de función pública, en relación con las solicitudes de compatibilidad de los cargos públicos dependientes de Presidencia del Gobierno Vasco, de los vocales de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, de los miembros del Consejo Económico y Social Vasco, del Consejo de Relaciones Laborales, del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, del director de la Agencia Vasca de Protección de Datos, de los miembros de la Autoridad Vasca de la Competencia y del director del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como de quien sea nombrado miembro de cualquier otro órgano de naturaleza participativa, consultiva, de asesoramiento o de control, vinculado a la Administración general e institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi y dotado por su ley de creación de independencia en el desarrollo de sus funciones.
4. Sin perjuicio del procedimiento establecido en el apartado 5 del artículo 18, el plazo máximo para notificar la resolución correspondiente no podrá exceder de un mes desde la fecha en la que fue solicitada la compatibilidad. Dicho plazo podrá ser ampliado, en los términos establecidos en la normativa de procedimiento, a petición del órgano instructor del expediente.
5. El sentido del silencio en los procedimientos de compatibilidad será negativo".
[435] Es el caso de la norma de Cantabria que, en el artículo 10.3 in fine de la 1/2008, de 2 de julio, establece que:
"El ejercicio de actividades docentes o de investigación con carácter regular precisará autorización del Consejero de Presidencia y Justicia o, si se trata de algún Consejero, del Gobierno de la Comunidad Autónoma. Asimismo, la cuantía de las compensaciones percibidas por la actividad docente o de

En mi opinión dicha autorización, salvo en algunos supuestos que por su naturaleza harían muy engorrosa su utilización, debiera ser generalizada.

4. LIMITACIÓN DE ACTIVIDADES TRAS EL CESE DEL ALTO CARGO.

El régimen que propone la norma estatal tras el cese del alto cargo no dista mucho del ya contemplado en la legislación anterior, bien es cierto que con la incorporación de alguna reseñable novedad[436]. Las ideas que inspiran este régimen giran, en esencia, en torno a la idea presente en el legislador, pero no solo a éste, de evitar las llamadas puertas giratorias[437], es decir, que el alto cargo pueda aprovechar los contactos o informaciones a los que ha tenido acceso como consecuencia del ejercicio de su cargo para iniciar una actividad profesional tras su cese comprometiendo, en consecuencia, la objetividad de la actuación administrativa de forma posterior al ejercicio de su función[438]. Pero también, como ha puesto de relieve MORA RUIZ es garantía "de una dimensión colectiva, estrechamente relacionada con la exigencia de transparencia e información que recae sobre la Administración o Entidad a la que se ha vinculado". Asimismo, la referida autora, hace hincapié en una consideración de orden práctico, y no menos importante, "facilitar

investigación no podrá en ningún supuesto exceder del treinta por ciento de la correspondiente a su alto cargo".

[436] También es muy similar en la mayoría de las CCAA. Así puede comprobarse en el artículo 46 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia, en el artículo 14 de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León o en el articulo 53 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón. Más somera es la regulación en Cantabria (Ley 1/2008, de 2 de julio) o en Murcia (Ley 5/1994, de 1 de agosto) cuyo artículo 11.1 b) solo contempla que durante los dos años siguientes a su cese, para la realización de actividades privadas relacionadas con asuntos sobre los que hubiera adoptado decisión expresa en el ejercicio de su cargo, ni para la celebración de contratos de asistencia técnica, servicios o similares con la Administración pública regional o sus organismos públicos, añadiendo, para el caso de los diputados regionales, una norma específica en el artículo 7 consistente en que éstos deberán abstenerse de ejercer la actividad de contratista de obras, servicios, asistencia o suministros, individualmente o a través de una sociedad de la que sea propietario o copropietario, con la Administración regional, organismos autónomos y empresas públicas regionales, así como desempeñar cargos que lleven aparejadas funciones de dirección, representación o asesoramiento en empresas que ejerzan estas actividades (mucho más detallado y completo resulta el artículo 43 del Proyecto de Ley de esta Comunidad en materia de Buen Gobierno y Estatuto del Cargo Público). Y más aún resulta la norma andaluza que tan solo se refiere en el artículo 7 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, a que se abstendrán de desarrollar actividades privadas directamente relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio del cargo, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese en el desempeño de dicho alto cargo o de la normativa canaria que, en el artículo 5.3 de la Ley 3/1997, de 8 de mayo, tan solo se refiere a que quienes hubiesen desempeñado un alto cargo no podrán, durante los dos años siguientes a la fecha del cese, intervenir, por sí o mediante apoderamiento, en la tramitación, ejecución o impugnación de expedientes concretos sobre los que haya dictado resolución el órgano, unipersonal o colegiado, del que hayan sido titulares, ni participar en el capital de empresas mercantiles o industriales cuya regulación o control haya dependido del alto cargo.

[437] Incluso, como ha puesto de relieve BETANCOR, la previsión de este régimen jurídico tras el cese del alto cargo es una forma de asegurar su independencia mientras lo esté ejerciendo, pues tiene la seguridad de que ese camino está previsto adecuadamente en el ordenamiento. BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2016): "Puertas giratorias: regulación y control", en AA.VV., La corrupción en España, Atelier, Barcelona, p. 177.

[438] Como ha destacado CERRILO I MARTÍNEZ "Las puertas giratorias constituyen una de las principales amenazas para la integridad de los altos cargos en la medida en que pueden condicionar las decisiones que tomen, entre otros motivos, por la voluntad de ganarse los favores de los que puedan ser sus futuros empleadores o por el uso de la información y los contactos adquiridos durante el ejercicio del cargo en beneficio propio o de terceros". Véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017): "La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General de Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 12, p. 84.

la vuelta a la vida privada y profesional del alto cargo una vez que éste cesa"[439], pues, el hecho de haber ejercido un alto cargo no debería producir una merma en las actividades realizadas con posterioridad al cese. En este sentido, el artículo 6 de la LACAGE prevé una compensación mensual tras el cese para quienes, de acuerdo con la normativa que sea de aplicación, tengan reconocido tal derecho durante un período máximo de dos años y que la Oficina de Conflictos de Intereses se encargará de supervisar[440]. Para conocer qué altos cargos tienen reconocido el derecho y el importe de la prestación, ante el silencio de la LACAGE, tendremos que acudir a otro tipo de normas. Alguna legislación autonómica con carácter general sí ha regulado de forma más detallada y acertada esta cuestión[441]. La

[439] MORA RUIZ, M. (2022): "Estatuto del alto cargo tras el cese", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 227.

[440] El artículo 6 de la LACAGE señala expresamente que quienes, de acuerdo con la normativa que sea de aplicación, tengan reconocido tal derecho, percibirán una compensación económica mensual, durante un período máximo de dos años.

La Oficina de Conflictos de Intereses supervisará que durante el período en que se perciba la compensación se mantienen las condiciones que motivaron su reconocimiento.

El régimen aplicable a los presidentes del Gobierno a partir del momento de su cese será el previsto en el Real Decreto 405/1992, de 24 de abril, por el que se regula el Estatuto de los Ex Presidentes del Gobierno.

[441] Así, a modo de ejemplo, en Andalucía, la Ley 3/2005, de 8 de abril, señala en los artículos 22 y siguientes que:

- Los/las ex presidentes de la Junta de Andalucía tendrán derecho a una asignación económica, determinada de acuerdo con lo previsto en el artículo 10, número cinco, norma primera, de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1981, esto es, derecho a percibir, a partir del mes siguiente en que se produzca el cese, y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado el cargo, sin que puedan percibirse más de veinticuatro mensualidades, una pensión indemnizatoria mensual.
- El art. 23 de la Ley se pronuncia de igual forma en relación en relación a los/las ex vicepresidentes y ex consejeros/as de la Junta de Andalucía.

En estos dos supuestos, el art. 24.1 del Decreto 176/2005, de 16 de julio, dispone que se tendrá derecho a percibir estas asignaciones "desde el día siguiente en que se produzca el cese", de forma continuada o con interrupción, con el límite de 24 mensualidades. Inclusive, se establece una asignación proporcional si se hubiera ejercido el cargo por plazo inferior a un mes. Asimismo, estas asignaciones incluirán los trienios que los altos cargos pudieran tener reconocidos como personal funcionario o personal empleado al servicio de cualquier administración pública.

Los ex altos cargos de la Junta no previstos en los artículos anteriores, según el artículo 24.1 "tendrán derecho a una asignación económica temporal de una mensualidad de las retribuciones del cargo en que se cesa por cada año de ejercicio, con un mínimo de tres mensualidades y un máximo de doce". A estos efectos se considerarán altos cargos a "los titulares de los centros directivos de los servicios centrales de las Consejerías y Organismos Autónomos, así como los Delegados del Gobierno de la Junta, siempre que todos ellos hayan sido nombrados por Decreto del Consejo del Gobierno" (artículo 24.3).

Igualmente que en los casos anteriores, el derecho a percibir estas asignaciones se devengará desde el día siguiente del cese, de forma continuada o interrumpida, con el tope de doce mensualidades, y previendo que "la fracción adicional en el ejercicio del cargo inferior al año, pero igual o superior a seis meses, se computará como un año completo de ejercicio" (art. 24.2 del Decreto 176/2005). Asimismo, tendrá derecho a disfrutar de los trienios que los altos cargos pudieran tener reconocidos como personal funcionario o personal empleado al servicio de cualquier administración pública.

percepción de esta especie de compensación indemnizatoria no será compatible con el ejercicio de otras actividades[442], por lo que tendría un carácter subsidiario[443].

Como consecuencia de todo ello, se establece en el artículo 15 de la LACAGE una serie de limitaciones al ejercicio de actividades privadas tras el cese[444]. De esta forma y, en primer lugar, no podrán prestar sus servicios en empresas o instituciones privadas o en entidades que pertenezcan al mismo grupo societario -esta última precisión es una novedad de la LACAGE respecto a la anterior regulación- que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado durante los dos años siguientes a su cese. En segundo lugar, se establece una regla específica para los organismos reguladores y de supervisión respecto de aquellas entidades sujetas a éstas. Asimismo, y como tercera regla, no podrán los altos cargos celebrar por sí mismo o a través de entidades participadas

[442] De esta forma, la percepción de estas prestaciones sería incompatible con cualquier otra prestación económica pública (incluso la jubilación) o privada (también las actividades se hace extensiva la incompatibilidad de percibir dichas pensiones o prestaciones con cualquier retribución que provenga de alguna de las actividades privadas compatibles previstas 13.2.*c)*).De modo que si se opta por la percepción de otra prestación o el ejercicio de una actividad pública (incluso aunque no sea retribuida) o privada, implicará la renuncia a las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese (artículo 7 LACAGE). Esta cuestión ha sido criticada por PÉREZ MONGUIÓ pues, aunque con ella se busca salvaguardar principio de retribución única, la realidad es que este régimen desincentiva la vuelta a la actividad tanto pública como privada lo antes posible si va a sufrir una pérdida patrimonial, y propone para ello un interesante sistema que consistiría en "a) En los casos en que la cantidades a percibir por la nueva actividad privada fuesen inferiores a la pensión compensatoria, la Administración podría aportar la cantidad necesaria para alcanzar la misma por el tiempo restante de la prestación compensatoria. b) En los casos en que la cantidad sea por la nueva actividad privada sea igual o levemente superior se podría compensar con una indemnización de un tanto por ciento de las cantidades que podría percibir el alto cargo en el caso de agotar la prestación compensatoria".
Véase PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2017): "Situación de los altos cargos tras el cese", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, p. 17.

[443] Como han puesto de relieve PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 156.
Por su parte, MORA RUIZ, señala que "la exclusividad del establecimiento de esta incompatibilidad para determinados altos cargos supone el desarrollo de un régimen de incompatibilidad de carácter doble o de doble nivel, que, en cierto modo, puede resultar desincentivador ante la solicitud de las asignaciones". Véase MORA RUIZ, M. (2022): "Estatuto del alto cargo tras el cese", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 236.

[444] En Portugal, el artículo 10 de la Ley 52/2019, de 31 de julio, que incluye el régimen del ejercicio de funciones por titulares de cargos políticos y de altos cargos públicos, contempla las limitaciones tras el cese del alto cargo señalando que:
Los titulares de cargos políticos de carácter ejecutivo no podrán ejercer, por un período de tres años a partir de la fecha de terminación de su mandato, funciones en empresas privadas que desarrollen actividades en el sector directamente supervisadas por ellos y que, durante ese período del cargo hayan sido objeto de operaciones de privatización, se hayan beneficiado de incentivos financieros o de sistemas de incentivos y beneficios fiscales de carácter contractual, o sobre las cuales haya existido una intervención directa del titular del cargo político.
Los titulares de cargos políticos de carácter ejecutivo no podrán ejercer, durante un período de tres años a partir de la fecha de terminación del mandato, ningún trabajo subordinado o funciones de consultoría en organismos internacionales con los que hayan establecido relaciones institucionales en representación de la República Portuguesa.
Quedan excluidos de lo dispuesto en el párrafo anterior:
a) En las instituciones de la Unión Europea;
b) En organizaciones del sistema de Naciones Unidas;
c) Derivado del regreso a la carrera anterior;
d) En caso de participación por concurso;
e) En caso de indicación del Estado portugués o en su nombre.

directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía.

Respecto de los dos primeros supuestos (no prestación de servicios durante los dos años siguientes al cese; y singularidades propias de los organismos reguladores) la legislación estatal concreta mediante presunciones cuándo un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad, especificando que se producirán al suscribir el alto cargo un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al derecho privado en relación con la empresa o entidad de que se trate[445]; o bien cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad[446]. Es decir, esta limitación afectaría a esos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de interés[447]. sin embargo, si no existe ese conflicto de interés no habría razón para imponer esa limitación

[445] El Tribunal Supremo mediante Sentencia 466/2021 de 6 abril 2021 (Rec. 73/2020) ha condenado recientemente a quien ostentaba el cargo de Presidente de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, pues tras cesar en el mismo fue nombrado Directivo de "Loro Parque". Todo ello, sin presentar las declaraciones previstas en la LACAGE ni solicitar la autorización correspondiente a la OCI. Sin embargo, el Tribunal argumenta que el motivo de la sanción "radica en la inclusión de esta entidad [Loro Parque Fundación] dentro del mismo grupo societario que Loro Parque, S.A., entidad ésta que resultó directamente afectada por decisiones en las que intervino el recurrente cuando ostentaba el cargo de Presidente de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife".

[446] Similares presunciones aparecen en la legislación autonómica. En efecto, el artículo 5.2 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Valencia, establece que considera que hay conflicto de intereses en el ámbito o sector en el que ejerce los servicios cuando se dé cualquiera de los siguientes supuestos de hecho:

a) Que la persona afectada directamente, las personas con rango jerárquicamente superior a propuesta de ella o las personas titulares de sus órganos dependientes por delegación o sustitución hayan dictado resoluciones o cualquier tipo de acuerdo o formulado propuesta en relación a estas entidades, excepto cuando se derive de una convocatoria pública o de un acto reglado.

b) Cuando la persona afectada intervenga o participe en algún acuerdo o resolución en relación con estas entidades, excepto cuando se derive de una convocatoria pública o de un acto reglado.

c) Que se trate de empresas vinculadas a empresas o servicios privatizados por decisión del órgano del que formaba parte.

Por su parte, la normativa del País Vasco contempla qué ha de entenderse por relación directa. En este sentido, el artículo 18.2 y 3 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, se encargan de aclarar que:

- A estos efectos, se considera que habrá existido relación directa cuando el cargo público, los órganos de él dependientes, por delegación o sustitución, o sus superiores a propuesta de él, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas, sociedades o entidades, o hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados en los que se hubiera adoptado alguna resolución en relación con las mismas.
- Se excluyen del concepto de relación directa aquellos supuestos en los que las resoluciones referidas hayan sido dictadas o adoptadas por la mera pertenencia de la empresa, sociedad o entidad destinataria de las mismas a un colectivo que se identifique por el cumplimiento de requisitos o condiciones objetivas establecidas con carácter general y sin formar parte de un procedimiento administrativo de carácter competitivo entre distintos sujetos concurrentes. Tampoco se considerará que existe relación directa cuando la resolución que se dicte en un procedimiento administrativo de concurrencia competitiva lo haya sido en el sentido propuesto por un órgano técnico colegiado, cuando entre las facultades de este se incluyan las de propuesta de resolución, y siempre que la composición del órgano colegiado no haya sido decidida por el cargo público que acuerde la resolución.

[447] En opinión de MORA RUIZ "se trata de una previsión realista y proporcional respecto de la actividad desempeñada por el alto cargo cuando actúa de forma unipersonal, que no tiene por qué estar "vetado" temporalmente, en todos los ámbitos de actuación pública, sino tan sólo en aquellos en que ha podido influir por estar dentro de su ámbito de gestión o de intervención directa". Véase MORA RUIZ, M. (2022): "Estatuto del alto cargo tras el cese", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A.,

Respecto de las reglas establecidas se realiza una excepción relativa a aquellos altos cargos que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas a las cuales quisieran reincorporarse. Sin embargo, como ha destacado PÉREZ MONGUIÓ, "existe otra dimensión muy significativa e igualmente peligrosa que podría pasar absolutamente desapercibida que consiste en reclutar al cesado en empresas, generalmente con unas remuneraciones muy significativas, en sectores en los que el alto cargo tuvo responsabilidades durante el desempeño del cargo, pero de los que adolecía de ninguna experiencia con anterioridad"[448], pues a lo que se refiere en particular el precepto es al puesto de trabajo, no la actividad desarrollada por la empresa privada de que se trate.

El periodo de dos años que establece la Ley parece, en principio, correcto[449]. No tendría mucho sentido establecer una limitación mayor dada la limitación al ejercicio de derechos que supone la misma, junto a que, muy dudosamente, aceptarían el ejercicio de un alto cargo profesionales relacionados con la materia si hubiese que pagar un precio tan alto por ostentarlo. Como acertadamente ha señalado CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR "el citado período de dos años parece, por lo demás, de una extensión razonable, pues un período de una duración superior podría dificultar de manera excesiva a eventuales candidatos el acceso a los altos cargos del Estado"[450].

Respecto a los requisitos para el desarrollo de actividades privadas tras el cese y con la finalidad de controlar el cumplimiento de las limitaciones impuestas por la Ley[451], se prevé que durante el período de dos años los altos cargos deberán efectuar, ante la Oficina

---

FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 240. Sin embargo, en opinión de PÉREZ MONGUIÓ, si no existe ese conflicto de interés no habría razón de imponer esa limitación. Véase PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2017): "Situación de los altos cargos tras el cese", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 45, pp. 22 y 23.

[448] PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2017): "Situación de los altos cargos tras el cese", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 45.

[449] De mayor duración resulta lo dispuesto, a estos efectos, en la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Valencia, cuyo artículo 5 diferencia entre tres años siguientes a la fecha de cese para los miembros del Consell y las personas que ejerzan el cargo de la secretaria autonómica; y dos años siguientes a la fecha del cese para el resto de cargos públicos, tal como acontece en la legislación estatal, sobre la que se han lanzado algunas propuestas, que no han llegado a materializarse, de extender el período de 2 años a 5, previsión que me parece del todo exagerada y que desincentivaría por completo la designación como alto cargo.

[450] CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2010): "Ética pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 181, 2010, p. 32.

[451] En forma más incisiva la legislación portuguesa, y con posterioridad al cese, contempla hasta tres momentos, dependiendo de la situación del alto cargo, en que debe actualizarse la información sobre el alto cargo. De esta forma, el artículo 14 de la Ley n.º 52/2019, de 31 de julio prevé que:

-Se presente una nueva declaración actualizada dentro de los 60 días siguientes a la terminación de las funciones.

-Se presente un nuevo estado de cuenta dentro de los 30 días, siempre que:

a) Exista un cambio de activo efectivo que modifique el valor declarado en un monto superior a 50 salarios mínimos mensuales;

b) Que existan hechos o circunstancias que requieran nuevos registros.

-Al final del mandato deberán reflejar la evolución patrimonial que se haya producido durante el mismo.

-A los tres años después de haber finalizado el ejercicio del cargo o función que le dio origen, deberán presentar una declaración final actualizada con una anticipación mínima de 30 días en relación con el vencimiento del plazo de tres años.

de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio[452]. Que deberá pronunciarse sobre la compatibilidad de la actividad a realizar en el plazo de un mes, previendo incluso un trámite de alegaciones. Por tanto, como ha señalado PÉREZ MONGUIÓ, no estamos ante una simple declaración previa al inicio de actividad, sino ante una autorización[453]. En este sentido, debe añadirse que resulta irrelevante si la actividad en cuestión no es retribuida o se ejerce de forma ocasional o esporádica, pues, en todos los casos debe comunicarse a la Oficina de Conflictos de Intereses. Así lo ha declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la STS 1467/2017 de 28 septiembre de 2017 (Rec. 4861/2016), al señalar que "la obligación de efectuar ante la Oficina de Conflictos de Intereses declaración de las actividades profesionales que se pretende realizar (…) es de carácter formal, por lo que resulta irrelevante que la actividad profesional efectivamente desempeñada por cuenta propia o ajena en el sector privado sea esporádica u ocasional o que haya generado o no retribución". Y añade la referida Sentencia en relación al propósito de esta previsión que "la finalidad intrínseca de esta regulación, que establece limitaciones al ejercicio de actividades privadas en el periodo de censantía, es garantizar la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas cuando se desempeñan y prevenir conflictos de intereses que pudieran surgir tras el cese, así como evitar cualquier riesgo de aprovechamiento ilegítimo *ex post* de los conocimientos adquiridos o de las informaciones privilegiadas obtenidas en el ejercicio de la funciones públicas como alto cargo de la Administración pública".

Por último, cabe mencionar una importante novedad que introduce la LACAGE en relación al procedimiento de examen de la situación patrimonial del alto cargo una vez que ha cesado en el ejercicio de sus funciones, regulado en los artículos 23 y 24. En este sentido, se prevé un procedimiento contradictorio ante la Oficina de Conflictos de Intereses en el que se analizará la situación patrimonial del alto cargo entre su nombramiento y cese para poder así detectar posibles irregularidades y que tendrá como resultado un Informe. Si de los datos y hechos constatados en el mismo pudieran derivarse indicios de enriquecimiento injustificado, la Oficina de Conflictos de Intereses podrá solicitar la colaboración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los efectos de aclarar dicha información, asimismo, si pudiera derivarse la existencia de responsabilidades administrativas o penales se dará traslado a los órganos competentes para que, en su caso, inicien los procedimientos que resulten oportunos.

[452] También se contemplan similares previsiones en la legislación autonómica. De esta forma, en el caso vasco, el artículo 18 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos establece que:
-Cuando el órgano de gestión estime que la actividad privada que se quiere desempeñar vulnera lo previsto legalmente se lo comunicará en el plazo de 10 días a la persona afectada y a la empresa o sociedad a la que fuera a prestar sus servicios, que formularán las alegaciones que tengan por convenientes. Analizadas las alegaciones, en el plazo de 10 días, propondrá al órgano competente la resolución que proceda.
-Recibidas las alegaciones de los interesados o transcurrido el plazo otorgado, el Registro de Personal elaborará una propuesta de resolución al titular del departamento del que dependa la materia de función pública, que adoptará la resolución que corresponda en relación con la compatibilidad de la actividad comunicada, en el plazo máximo de un mes a contar desde la declaración inicial.
-Transcurrido el plazo de un mes sin que se haya dictado la resolución sobre la compatibilidad de la actividad, la persona interesada podrá iniciar su desempeño.

[453] PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2017): "Situación de los altos cargos tras el cese", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 45.

5. CONFLICTOS DE INTERÉS

5.1 Concepto y evolución

La utilización del término "conflicto de interés" es bastante reciente tanto a nivel español como europeo. Ha sido tras la aprobación de la normativa sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y los estudios elaborados en torno al aún más novedoso término de *compliance* (cumplimiento normativo), cuando realmente se ha tomado en consideración esta expresión en nuestro entorno. Sin embargo, en EEUU se trata de un concepto con mucha tradición en su literatura jurídica desde el S. XIX.

En efecto, en EEUU lo caracterizan como una variedad atenuada de corrupción que vendría determinada por la actuación de un agente público que abusa del poder para conseguir un beneficio privado, llegue este a producirse o no, es decir, que la actuación considerada como conflicto de interés, incluiría el riesgo o la mera apariencia; y lo distinguen de otras variedades de corrupción más flagrantes como sería por ejemplo el cohecho, la malversación, o la sustracción de fondos, inmuebles o archivos públicos, tal y como destaca GARCÍA MEXÍA.[454] Sin embargo, y en este aspecto, en EEUU no existen las sanciones administrativas y, por tanto, entraría todo dentro del ámbito penal. Por lo que la situación implica cierta desventaja o dificultad a la hora de conocer un conflicto de interés al no aplicarlo los jueces por considerarlo excesivo y demasiado riguroso. De esta forma, la mayor parte de la doctrina norteamericana ha abogado por la despenalización[455].

En España el término "conflicto de interés" se ha vinculado tradicionalmente a las incompatibilidades, pero como oportunamente ya adelantamos el régimen de incompatibilidades es solo una de las formas para evitar el conflicto de interés.

Transparencia Internacional lo define como aquella situación en la que una persona o la entidad en la que esta trabaja, ya sea un gobierno, empresa, medio de comunicación u organización de la sociedad civil, debe optar entre las responsabilidades y exigencias de su puesto y sus propios intereses privados[456].

Por su parte, la OCDE definió de una manera clara y sencilla los conflictos de interés señalando que representan un conflicto entre el deber público y los intereses privados de

---

[454] GARCÍA MEXÍA, P. (2001): *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea,* Aranzadi, Navarra, p. 71.

[455] Si bien desde los años 60 se han puesto en marcha distintas políticas en otros ámbitos no penales en la lucha contra los conflictos de interés mediante el establecimiento de Códigos de Conducta y la creación de la *Office of Governmente Ethics* (OGE), responsable de la dirección general de un conjunto de políticas del ejecutivo para evitar los conflictos de intereses. Asimismo, a partir de la *Reform Act* de 1989 se abre la opción de emprender acciones civiles y hacer requerimientos contra la violación de una norma contra un conflicto de interés.

[456] Véanse Transparencia Internacional Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT), *Tools to Support Transparency in Local Governance* [Herramientas para respaldar la transparencia en la gobernabilidad local] Kenia y Berlín: TI y ONU-HABITAT, 2004); Glosario sobre corrupción de U4. Sitio web. www.u4.no/document/glossary.cfm; UNODC, Programa Mundial contra la Corrupción – Herramientas contra la Corrupción de la ONU, 3° edición (Viena: UNODC, 2004); UNDP, *Tackling Corruption, Transforming Lives: Accelerating Human Development in the Asia and the Pacific* [Resolver la corrupción, transformar vidas: Acelerar el Desarrollo Humano en Asia y el Pacífico] (Nueva Delhi: Macmillan, 2008); Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Glosario de Términos Estadísticos". http://stats.oecd.org/glossary/.

un responsable público, cuando el mismo tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales[457]. Y, a estos efectos, dicha organización internacional distingue tres tipos de conflictos de interés, *el declarado*, es decir, el que ha sucedido de hecho entre los intereses individuales o privados del responsable público y sus obligaciones públicas; *el aparente*, esto es, existe un interés personal que no necesariamente influiría en el responsable publico pero que podría dar lugar a que otros consideren que puede influir en el cumplimiento de sus deberes; y el *potencial*, alude al caso en el que un responsable público tiene un interés personal que puede convertirse en un conflicto de interés en el futuro[458]. La virtualidad de dicha clasificación deriva de que, a juicio de la OCDE, es preciso resaltar que la existencia de un conflicto de interés *per se* no significa necesariamente que haya corrupción, pues como ha quedado expuesto el conflicto puede ser tan sólo aparente o potencial. Y es que, como ha señalado VILLORIA, para que exista corrupción el conflicto de interés ha de ser real y la actuación del responsable público tiene que desembocar en una decisión o inacción en la que prime el interés privado sobre el interés público[459].

En efecto, como destaca CERRILLO I MARTÍNEZ, "la corrupción es el provecho de un conflicto de intereses para la satisfacción de un interés propio concretada en la obtención de una ganancia incumpliendo el marco de referencia existente. Lo que supone que el interés privado del cargo o empleado público se impone por encima del interés público para la obtención de un beneficio para él"[460].

En el ámbito de la Unión Europea también se ha definido el conflicto de interés en relación al presupuesto general, aplicándose a todos los tipos de contratación pública financiados con los fondos de la Unión Europea en el marco de las acciones estructurales y la política de cohesión. De esta forma el artículo 61 del Reglamento 2018/1046, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, proporciona una definición de conflicto de intereses a los fines de gestión del gasto y del presupuesto de la Unión Europea,

[457] Véase *«Managing Conflict of Interest in the Public Service», OECD GUIDELINES AND COUNTRY EXPERIENCES* («La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público», LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE Y EXPERIENCIAS NACIONALES), p.24-25, http://www.oecd.org/corruption/ethics/48994419.pdf.

[458] Por su parte la Agencia Antifraude de Cataluña distingue tres tipos de conflictos de interés: el conflicto de interés real, el potencial y el aparente. El conflicto de interés es real si la persona tiene un interés particular en relación con determinado juicio o discernimiento profesional, y efectivamente ya se encuentra en una situación en la cual tiene la obligación de ofrecer este juicio. Por ello podríamos decir que los conflictos de interés reales son riesgos actuales. Un conflicto de interés es potencial si la persona tiene un interés particular que podría influir a la hora de emitir un juicio profesional desde la posición o el cargo que ocupa, pero todavía no se encuentra en una situación en la cual deba ofrecer dicho discernimiento. Un conflicto de interés es meramente aparente cuando la persona no tiene un conflicto de interés —ni real, ni potencial—, pero podría llegarse a concluir, de forma razonable y aunque fuese solo tentativamente, que sí lo tiene. Sabemos que el conflicto de interés es aparente cuando se resuelve simplemente ofreciendo toda la información necesaria para demostrar que no existe conflicto de interés ni real ni potencial. https://www.antifrau.cat/es/14-la-corrupcio/830-cuando-un-conflicto-de-interes-es-real-y-potencial.html

[459] VILLORIA MENDIETA, M. (2008): *Incompatibilidades y conflictos de interés en la Administración Local*. Ponencia presentada en el Seminario de derecho local organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 15 de febrero de 2008. http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Villoria_Incompatibilidades.pdf

[460] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2021): "La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública", *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 25. Primer semestre 2021.

señalando que "Los agentes financieros incluidas las autoridades nacionales de cualquier rango, que participen en la ejecución del presupuesto de forma directa, indirecta y compartida en la gestión de los actos preparatorios, la auditoría o el control, no adoptarán ninguna medida que pueda acarrear un conflicto entre sus propios intereses y los de la Unión. (…). Existirá, por tanto, conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal".

En realidad, y desde mi punto de vista, el concepto de conflicto de interés es un concepto que, a su vez, incluye reglas de prevención (abstención o inhibición) o de prohibición (incompatibilidades), pero que, en cualquier caso, supone un paso más allá de éstas como una cláusula abierta y no delimitada en forma precisa justamente para no dejar fuera supuestos que no estarían incluidos pero que comprometen la imparcialidad e independencia de los altos cargos[461]. Y, en torno a estas claves, se ha desarrollado el concepto que finalmente ha sido recogido en el ordenamiento jurídico español. Veámoslo

5.2 La regulación establecida en la normativa estatal y autonómica.

En el ámbito estatal el conflicto de interés aparece definido en el artículo 11 de la LACAGE al considerar que: "los altos cargos servirán con objetividad los intereses generales, debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades. Se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos".

[461] En este sentido, PONCE SOLÉ señala que es necesaria una "mejora de la regulación de los conflictos de intereses, con una visión no restringida de su significado". De tal forma que, cuando hablamos de éstos "deben considerarse una situación de aparente o real colisión entre el interés general y el interés privado, en la que debe participar un servidor público, haber una convivencia entre interés general e intereses privados y una colisión entre ellos, aparente o real, de tal manera que los intereses privados influyen indebidamente en el deber de ejercer de forma imparcial y objetiva los intereses generales.
Por tanto, cuando hablamos de la regulación de los conflictos de intereses, no hablamos sólo de incompatibilidades, sino de aspectos como éstos:
1. Regulación de Mecanismos de Prevención
    1.1 Deber de información sobre actividades, bienes y derechos
    1.2 Incompatibilidades
    1.3 Abstención
    1.4 Limitaciones en participaciones societarias y gestión de valores y activos financieros
    1.5 Prohibición de recibir regalos
    1.6 Prohibición de contratar
    1.7 Puertas giratorias
    1.8 Información y formación
2. Regulación de Mecanismos de Reacción
    2.1 Invalidez decisión adoptada
    2.2 Sanción
    2.3 Delito, 441 CP (y otros, tráfico de influencias)
PONCE SOLÉ, J. (2022): "Propuestas concretas para mejorar la regulación del buen gobierno y hacer efectiva la específica obligación jurídica de diligencia debida derivada del derecho a una buena administración", en el vol. col. coord. por BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 291 y 292.

En la normativa autonómica aparece el concepto de conflicto de interés en unos casos, más que definiéndolo, estableciendo una prohibición que implícitamente conlleva una definición[462]; en otros, definiendo qué ha de entenderse por tal y delimitando los supuestos en los que se produce[463]; y en otros casos, refiriéndose a las causas de inhibición y abstención [464]. La normativa autonómica que no define el concepto de conflicto de

[462] Es el caso de la normativa canaria que a través del artículo 5 de la Ley 3/1997, de 8 de mayo, impone que "durante el desempeño de los cargos relacionados en el artículo 2 de la presente Ley, sus titulares se abstendrán de intervenir en asuntos en los que hubiesen participado en el ejercicio de actividades privadas o de aquellos otros que representen algún interés o que afecten de algún modo a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento, representación, administración o capital social hayan participado o participen, tanto ellos como su cónyuge o personas vinculadas por análoga relación, así como los familiares dentro del segundo grado de consanguinidad de cualquiera de los anteriores, siempre que tuvieran conocimiento de dicha participación". O del artículo 4.3 de la Ley 2/1996, 19 noviembre, de la Comunidad Autónoma de Baleares: "Quienes desempeñen un cargo o puesto de trabajo sometido al régimen de control de actividades establecido en la presente Ley, están obligados a inhibirse del conocimiento de los expedientes en cuyo despacho hubieran intervenido con anterioridad a su nombramiento o que interesen a empresas, sociedades o entidades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran tenido alguna parte o intervención por sí mismos, por su cónyuge o persona de su familia hasta el segundo grado civil.
La inhibición deberá constatarse mediante documentación por escrito y deberá inscribirse en el Registro de Intereses y Actividades".

[463] Es el caso, por ejemplo, del Anteproyecto de ley del Estatuto del Alto Cargo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que, en su artículo 28, establecía:
1. Se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando en un asunto sometido a su decisión interfiera el interés general o intereses de su puesto público con sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.
2. Se consideran intereses personales:
a) Los intereses propios.
b) Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y los de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
c) Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente.
d) Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta.
e) Los de las empresas, sociedades o entidades de cuyos órganos de dirección o de gobierno haya formado parte el propio alto cargo en los dos años anteriores a su toma de posesión, o en las que los familiares señalados en la letra b) anterior estuvieran o hubieran estado vinculados en el citado plazo por una relación laboral o profesional que implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.
Idéntica técnica normativa, y casi idéntica dicción, se establece en la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

[464] Puede verse, respecto de esta aseveración, el artículo 7 de la normativa andaluza (Ley 3/2005, de 8 de abril) que, bajo la denominación de inhibición y abstención, establece que:
"Los titulares de altos cargos están obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas, entidades o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubiesen tenido alguna parte ellos, su cónyuge, pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro o persona de su familia dentro del segundo grado civil".
O el artículo 6 de la normativa valenciana, Ley 8/2016, de 28 de octubre:
-Las personas afectadas por esta ley deberán inhibirse del conocimiento de asuntos en los que, anteriormente a la toma de posesión como cargo público, hayan intervenido o que interesen a entidades, empresas o sociedades en las que ellas, la persona cónyuge o persona con relación análoga a la conyugal, o familiares hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, hayan realizado funciones de dirección, asesoramiento o administración.
-Cuando la persona afectada por esta ley estuviera obligada a abstenerse en los términos previstos en la legislación administrativa del Estado o autonómica, la abstención se hará por escrito, y se notificará tanto al superior inmediato o el órgano que lo nombró, como a la Oficina de Control de Conflictos de Intereses.
Siguiendo idéntica técnica normativa también se recoge el conflicto de interés en el País Vasco (artículo 10 Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos).

interés, suele agruparlo en la regulación de los supuestos de incompatibilidad y abstención [465].

Definido el concepto de conflicto de interés, el artículo 11 de la LACAGE pasa seguidamente a enumerar las causas que pueden ser consideradas como "intereses personales" e introduce una serie de principios rectores para la designación de los altos cargos, como la idoneidad, honorabilidad, y la observancia de las disposiciones sobre buen gobierno contenidas en la LTBG[466], refiriéndose su Título II (artículos 11 a 18) expresamente al régimen de incompatibilidades y a los conflictos de intereses de los altos cargos. Que ha mantenido en muchos aspectos la regulación contenida en la normativa anterior, esto es, en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado[467].
No obstante, cabe destacar algunas novedades introducidas en los artículos 11 y 12 LACAGE referidos, respectivamente, a la "Definición de conflicto de intereses" y al "Sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de intereses".

De la definición del conflicto de intereses incluida en el artículo 11 LACAGE[468] debemos analizar alguna de las expresiones que utiliza. Así, por un lado, relaciona directamente la

[465] Sería el caso, a título de ejemplo, de la Ley de Cantabria 1/2008 (artículos 8 y ss.) o de la Ley de Extremadura 1/2014, de 18 de febrero (artículos 26 y ss.)

[466] El artículo 3 de la LTBG señala que el alto cargo quedará sometido especialmente a los siguientes principios:

a) Interés general: servirán con objetividad a los intereses generales.
b) Integridad: actuarán con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflictos de intereses.
c) Objetividad: adoptarán sus decisiones al margen de cualquier factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares, o cualesquiera otras que puedan estar en colisión con este principio.
d) Transparencia y responsabilidad: adoptarán sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción.
e) Austeridad: gestionarán los recursos públicos con eficiencia y racionalizando el gasto.

El artículo 3.2 señala, además, que estos principios informarán la normativa aplicable al ejercicio de las funciones y la actividad de los altos cargos y servirán asimismo de criterios interpretativos a la hora de aplicar las disposiciones sancionadoras.

[467] Resulta de interés resaltar que el Ministerio de Política Territorial publicó el 28 de abril de 2021, mediante consulta pública previa, el borrador del "Anteproyecto de Ley de Prevención de Conflictos de Intereses del personal al servicio del sector público". Que, si bien no se refiere a los altos cargos, es importante poner de relieve que su contenido contempla una perspectiva mucho más integral que la contemplada en la normativa vigente, tal como venimos defendiendo a lo largo de este trabajo. El borrador del Anteproyecto de Ley, sometido a consulta pública previa entre el 28 de abril y el 28 de mayo de 2021, aborda, entre otras cuestiones, un nuevo sistema para la prevención de los conflictos de intereses y las incompatibilidades de los empleados públicos; el ejercicio de nuevas formas de prestación de actividades profesionales no reguladas por la legislación vigente; la nueva regulación de las actividades exentas del régimen de incompatibilidades; las limitaciones del desempeño de actividades privadas en caso de darse situaciones administrativas distintas de las de servicio activo; y un sistema nuevo y más riguroso para prevenir los conflictos de intereses del personal no permanente. Puede consultarse la iniciativa en https://www.mptfp.gob.es/portal/ministerio/participacion_proyectos/consulta_previa/proyectos/2021/2021-05-29.html

[468] Recordemos que el artículo 11 LACAGE determina que "los altos cargos servirán con objetividad los intereses generales, debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades". A tal efecto, se entiende que "un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos".

existencia de un conflicto de interés a aquella situación en la que se va a adoptar una decisión, dejando fuera, de esta forma, otras realidades en las que no existe como tal un proceso de toma de decisiones, pero que, de acuerdo con otras normas tanto nacionales como internacionales[469], supondría también un conflicto de interés, como podría ser la participación de un alto cargo en un procedimiento administrativo, no teniendo por qué adoptar concretamente la resolución final. Es decir, el concepto de conflicto de interés debe incluir en su ámbito de aplicación tanto aquellas conductas del alto cargo que tengan como finalidad adoptar una resolución final en un procedimiento administrativo, como aquellas otras en las que el alto cargo solo intervenga en actos de trámite.

Sobre la expresión utilizada en el artículo 11 LACAGE en relación a la toma de decisiones del alto cargo, PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS señalan que dicha cláusula debe interpretarse en un sentido amplio y debe quedar proscrita toda intervención en el procedimiento conducente a la misma. Añadiendo que el artículo 11.2 LACAGE vincula la decisión que se vaya a adoptar a lo previsto en el artículo 15 de la Ley. Y esa referencia debe entenderse concretamente al apartado tercero de dicho artículo 15 en el que se delimitan los supuestos en los que se entiende que un alto cargo participa en una decisión. (…). Por tanto, aunque el ámbito material de la LACAGE puede parecer en algunos aspectos que es más amplio que el recogido en la Ley 40/2015, en la medida que se extiende (…) a los informes preceptivos, las resoluciones administrativas o actos equivalentes de Derecho privado y la intervención en órganos colegiados sin especificar la naturaleza de los mismos, lo cierto es que en el régimen de abstención previsto en la Ley 40/2015, la participación en la elaboración de un informe facultativo o la participación en cualquier otro acto de trámite también suponen causa de abstención"[470].

El artículo 15.3 LACAGE establece que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:

a) Cuando en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.
b) Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.
Lo que, de nuevo y como antes reseñamos, limita la noción circunscribiéndola tan solo a esos supuestos.

Por otra parte, también resulta llamativo el constreñimiento establecido en el artículo 11.2 LACAGE en relación a que el conflicto de interés tiene que afectar a los intereses personales del alto cargo, siempre que sean de naturaleza económica o profesional, dejando de lado, por tanto, otras circunstancias de índole ética, familiares, afectivas, o políticas, tal y como se desprende de textos internacionales, como por ejemplo el de la OCDE, el Reglamento 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, o el

[469] Ciertamente, tanto la OCDE como la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública introducen un concepto más amplio que el previsto en la LACAGE
[470] PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 145.

propio artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 2014/24 de 26 de febrero de 2014.

Asimismo, cabe reseñar, que el art. 11.2 LACAGE vincula la existencia de un conflicto de interés a que la decisión suponga un beneficio o un perjuicio, y esta delimitación vendría a restringir otros posibles casos de conflictos de interés de naturaleza aparente o potencial y se centraría únicamente en los conflictos de interés "reales" o "declarados" conforme a los distintos tipos de conflictos de interés establecidos por la OCDE[471] y a los cuales hemos hecho referencia anteriormente. Por lo que CERRILLO I MARTÍNEZ ha señalado que la definición de los conflictos de interés recogida en la LACAGE no parece incluir a los conflictos aparentes[472].

En relación a los intereses personales afectados que tienen que ser económicos o profesionales y suponer un beneficio o perjuicio para el alto cargo, el artículo 11 LACAGE concreta a qué intereses personales se refiere:

a) Los intereses propios[473].
b) Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.
c) Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente.
d) Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta.
e) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento.
f) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral".

Al inicio de este epígrafe señalamos que otra de las grandes novedades introducidas en materia de conflictos de intereses en la LACAGE ha sido la relativa a un sistema de alerta temprana para la detección de estos posibles conflictos en el artículo 12. Sin embargo, la doctrina que se ha ocupado de su estudio ha entendido que más bien se trata de la regulación del régimen de abstención[474]. Y debe reseñarse que, efectivamente, tienen

[471]«Managing Conflict of Interest in the Public Service», OECD GUIDELINES AND COUNTRY EXPERIENCES («La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público», LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE Y EXPERIENCIAS NACIONALES), p.24-25, http://www.oecd.org/corruption/ethics/48994419.pdf

[472] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General de Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 12, 2017, p. 80.

[473] En primer lugar, se refiere el artículo 11. 2 como interés personal a los intereses propios que, como acertadamente han destacado PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, equivaldrían a los intereses personales a que se refiere el artículo 23 de la Ley 40/2015 como causa de abstención y simplemente se habría utilizado esta terminología a fin de no resultar reiterativa. PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016)*: El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 149,

En este sentido, la STS de 28 de febrero de 2003 (rec. 367/1999) señala que el interés personal concurre cuando la actuación administrativa para la que se predica la abstención puede producir consecuencias en la esfera jurídica o puede reportar cualquier clase de beneficio o ventaja personal, debiendo tratarse de un interés propio, particular, individualizado y directo que no cabe confundir con el interés cívico o institucional.

[474] En este sentido se manifiestan PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 163 y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014):

buena parte de razón en ello ya que su mera lectura revela que se aborda la regulación del procedimiento para hacer efectiva la abstención en un procedimiento y no se va más allá como, a título de ejemplo, se puede realizar a través medios informáticos[475]. La norma, a estos efectos, tan solo contempla en su apartado 3 una previsión que, desde mi punto de vista, permitiría incorporar procedimientos alternativos a la que seguidamente nos referiremos. Vamos a verlo.

De esta forma, el artículo 12 de la LACAGE establece que los altos cargos deben ejercer sus funciones y competencias sin incurrir en conflictos de intereses y, si consideran que incurren ellos deberán abstenerse de tomar la decisión afectada. Y distingue para ello entre los cargos que tengan la condición de autoridad, esto es, que ejercen potestades públicas, y aquellos cargos que carecen de la misma.

Respecto a los altos cargos que tengan la condición de autoridad, se establece que se abstendrán de intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente cuando, por afectar a sus intereses personales, definidos en el artículo 11, concurran las causas previstas en la Ley 30/1992, referencia que actualmente ha de entenderse hecha al artículo 23 de la Ley 40/2015. Asimismo, podrán ser recusados en los términos previstos en la mencionada Ley. Como acertadamente han señalado PÉREZ MONGUIÓ y

---

"Comparecencias en relación con las iniciativas sobre regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, en especial en lo que se refiere al proyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado", *DSCS* núm. 549, pp. 9 y 10.

[475] Puede verse, a estos efectos, el Proyecto "*Integrity Watch: online tools for the fight against political corruption in Europe / IW Europe" cofinanciado por el European Union's Internal Security Fund — Police. IW Europe es coordinado por Transparency International E.V. (TI-S) y desarrollado, desde el 1 de enero de 2019 y hasta el 31 de marzo de 2021, conjuntamente por Transparency International Italia (TI-Italy), Transparency International Liaison Office to the European Union AISBL (TI-EU), Transparency International Lietuvos Skyrius (TI-Lithuania), Association Transparence-International France (TI-France), Transparency International Nederland (TI-Netherlands), Sabiedriba Par Atklatibu Delna (TI-Latvia), Transparency International Slovenia – Drustvo Integriteteta (TI-Slovenia), Diethnis Diafaneia Ellas Association (TI-Greece) y Transparency International España (TI-España). (Grant Agreement number: 823842 — IW Europe — ISFP-2017-AG-CORRUPT)*: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/financing/fundings/security-and-safeguarding-liberties/internal-security-fund-police/union-actions/docs/isfp-list-proposals-selected-for-funding-during-2018_en.pdf.

De interés resulta también reseñar en este punto el Sistema de Alertas Anticorrupción de la Generalitat Valenciana (SALER) que es un sistema informático que aplica herramientas de análisis a los archivos digitalizados de datos administrativos. Su objetivo es evitar irregularidades y negligencias mediante la obtención de alertas de riesgos de fraude que pueden investigarse con posterioridad. El sistema SALER utiliza datos de distintas fuentes, a saber:

- información sobre pagos directos (por ejemplo, tipos de productos o servicios adquiridos, así como sus proveedores),
- registros de contratos (datos relacionados con todas las fases del proceso de licitación, decisión y ejecución del contrato), y
- información sobre subvenciones (datos relacionados con el organismo que otorga la subvención, propósito de la subvención, conflictos de interés, beneficiarios, justificación, facturas emitidas, etc.).

También se digitaliza y se añade a SALER toda la información en formato papel proporcionada por los licitadores (particulares o empresas que responden a convocatorias públicas) que interactúan con la Administración pública o trabajan para ella.

Además, el sistema SALER toma información de bases de datos públicas y no públicas de notarios en relación con el régimen de la propiedad o las hipotecas, información publicada en diarios oficiales o conflictos de interés no declarados. También puede añadirse cualquier otra base de datos interna o externa que la Administración considere útil para llevar a cabo el análisis de datos, tales como datos personales, nóminas, etc.

FERNÁNDEZ RAMOS[476], el precepto debe entenderse en el sentido de que los altos cargos que tengan la condición de autoridad deben abstenerse tanto en el supuesto de que exista un conflicto de interés como cuando se den las causas del artículo 23.1 de la Ley 40/2015, siendo así que, en realidad no haría falta la precisión utilizada por el artículo 12 LACAGE pues los altos cargos que tengan la condición de autoridad ya están sujetos, con independencia de lo que prevea la LACAGE, al régimen de abstención de la Ley 40/2015.

Sigue señalando el artículo 12.2 de la LACAGE que la Oficina de Conflictos de Intereses será la encargada de señalar al alto cargo los asuntos o materias sobre los que, tras un primer análisis, deberá abstenerse en la toma de decisiones. Sin embargo, podría concluirse que esta previsión podría quedar coja, al no fijar la Ley ni su Reglamento de desarrollo (RD 1208/2018, de 28 de septiembre) un plazo para comunicar la información por parte del alto cargo a la Oficina de Conflictos de Intereses, información que debería ser, además, actualizada anualmente[477].

En cuanto a los órganos, organismos o entidades en los que presten servicios los altos cargos que no tengan la condición de autoridad, el artículo 12.3 LACAGE señala que deben aplicar procedimientos adecuados para detectar posibles conflictos de interés, para que, cuando estén incursos en estos conflictos, se abstengan o puedan ser recusados. Estos procedimientos y el resultado de su aplicación deberán ser comunicados anualmente a la Oficina de Conflictos de Intereses. Este es uno de los puntos en los que, desafortunadamente, no están del todo concienciados los órganos que deben alertar de estas circunstancias. Así se ha puesto de relieve por la la Oficina Antifraude de Cataluña, que ha señalado que "las instituciones y sus representantes perciben las herramientas de gestión de los conflictos de interés como meras obligaciones formales que hay que cumplir, en lugar de percibirlas como verdaderos instrumentos para asegurar la imparcialidad y la objetividad de los servidores públicos. Asimismo, se ha constatado una falta de visón global del conjunto de herramientas de que disponen los entes públicos para gestionar los conflictos de interés y un déficit de conciencia en cuanto a las finalidades a las que responde cada una de estas"[478].

En este caso, la regulación resulta mucho más escueta y se acude esencialmente a la aprobación y aplicación de procedimientos internos que eviten que se den situaciones de conflictos de intereses y que, en caso de que se detecten, motiven la abstención del alto cargo. Por tanto, se apoya la Ley en la técnica de autorregulación y no se exige, como en el supuesto de los altos cargos con condición de autoridad, que la Oficina de Conflictos de Intereses informe sobre aquellas materias sobre las que debieran abstenerse.

Para el ejercicio de la abstención y recusación, el artículo 12.4 LACAGE señala que la abstención del alto cargo se producirá por escrito y se notificará a su superior inmediato o al órgano que lo designó. En todo caso, esa abstención será comunicada por el alto cargo en el plazo de un mes al Registro de Actividades de altos cargos para su constancia.

---

476 PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 164.

477 En este sentido se manifiestan PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 164, añadiendo que "debería haberse incluido, junto con la declaración de actividad, la de bienes y derecho; al igual que podría contemplarse la disponibilidad pública de esta información para facilitar el ejercicio de la recusación y favorece el control que provoca la transparencia".

478 OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA (2016): *La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*, Barcelona: OAC, p. 11.

En caso de que la abstención se produjera durante la reunión de un órgano colegiado, su constancia en acta equivaldrá a la comunicación al superior inmediato o al órgano que lo designó. La comunicación al Registro de Actividades de altos cargos será realizada por el secretario del órgano colegiado. En este caso, el Reglamento de desarrollo de la LACAGE (Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre), ha venido a precisar, no solo que la constancia en acta equivaldrá a la comunicación al superior inmediato o al órgano que lo designó, sino que, en todo caso, dicha abstención constará en acta y será comunicada por el secretario del órgano colegiado en el plazo de un mes al Registro de Actividades, de conformidad con los modelos aprobados al efecto. Respecto al plazo de un mes, a pesar de que ahora se establece de forma clara en el Reglamento, hasta la aprobación del mismo no se sabía con exactitud, si bien era posible extrapolar el plazo del supuesto establecido en el párrafo anterior en que el alto cargo se abstuviera sin estar reunido en un órgano colegiado.

Cabe destacar, además, que el artículo 8.3 del Real Decreto 1208/2018 prevé que si la Oficina de Conflictos de Intereses apreciase que el alto cargo está incurso en alguna de las causas de incompatibilidad a las que se refiere la LACAGE, informará de esta circunstancia al declarante. Si en el plazo de quince días desde que se le informó, no contestase, o si de su contestación se siguiera apreciando causa de posible infracción o de incompatibilidad, se le requerirá otorgándose un segundo plazo de quince días para aportar los datos necesarios, informándole que de no realizarse dicha aportación, se continuará con los trámites correspondientes del procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad sancionadora, de conformidad con lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por último, es preciso poner de relieve que existen otras herramientas para poder gestionar adecuadamente los conflictos de intereses. En primer lugar, debemos referirnos a la importancia de la formación de los empleados y cargos públicos. Si estos conocen tanto la forma de prevenirlos, como de detectarlos eficazmente y gestionarlos, gran parte del camino estaría hecho. Además, significaría que hay un ambiente de ética pública, tanto en la Institución de que se trate como en su personal, de gran relevancia. En segundo lugar, pueden crearse órganos específicos de asesoramiento en la Entidad que tengan como una de sus funciones la detección de los posibles conflictos de intereses y la gestión de los mismos, así como la resolución de las cuestiones que se susciten en torno a este tema. En tercer lugar, otra de las grandes respuestas a los conflictos de intereses es el régimen de incompatibilidades, la prohibición de realizar determinadas actividades (públicas y privadas, durante el ejercicio del cargo y tras el cese), para asegurar que en sus responsabilidades no van a interferir otros intereses que los públicos encomendados. En cuarto lugar, y no menos importante, son las declaraciones de actividades, bienes y derechos patrimoniales durante el ejercicio del alto cargo que permitirían poder identificar situaciones de riesgo en materia de conflicto de intereses. En quinto lugar, se debe tener en cuenta alguna medida de protección del denunciante, que es esencial en un esquema que garantice la integridad pública. En sexto lugar, convendría regular los lobbies y sus implicaciones en estos procesos, introduciendo transparencia en determinadas prácticas que han dado lugar a famosos casos de corrupción en España.

5.2.1 El conflicto de interés y su expresión en el procedimiento administrativo: abstención y recusación.

Tal como hemos podido apreciar existe cierta confusión entre el conflicto de interés y los supuestos de abstención y recusación cuando su vinculación estaría presidida por una relación de género a especie. Por ello merece la pena que nos detengamos en los supuestos previstos en la legislación básica sobre el procedimiento administrativo común que son de aplicación a los altos cargos por previsión expresa de la propia normativa relativa al estatuto de éstos[479].

Las causas de abstención en el procedimiento administrativo son una clara manifestación del principio de objetividad y, más específicamente, en la vertiente de éste que hace referencia a garantizar la imparcialidad a la hora de resolver en un concreto supuesto[480].

[479] En este sentido la norma de Cataluña (artículo 6 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre) se refiere a estos supuestos estableciendo que:
-Los altos cargos al servicio de la Generalidad deben abstenerse de intervenir en los casos establecidos por la normativa del procedimiento administrativo común.
-El consejero o consejera del departamento competente por razón de la materia, si un alto cargo no cumple su deber de abstención, debe ordenarle, dándole audiencia previa, que se inhiba y debe informar de ello al consejero o consejera del departamento competente en materia de función pública. Si el alto cargo es un consejero o consejera, la orden debe proceder del Gobierno.
-Las personas interesadas en un expediente o un procedimiento pueden promover la recusación del alto cargo que sea competente para su tramitación instrucción o resolución, en los mismos casos establecidos para la abstención y de acuerdo con el procedimiento establecido por la normativa del procedimiento administrativo común.
-La no-abstención del alto cargo obligado a abstenerse genera la correspondiente responsabilidad administrativa.
En la misma dirección se pronuncia la normativa gallega (artículo 44 Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno) que contempla las siguientes previsiones:
-Las personas que ocupen los altos cargos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título deberán abstenerse de intervenir en los procedimientos administrativos que afecten a sus intereses personales, tal y como están definidos en el artículo anterior.
-A estos efectos, utilizarán la figura de la abstención regulada en la normativa básica en materia de procedimiento administrativo. Asimismo, podrán ser recusados en los términos previstos en dicha normativa.
-La abstención se realizará por escrito para su adecuada expresión y constancia, y se la notificará a la persona superior inmediata o, en su defecto, al órgano que lo o la nombró, que resolverá lo procedente. En caso de que se produzca en el seno de un órgano colegiado, la abstención constará y se incorporará al acta elaborada por su secretaría. En cualquiera de los casos, la abstención será comunicada en un plazo máximo de un mes al Registro de Actividades de Altos Cargos para su constancia.
La persona que ocupe el alto cargo podrá formular a la Oficina de Incompatibilidades y Buenas Prácticas cuantas cuestiones considere precisas sobre la procedencia de su abstención en asuntos concretos.
Por último, la legislación canaria (artículo 5 de la Ley 3/1997, de 8 de mayo,) prevé que:
-Durante el desempeño de los cargos sus titulares se abstendrán de intervenir en asuntos en los que hubiesen participado en el ejercicio de actividades privadas o de aquellos otros que representen algún interés o que afecten de algún modo a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento, representación, administración o capital social hayan participado o participen, tanto ellos como su cónyuge o personas vinculadas por análoga relación, así como los familiares dentro del segundo grado de consanguinidad de cualquiera de los anteriores, siempre que tuvieran conocimiento de dicha participación.
-Lo establecido en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la aplicación de los supuestos y régimen jurídico de abstención y recusación previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[480] En este punto es de necesaria referencia por los acertados planteamientos que se contienen en el mismo resulta FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2012): *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Y es que la abstención tiene por finalidad garantizar la objetividad y neutralidad de las decisiones administrativa y trata de preservar la situación de imparcialidad y objetividad del funcionario público, que podría cuestionarse por una relación personal con el fondo del asunto (STS de 9 de marzo de 2015, rec. 820/2013). Su anclaje constitucional, amén del citado principio, se encuentra en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3)[481] como ya hemos tenido oportunidad de analizar en capítulos anteriores.

En este sentido, y como indica el ATS de 3 de marzo de 2020 (rec. 88/2019), "la garantía de tal derecho (artículo 24 CE en relación al Poder judicial) se plasma de manera objetiva mediante la articulación de una serie de causas de abstención y recusación taxativamente establecidas, que contemplan tanto relaciones con el objeto del proceso como con las partes del mismo, cuya concurrencia en el Juez o Magistrado le impide intervenir en el proceso, no por carecer de los requisitos de capacidad de carácter general sino para evitar esa duda o sospecha sobre su imparcialidad en la aplicación únicamente del derecho objetivo, con sometimiento únicamente al imperio de la Ley, como expresamente proclama el art. 117.1 de la Constitución, y ello al margen de que el Juez o Magistrado subjetivamente mantenga o no tal imparcialidad"[482]. Bien es cierto que no como derecho fundamental ya que, en el caso de la Administración pública, y sin perjuicio de la interdicción de la arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la actuación administrativa, la intensidad de la protección no es predicable en la misma medida (STC 76/1990, de 26 de abril).

Las causas de abstención que, en lo esencial y salvo algunos cambios muy puntuales[483], se han mantenido a lo largo de las distintas normas de procedimiento desde 1958 cuando

[481] Como con acierto expone VAQUER CABALLERÍA, M. (2017): "Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las administraciones públicas", en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J., FERNÁNDEZ RAMOS, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 265-303 "si concretamos esta noción para el terreno específico de las resoluciones administrativas, podemos afirmar que la objetividad es la racionalidad en la identificación de sus hechos determinantes, en la fundamentación jurídica (subsunción en la regla y/o ponderación de los principios pertinentes al caso, con extracción de consecuencias debidamente justificada conforme a los criterios de interpretación de las normas) y en el contenido del acto, que debe ser congruente con tales hechos y fundamentos. Al apartamiento de dicha racionalidad lo llamamos arbitrariedad y lo prohíbe el art. 9.3 de la Constitución española. Con la interdicción de la arbitrariedad "no se trata ... de sustituir el criterio de la Administración en el ejercicio de su actividad discrecional, sino de que actúe con la objetividad que le marca el indicado precepto" (STS de 5 de diciembre de 2000, TOL1.705.673).

[482] Consideraciones, no obstante, de plena aplicación a la Administración, tanto en lo que se refiere a su vertiente objetiva como subjetiva, y a estos efectos puede verse la STS 15 de julio de 2003 (RJ 2003/5964) que recoge ambas perspectivas para garantizar el acierto de las decisiones por parte de los órganos que integran las Administraciones Públicas.

[483] En realidad, los cambios son, aunque adecuados, de escasa entidad y trascendencia dada la jurisprudencia existente que ya se había pronunciado sobre dichos extremos interpretando los preceptos en el mismo sentido en el que ahora son modificados. Se añade ahora, como causa de abstención, no solo sino, asimismo, el «vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable» (art. 23.2.b) y disponer, de modo terminante, en lugar del vago «podrá acordar su sustitución» anterior, que el superior jerárquico de la persona afectada por una de las causas de recusación «acordará su sustitución» (art. 24.3). Lo cierto, sin embargo, respecto de este último aspecto, es que la modificación puede considerarse oportuna pues, como ha puesto de manifiesto IZQUIERDO CARRASCO, M. (2017): "En la práctica administrativa, ante supuestos de *abstención o recusación* el órgano superior pudiera acordar la avocación del asunto e incluso la avocación y posterior delegación a otro órgano. Ahora, el legislador apuesta decididamente para que en estos supuestos la respuesta sea la suplencia. Ello se consigue por dos vías: en primer lugar, incluyendo expresamente la *abstención y recusación* en los motivos que justifican la suplencia; y, en segundo lugar, modificando

recibieron su primer tratamiento sistemático y unificado[484], sí han sufrido, sin embargo, un cambio de ubicación sistemático en la última regulación acontecida. De esta forma, en lugar de mantenerse, como era tradicional, en la legislación de procedimiento administrativo[485], han pasado a ser reguladas en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público tras la división entre esas dos materias -procedimiento administrativo y régimen jurídico- acontecida en 2015, lo que no ha sido, en general, bien acogido por la doctrina que opina que es ésta una materia propia del procedimiento administrativo y no de los órganos administrativos ya que afecta no sólo a los miembros de éstos como personas físicas sino, asimismo, a quienes no hallándose integrados en el órgano competente actúan en funciones auxiliares o de apoyo técnico en un determinado procedimiento[486].

El régimen jurídico, más allá de las causas que se contemplan normativamente, viene reconducido a las siguientes características básicas de las que damos cuenta a continuación: se trata, en primer término, de un catálogo tasado que no puede ser ampliado analógicamente (STS de 18 de marzo de 2009 rec. 43/2004), y que ha de concurrir en el momento en que la recusación se formula (ATS de 25 de febrero de 2016, rec. 3417/2014); por otro lado, se configura con una doble vertiente, es decir, se trata tanto de un derecho como de un deber; en tercer lugar, la no abstención por parte de la autoridad obligada a ello no implicará la invalidez de los actos en los que hayan intervenido; en cuarto lugar, la concurrencia de una causa de abstención no altera la competencia del órgano ni su titularidad ya que el empleado público u órgano en que concurre la misma exclusivamente deja de conocer de un asunto concreto procediéndose a la sustitución de la persona afectada; en quinto lugar, se articula el análisis de su concurrencia como una pieza incidental dentro de un procedimiento administrativo que es resuelto por el órgano jerárquicamente superior sin que quepa interponer recurso alguno sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento[487]; por último, la carga de la prueba

ligeramente la redacción del art. 24.3 LRJSP (recusación) que ahora dice "acordará su sustitución" y no "podrá acordar su sustitución" ("Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones" en el volumen colectivo *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: Eduardo Gamero Casado, Julián Valero Torrijos, Severiano Fernández Ramos), Tirant lo Blanch, Valencia).

[484] Bien es cierto que un tanto accidentado en lo referido a la Administración Local en que dicha unificación de las causas de abstención no se consiguió de forma efectiva hasta la legislación local de 1985, como ha puesto de relieve IZU BELLOSO, J. M. (2017): "Los motivos de abstención y recusación en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, p. 9. De cualquier forma, lo cierto es que dichas causas han operado y operan en los distintos sectores de la acción pública (empleo público, contratación, etc.).

[485] El Consejo de Estado, en su dictamen 275/2015, de 29 de abril de 2015, estimó que el régimen de abstención y recusación resultaba bien inserto sistemáticamente en dicha Ley al abordar cuestiones organizativas. Explicaba así el Dictamen que "Tras recoger en el título preliminar las disposiciones generales relativas al objeto de la norma y a su ámbito subjetivo de aplicación (artículos 1 y 2), el anteproyecto incluye en su título I las normas relativas a los órganos administrativos y a los interesados en el procedimiento. A los primeros se refiere, en particular, el capítulo I, en el que se incluyen las normas sobre competencia (artículos 3 a 10), la regulación aplicable a los órganos colegiados (artículos 11 a 14) y el régimen de abstención y recusación (artículos 15 y 16), cuestiones todas ellas que, por más que guarden una evidente conexión con las normas que disciplinan el procedimiento administrativo común, desbordan la estricta regulación de esta materia, ahondando en aspectos típicamente organizativos que a menudo se desenvuelven en la esfera interna de actuación de las Administraciones Públicas".

[486] Así lo ha destacado IZU BELLOSO, J. M. (2017): "Los motivos de abstención y recusación en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, p.10.

[487] Y es este el cauce adecuado no la vía disciplinaria para apartar del supuesto concreto a quien se ve afectado por una causa de abstención (STS 31 de marzo de 2006, rec. 1924/2015).

corresponde a quien invoca dicha causa (STSJ Madrid de 21 de febrero de 2017, rec. 499/2015).

De especial interés resulta su carácter tasado a los efectos que en este estudio se pretenden[488]. Algún sector doctrinal ha considerado que dicha cuestión debiera mantener un carácter tasado y cerrado no susceptible de ser desarrollado por las Comunidades Autónomas, lo que facilitaría, en opinión del IZU BELLOSO, su regulación en la legislación de procedimiento administrativo y no en la de régimen jurídico, dadas las previsiones competenciales establecidas constitucionalmente respecto de estos dos bloques normativos. No ha sido unánime dicha postura y así se ha mantenido por otros autores que dicha concepción ha entrado en crisis al ponerse en conexión con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y es que si bien el ámbito judicial no es el mismo que el administrativo, no es menos cierto que a estos efectos, es decir, garantizar la neutralidad e imparcialidad en la actuación de los poderes públicos, ya se trate del poder judicial como del ejecutivo, es un requerimiento inexcusable del Estado de Derecho y Democrático que preconiza nuestra Constitución[489].

Lo cierto, y desde mi punto de vista, es que dicha consideración merecería ser repensada de tal modo y manera que sería aconsejable una revisión de estas causas precisamente para abandonar el carácter tasado y cerrado con que, tradicionalmente, han sido concebidas desde 1958. Y es que, en efecto, el valor de la apariencia como requisito inexcusable de la confianza de los ciudadanos en la actuación de los poderes públicos ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha ido desarrollando la conocida como "teoría de las apariencias", es decir y en suma que los poderes públicos no sólo tienen que ser imparciales sino parecerlo como se puso de manifiesto desde la Sentencia de 17 de enero de 1970 (caso *Delcourt*)[490]. Valor de confianza en la actuación de los poderes públicos de la que también se ha hecho eco la jurisprudencia española y así la STS de 26 de enero de 2016 (rec. 1889/2014) no duda en argumentar que:

> "la Administración tiene que actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado, y aunque el artículo 23 de la LPA 1958 adopta un criterio flexible, su lectura reposada permite concluir que, en principio y como regla general, hay que inclinarse por considerar inválidos los actos dictados por órganos cuyo titular incurra en causa de recusación, y que sólo excepcionalmente debe mantenerse la validez de un acto dictado en esas condiciones. Las circunstancias aquí concurrentes, los intereses privados en juego, la facilidad con que se puede llevar al ánimo de los ciudadanos en temas como los inmobiliarios que se está produciendo una confusión de lo público y lo privado, no precisamente en interés

[488] Dicho carácter ha sido afirmado, entre otras resoluciones, por la STC 60/2008, de 26 de mayo y por el ATS de 19 de junio de 2009 (rec. 20238/2009)

[489] DOMENECH PASCUAL, G. (2002): "La abstención en el procedimiento administrativo", en *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José Mª Boquera Oliver*, Juan CLIMENT BARBERÁ y José María BAÑO LEÓN (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp.416-417.

[490] Pueden verse, asimismo y en dicho sentido, la STEDH de I de octubre, 1982 (caso *Piersack*) o la de 26 de octubre de 1984 (caso *De Cubber*). Más recientemente el Tribunal, en la Sentencia de 10 de octubre de 2009 (caso *Micallef*) donde se recoge expresamente que incluso las apariencias pueden tener relevancia o, como dice un refrán inglés «*justicia must not only be done, it must also be seen to be done*» (no solo debe hacerse justicia, sino también ver que se hace) ya que de ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deban inspirar a los ciudadanos.

> de lo público, hacían en este caso no sólo aconsejable sino ineludible que se hubiese producido la abstención del Conseller".

Bien es cierto que, a pesar de estas afirmaciones, los tribunales no han admitido una especie de cláusula supralegal de abstención, más allá de las causas estrictamente establecidas normativamente. Así el ATS de 25 de febrero de 2015 (rec.1/2015), con referencia al ámbito judicial pero perfectamente extrapolable al ámbito administrativo, explica que:

> "por lo que se refiere a la solicitud de que se aprecie una causa supralegal de recusación, fundada en la doctrina del TEDH relativa a la imparcialidad objetiva que exige que el Juez se acerque al objeto del proceso sin haber tomado postura respecto del mismo, ha de insistirse... en que razones de seguridad jurídica y de respeto al derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, imponen la necesidad de limitar las recusaciones a las causas legalmente establecidas en la ley, sin que quepa admitir una recusación sin causa".

Ha de subrayarse, al menos en la opinión que se mantiene, que no se trata de que exista una abstención/recusación sin causa, sino de que esa confianza en la actuación objetiva de la Administración quedaría reforzada si, junto a las causas tasadas que podrían seguir existiendo, se añadiese una cláusula adicional, más genérica y abierta, que respetando los principales parámetros que rigen la carga de la prueba mejorase la regulación establecida. Veamos, a estos efectos, la regulación establecida en el caso portugués.

En el caso del Derecho portugués, el artículo 6 del primigenio Código de Procedimiento Administrativo portugués regulaba[491], bajo la denominación de principios de justicia e imparcialidad, el principio de la imparcialidad y consagraba la obligación legal de la Administración Pública de tratar de forma justa e imparcial a todos aquellos que se relacionen con ella.

No obstante, y tras la reforma acontecida mediante el Decreto-ley nº 4/2015, de 7 de enero, el artículo 9 bajo la denominación ahora tan solo de principio de imparcialidad, establece que a fin de preservar la objetividad del responsable del procedimiento que la Administración Pública debe tratar con imparcialidad a quienes se relacionen con ella, es decir, considerando objetivamente todos y solo los intereses relevantes en el contexto de la toma de decisiones y adoptando las soluciones organizativas y procedimentales que son fundamentales para el mantenimiento de la exención administrativa y la confianza en esta exención.

[491] Un comentario a la misma puede verse en FREITAS DO AMARAL D. y LÓPEZ RODÓ, L. (1994): "Procedimiento Administrativo". *Ponencias del I coloquio hispano-portugués*, Santiago de Compostela.

Más adelante, y en los artículos 69 y siguientes, dicho Código tras la reforma efectuada en 2015[492], distingue entre un círculo más estrecho de causas de "impedimento" (art. 69)[493]:

a) Cuando estén interesados por sí mismos o como representantes o como empresarios de otra persona;

b) Cuando, por sí mismos o como representantes o gerentes de negocio de otra persona, su cónyuge o persona con quien conviva en condiciones similares a las de los cónyuges, un familiar o similar en línea recta o hasta el segundo grado de la línea colateral tenga interés en ella, así como cualquier persona con quien viva en una economía común o con quien tenga una relación de adopción, tutela o patrocinio civil;

c) Cuando por sí mismos o como representantes o gerentes comerciales de otra persona, tengan interés en un tema similar al que deba resolverse, o cuando tal situación ocurra en relación con la persona a que se refiere el párrafo anterior;

d) Cuando hayan intervenido en el procedimiento como perito o apoderado o hayan emitido opinión sobre el asunto a resolver;
e) Cuando su cónyuge o persona con quien conviva en condiciones similares a las de sus cónyuges, pariente o similar en línea recta o hasta el segundo grado de la línea colateral, así como cualquier persona con la que conviva en la economía haya intervenido en el procedimiento como perito o agente. común o con quien tengan relación de adopción, tutela o patrocinio civil;

f) En el caso de recurso interpuesto por si mismo, o con su intervención, o por alguna de las personas a que se refiere el apartado b) o con su intervención.

---

[492] La exposición de motivos explica respecto de la regulación que la idea que subyace a ese precepto es que, independientemente de estar fuera de supuestos de irreprochable presunción legal de sesgo, será absolutamente preciso, a la luz de las circunstancias de cada caso, asegurar la credibilidad de la decisión administrativa. Corresponde al legislador, no solo neutralizar y reprimir situaciones de sesgo subjetivo más o menos declaradas, sino también asegurar un clima en la preparación y toma de decisiones que no favorezca la duda sobre la respectiva gravedad. Entonces, en lugar de "sospecha", Se discute la "razonabilidad de serias dudas sobre la imparcialidad de la actividad de la agencia". No se trata de respetar tanto las condiciones subjetivas del agente como los requisitos objetivos de confianza de la opinión pública.

[493] En el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo portugués, los casos de impedimento se extienden a procedimientos administrativos o a la actuación en un acto o contrato de derecho público o privado de la Administración Pública.
No obstante, el apartado 2 de dicho artículo prevé que quedan excluidos de lo dispuesto en el número anterior:
a) Las intervenciones que se traduzcan en actos de mera conveniencia, a saber, actos certificadores;
b) Emitir opinión, como miembro del órgano colegiado competente para la decisión final, cuando tal formalidad lo exija la normativa aplicable;
c) La pronunciación del autor del acto impugnado, en los términos del apartado 2 del artículo 195.
El parágrafo 3 establece además que no puede haber lugar, en el ámbito de procedimiento administrativo, prestación de servicios de consultoría, u otros, a favor del responsable de la respectiva gestión o de cualesquiera sujetos públicos de la relación jurídica procesal, por entidades en relación con las cuales se produzca alguna de las situaciones previstas en el apartado 1, o que hayan prestado servicios, hace menos de tres años, a cualquiera de los particulares que participen en la relación procesal jurídica. Añadiendo en su apartado 5 que siempre que la situación de incompatibilidad prevista en el apartado 3 se produzca ya con posterioridad al inicio del trámite, el prestador del servicio deberá comunicarlo inmediatamente al responsable de la dirección del trámite y cesar toda actividad relacionada con el mismo.

Y otro círculo más más amplio de causas de "sospecha" establecidas en el artículo 73 de dicho Código:[494]

a) Cuando, por sí misma o como representante o gerente comercial de otra persona, tenga en ella un interés relativo o similar en línea recta. o hasta el tercer grado de la línea colateral, o tutelado o curatelado él, su cónyuge o persona con quien conviva en condiciones similares a las de los cónyuges;

b) Cuando el titular del órgano o apoderado, su cónyuge o persona con quien conviva en condiciones análogas a las de los cónyuges, o cualquier familiar o similar en línea recta, sea acreedor o deudor de una persona natural o jurídica con interés directo en el procedimiento, actuar o contrato;

c) Cuando se hayan recibido donaciones, antes o después de iniciado el trámite, por el titular del órgano o mandatario, su cónyuge o persona con quien conviva en condiciones similares a las de los cónyuges, parientes o similares en línea recta;

d) Si existe enemistad grave o gran intimidad entre el titular del órgano o apoderado, o su cónyuge o persona con quien conviva en condiciones similares a las de los cónyuges, y la persona con interés directo en el trámite, acto o contrato;

e) Cuando se encuentre pendiente un proceso en el que sea parte el titular del órgano o apoderado, su cónyuge o persona con quien conviva en condiciones similares a las de los cónyuges, un familiar heterosexual o persona con quien conviva en la economía común, por un lado, y, por otro, el interesado, su cónyuge o persona con quien conviva en condiciones similares a las de los cónyuges, pariente heterosexual o persona con quien conviva en la economía común.

Como explica REBORDAO MONTALVO "las garantías de objetividad e imparcialidad de los órganos de la Administración son materias que el Código regula a través de los principios de impedimento y de sospecha. En términos generales, el régimen del impedimento prohíbe a los miembros y a los funcionarios de los órganos administrativos intervenir en el procedimiento administrativo o en actos o contratos de derecho público o privado de la Administración Pública cuando en ellos tengan interés por sí, como representante o gestor de negocios de otra persona, o cuando haya intervenido en el procedimiento como perito o mandatario o haya dado parecer sobre la cuestión a decidir, o incluso aplicándose cuando tenga interés en el procedimiento su cónyuge, persona con quien viva en unión de hecho y algún pariente o afín en línea recta o hasta el segundo grado de la línea colateral. En cuanto a la sospecha, el Código establece que los miembros y los funcionarios de los órganos administrativos deben eximirse de intervenir en el procedimiento o en acto o contrato de derecho público o privado de la Administración Pública cuando se cumpla un conjunto de situaciones (más vastas que en los casos de

[494] En estos supuestos del artículo 73 del Código de Procedimiento Administrativo portugués, se contempla que los titulares de órganos de la Administración Pública y sus agentes, así como cualesquiera otras entidades que, independientemente de su naturaleza, se encuentren en el ejercicio de poderes públicos, deberán solicitar la exención de intervenir en el procedimiento o en un acto o contrato público o privado del Administración Pública cuando exista una circunstancia por la que pueda dudar razonablemente de la imparcialidad de su conducta o decisión. En cuanto a la recusación, cualquier interesado en la relación jurídica podrá levantar sospechas sobre los titulares de los órganos de la administración pública, sus agentes u otras entidades en el ejercicio de los poderes públicos que intervengan en el procedimiento, acto o contrato.

impedimento) a través de las que se pueda dudar de la imparcialidad de su conducta o decisión"[495].

Ambas son causas de abstención en el procedimiento, si bien su infracción sólo tiene consecuencias invalidantes en el caso de las primeras generándose, además, responsabilidades disciplinarias y patrimoniales. En las segundas, sin embargo, no necesariamente se produce la invalidez (art. 76)[496].

Como puede verse de esta regulación, y aunque con mayor radio de acción, las causas y los motivos de abstención (impedimento o sospecha), también resultan tasados en el Derecho portugués.

En mi opinión, y esto resulta aplicable a ambos ordenamientos, las limitaciones que se derivan de dicha técnica normativa tasada a los efectos perseguidos por el principio de objetividad, resultarían superadas si se adoptase una técnica normativa abierta. Ciertamente, y a pesar de esa enumeración tasada, la propia enunciación de determinadas causas y motivos determina que este no sea un sistema, tanto en el caso portugués como en el español, absolutamente cerrado. Ya se trate de "tener interés personal" en el caso español o de la enumeración de causas que se realiza en el caso portugués se atisban posibilidades de acoger diferentes situaciones que permiten una vis expansiva de los preceptos que las recogen. En mayor medida, claro está, en el caso portugués que presenta, sin duda, una regulación más cuidada en torno a este punto.

No obstante, y como se ha mantenido en este estudio, la integridad pública como vertiente esencial para hacer efectivo el principio de objetividad ameritaría acudir, en mi opinión, a un sistema presidido por una cláusula abierta como el conflicto de interés[497], sin

[495] REBORDAO MONTALVO, A. (2018): "Capítulo V. El procedimiento administrativo en el Derecho Portugués", en PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M., *Estudios sobre el procedimiento administrativo* (Volumen I), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 118-119.

[496] El artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo portugués dispone que:

-Quedan anulados los actos o contratos en los que intervinieron titulares de órganos o agentes impedidos o en cuya preparación haya estado prestando servicios a la administración pública en contravención a lo dispuesto por este Código

-La omisión del deber de comunicarlo constituye falta grave a efectos disciplinarios.

-La prestación de servicios en contravención a lo dispuesto en este Código constituye el deber del prestador de indemnizar de buena fe a la Administración Pública y a terceros por los daños y perjuicios resultantes de la nulidad del acto o contrato.

-La falta o decisión negativa sobre la deducción de la sospecha no prejuzga la invocación de la nulidad de los actos realizados o de los contratos celebrados, cuando el conjunto de circunstancias del caso concreto dé como resultado la razonabilidad de serias dudas sobre la imparcialidad de la actuación.

[497] Así lo ha recogido el Derecho italiano que, con fundamento en los principios de imparcialidad y trasparencia, y para evitar también fenómenos de corrupción dentro de la Administración pública, prevé en el apartado 1 del artículo 41 L. 190/2012 el siguiente contenido:

"Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Chi assegna la procedura se non ha consapevolezza dell'esistenza di eventuali conflitti tra il soggetto che intende nominare e l'utente interessato dovrebbe quantomeno cautelarsi, appunto chiedendo una dichiarazione esplicita da tenere agli atti ed eventualmente richiamare nel provvedimento conclusivo. La riflessione vale anche nel caso in cui il conflitto dovesse sorgere durante lo sviluppo/svolgimento del procedimento amministrativo. Il soggetto che verrebbe a trovarsi in siffatta situazione si troverà costretto a fare la segnalazione al dirigente/responsabile del servizio"

Esta norma obliga a aquellos empleados públicos que se puedan encontrar en un conflicto de intereses real o potencial, a abstenerse de tomar parte en el procedimiento. La violación de tal obligación constituye una

perjuicio, eso sí, de la enumeración, entre otras, de una serie de motivos en los que su mera concurrencia, sin perjuicio de la incidencia que ésta pueda tener en el actuar del órgano administrativo, implicaría el apartamiento del responsable del procedimiento[498].

5.2.2 El conflicto de interés en la contratación pública.

Un ámbito que cobra especial relevancia en este tema es el referido a la contratación pública. En la misma, de más está ponerlo de relieve dados los importantes presupuestos públicos que se manejan en ésta[499], hay un grave riesgo de corrupción siempre que no existan instrumentos para prevenir un conflicto de interés. Las organizaciones internacionales, ya se trate de Naciones Unidas o la OCDE, han mostrado su preocupación por dicho asunto[500] y, en el marco de la Unión Europea, el Parlamento Europeo en su

---

irregularidad que supone infringir la ley y, a estos efectos, como medida precautoria se prevé que el jefe de la unidad, bien antes de nombrar el sujeto encargado de la tramitación, o bien una vez nombrado antes de que se inicie el procedimiento, pueda pedir una declaración en la cual el sujeto encargado del procedimiento reconozca que no tiene un conflicto de intereses.

[498] Similar opinión tiene GARCÍA LUENGO, quien aboga también por un sistema mixto, de forma que se conservara la actual enumeración, pero que esta no fuera tasada, sino que se combinase con una cláusula general "sin necesidad de acudir a interpretaciones forzadas" con la regulación con que contamos hoy día. GARCÍA LUENGO, J. (2022): *La abstención y la recusación en el procedimiento administrativo*, Iustel, Madrid, p. 40.

[499] En forma aproximada se calcula que el 20% del PIB de la UE se destina de forma directa a los procedimientos contractuales públicos. A ello, lógicamente, es preciso añadir el efecto indirecto que dicha actividad tiene sobre el resto de la actividad económica. Sobre la estimación de los costes añadidos a los contratos públicos con ocasión de prácticas corruptas, puede consultarse EVENETT, S. and HOEKMAN, B. (2008): "*Government procurement: market access, transparency and multilateral trade rules", European Journal of Political Economy*, vol. 21 (1), pp. 163-183; MEDINA ARNÁIZ, T. (2008): "*The exclusion of tenderers in public procurement as an anti-corruption mean", Network of Institutes and Schools of Public Administration (NISPA).* (Disponible en http://www.nispa.org/files/conferences/2008/papers/200804200047500.Medina_exclusion.pdf, pp. 2 y3); y el estudio preparado *por PwC y Ecorys* para la Comisión Europea (2013): "*Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU. Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anticorruption*", (Disponible en https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/default/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf, p. 167).

[500] Baste citar, a los efectos pretendidos, los resultados de los sucesivos Informes GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción) del Consejo de Europa. Específicamente, en la cuarta ronda de evaluación realizada, entre los temas examinados se encontraban los principios éticos y las normas de conducta; la prohibición o restricción de ciertas actividades; la declaración de bienes e intereses; y la ejecución de normas reguladoras de conflictos de interés. El informe sobre España fue aprobado en diciembre de 2013, al que siguieron tres informes de provisionales de conformidad correspondientes a julio de 2016, diciembre de 2017 y junio de 2019. En el correspondiente a 2021 con carácter general y para toda la UE se pone de relieve que muchos países adoptaron medidas para reforzar los marcos de prevención e integridad de la corrupción, incluidas normas sobre conflictos de intereses, transparencia de los grupos de presión y «puertas giratorias». Sin embargo, siguen existiendo dificultades, en particular en relación con investigaciones penales, enjuiciamientos y la aplicación de sanciones por corrupción en algunos Estados miembros. Y, en el caso de España, se destaca que "La reforma del marco de integridad busca consolidar las normas en materia de conflictos de intereses y las incompatibilidades en la Administración Pública. El IV Plan de Gobierno Abierto (véase también la sección IV) prevé modificar la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas para ampliar el régimen de incompatibilidades y prevención de conflictos a los asesores y delimitar con mayor eficacia el sistema de prevención de conflictos de intereses e incompatibilidades de los empleados públicos de las distintas Administraciones. Además, el Plan tiene por objeto reforzar la ética y la integridad ligadas al uso de la inteligencia artificial en las actividades de la Administración para maximizar la gestión de datos al tiempo que se minimizan los riesgos para la integridad. La Oficina de Conflictos de Intereses que supervisa las incompatibilidades y los conflictos de intereses y controla las declaraciones de patrimonio de los altos funcionarios y miembros del

Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011) se ha afirmado que "el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riegos de gestión irregular, fraude y corrupción y estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea"[501] y el primer Informe Anticorrupción de la UE (2014) [502], realizado a la vez que eran aprobadas las nuevas directivas en esta materia, abordó específicamente este tema identificando los principales riesgos de corrupción en todo el *iter* contractual[503]. El Informe revisa las principales medidas contra la corrupción en toda la compra pública y recomienda evaluar de forma sistemática los riesgos en esta materia mediante el establecimiento de estándares elevados de transparencia, de reforzar los instrumentos de control interno y externo, de mejorar la formación y la sensibilización de los operadores, y de endurecer los regímenes sancionadores así como incrementar su efectividad. La Comisión en dicho Informe señalaba que "los análisis nacionales muestran que la contratación pública es especialmente proclive a la corrupción en los Estados miembros, debido a los deficientes mecanismos de control y de gestión de riesgos".

Las irregularidades más frecuentes, según el informe anteriormente citado, serían las especificaciones técnicas hechas a medida para favorecer a determinados licitadores, la fragmentación de contratos para evitar procedimientos competitivos, los conflictos de intereses, los criterios de selección desproporcionados y no motivados, la exclusión injustificada de licitadores, el recurso injustificado a procedimientos de emergencia y

---

Gobierno, ha introducido recientemente un sistema de comunicación electrónica para mejorar la gestión eficaz de documentos e información. Este sistema entró en vigor el 20 de octubre de 2020 y exige que las comunicaciones de los altos funcionarios y miembros del Gobierno con la Oficina de Conflictos de Intereses se lleven a cabo exclusivamente por medios electrónicos".

[501] Razón por la cual se instaba a los Estados miembros a que establecieran como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, debido a los *«efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior»*. Podría decirse que en esta situación se identificarían los elementos de origen a la aprobación de las nuevas Directivas europeas en materia de contratación: la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; y Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

[502]https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0-d9b7-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0004.04/DOC_2&format=PDF

[503] Un análisis integral de los riegos de corrupción a lo largo del proceso de contratación pública puede encontrarse en GIMENO FELIÚ, J. M. (2010): "La Ley de Contratos del Sector Público, ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA*), núm. 147, p. 525 y ss. Puede verse, asimismo, GIMENO FELIU, J.M. (2016): "La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad", *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (coordinado por VILLORIA, M, J.M. GIMENO J. M. y TEJEDOR, J.), Atelier, Barcelona, pp. 246-300; MEDINA ARNAIZ, T. (2016): "La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104.2, pp. 77-113; y las reflexiones de GONZALEZ SANFIEL, A. (2016): "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?", en libro colectivo dirigido por HERNÁNDEZ, F. *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Navarra pp. 31-48. Más recientemente puede consultarse el trabajo de CAMPOS ACUÑA, C. (2020): "Posibilidades del *Compliance* en la contratación pública: elementos clave para su utilización" en el libro colectivo *Compliance e Integridad en el Sector Público* (coordinado por CASTILLO, F.), Tirant lo Blanch, Valencia.

urgencia, el tratamiento inadecuado de las ofertas temerarias, la excesiva insistencia en el criterio del precio más bajo en detrimento de la calidad, las excepciones no justificadas a la publicación de anuncios de licitación y la modificación injustificada de contratos.

En este sentido CERRILLO I MARTÍNEZ destaca que "el conflicto de interés puede dar lugar a favoritismos, abusos de poder, tratos discriminatorios, falta de imparcialidad y objetividad en la adjudicación de los contratos públicos o a la aprehensión o el derroche de recursos públicos"[504].

Atendiendo a las razones expuestas y al resultado de dicho informe, entre otras razones[505], se aprobó la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, la cual señala qué debe entenderse por conflicto de interés en su artículo 24[506], destacando que abarcará "cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación". De esta forma, y con esta amplia definición, el concepto que establece la Directiva pareciera comprender los conflictos de intereses reales, aparentes y potenciales, si bien la jurisprudencia europea tan solo había considerado los conflictos reales con arreglo a lo dispuesto en el

[504] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2021): "La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública", *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 25, primer semestre, p. 374.

[505] MEDINA ARNÁIZ, T. (2014): "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", en el vol. col. coord. por FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, coord., Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

[506] Adicionalmente a lo dispuesto en esta Directiva debe señalarse, asimismo, por su importancia la Comunicación de 2021 relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01). El concepto de colusión en la contratación pública (también denominado «licitación colusoria») hace referencia a los acuerdos ilegales entre operadores económicos destinados a falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación.

Hasta la adopción de las Directivas sobre contratación pública de 2014, las prácticas colusorias en la contratación pública se abordaban principalmente a nivel de la Unión desde la perspectiva del derecho de la competencia. Se consideraban un caso típico de acuerdo entre dos o más operadores independientes del mercado, que restringía la competencia y estaba prohibido con arreglo al artículo 101 del TFUE.

En noviembre de 2017, la OLAF publicó un manual titulado «Fraude en la contratación pública: Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas», elaborado sobre la base de las aportaciones de expertos de los Estados miembros en el marco del Comité consultivo para la coordinación de la lucha contra el fraude (COCOLAF). Este manual incluye una sección dedicada a la colusión, en la que se proporciona una lista exhaustiva y muy detallada de «indicadores de alerta» y consejos para detectar la colusión en la fase previa a la licitación y en la fase de licitación.

Las Directivas sobre contratación pública de 2014 modificaron las normas de exclusión con la introducción de nuevos motivos obligatorios y facultativos de exclusión, la posibilidad de que los operadores económicos invocaran medidas de «autocorrección» y una duración máxima de la exclusión. Por primera vez, establecían explícitamente la colusión como un motivo facultativo para excluir a operadores económicos de procedimientos de adjudicación. Más concretamente, el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE establece que un poder adjudicador puede excluir, por sí mismo o a petición de un Estado miembro, a un operador económico de un procedimiento de licitación cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.

Reglamento financiero[507]. A este respecto, puede encontrase en el artículo 57.4.a) de la Directiva 2014/24/UE la regulación del conflicto de interés en materia de contratación pública como una causa de exclusión por parte del órgano de contratación, previsto para aquellos casos en que las medidas adoptadas no fuesen suficientes para resolverlo. Si bien, como ha destacado GÓMEZ FARIÑAS[508], esta posibilidad queda supeditada al derecho que tiene el operador económico de probar su fiabilidad a través de las denominadas medidas de autocorrección o *self-cleaning*.

De sumo interés para delimitar el concepto de conflicto de interés, y comprobar su impacto en el ámbito europeo en este concreto campo, resulta la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el ordenamiento de la Unión las previsiones sobre los conflictos de intereses derivan del principio de igualdad de trato de los licitadores que, como es suficientemente conocido, tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública. Es decir, se exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica pues que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (así se establece en la en la STJUE de 9 de septiembre de 2009, *Brink´s Security Luxembourg/Comisión*, T-437/05, EU:T:2009:318 apartado 114 y en la jurisprudencia citada).

Conviene precisar que un conflicto o una confusión de intereses constituye en sí mismo y objetivamente una disfunción grave o una anomalía, sin que sea necesario para su calificación tener en cuenta las intenciones de los interesados ni su buena o mala fe (véanse en ese sentido las SSTJUE de 15 de junio de 1999, *Ismeri* Europa/Tribunal de Cuentas, T-277/97 , Rec. EU:T:1999:124 , apartado 123; *Nexans* France/Empresa común *Fusion for Energy*, citada en el apartado anterior, EU:T:2013:141 , apartado 115, y de 11 de junio de 2014, *Communicaid Group*/Comisión, T-4/13 , EU:T:2014:437 , apartado 53). Y es que, como se indica en la jurisprudencia citada, el concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y requiere para su caracterización hacer abstracción de las intenciones de los interesados, en particular, de su buena fe (véase especialmente la STJUE de 20 de marzo de 2013, *Nexans* France/Empresa común *Fusion for Energy*, T-415/10, Rec, EU: T:2013:141, apartado 115).

[507] La Sentencia de 13 de octubre de 2015 del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda) Caso *Intrasoft International SA* contra Comisión Europea (asunto T-403/12), y respecto del Reglamento financiero vino a establecer que: "es necesario recordar que el artículo 94 del Reglamento financiero sólo permite excluir a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público si la situación de conflicto de intereses a que se refiere es real y no hipotética. Esto no significa que un riesgo de conflicto de intereses sea insuficiente para excluir una oferta. Efectivamente, en principio, un conflicto de intereses únicamente puede concretarse durante la ejecución del contrato. Antes de la conclusión del contrato, el conflicto de intereses sólo puede ser potencial y dicha disposición del Reglamento financiero implica, pues, un razonamiento en términos de riesgo.

[508] GÓMEZ FARIÑAS, B. (2017): "La regulación de los conflictos de intereses en la contratación pública en el marco de la cuarta generación de Directivas", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 148, p. 3. Donde se señala que la autocorrección permite que el operador incurso en una causa de exclusión sea admitido en el procedimiento de adjudicación tras haber adoptado medidas eficaces para corregir las consecuencias de un comportamiento ilícito e impedir que éste se vuelva a repetir. De este modo se fomenta la implementación de programas de cumplimiento o *legal compliance* como instrumento de autorregulación para aquellas empresas que deseen contratar con la Administración Pública y se relega la exclusión de licitadores a supuestos de inactividad, total o parcial, por parte del operador económico afectado para poner solución al eventual conflicto de intereses.

Asimismo, el principio de igualdad de trato implica la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto cuando preparan sus ofertas como en el momento en que estas se someten a la evaluación del poder adjudicador (STJUE de 11 de junio de 2014, *Communicaid Group*/Comisión, T-4/13, no publicada, EU: T:2014:43, apartado 580). Ahora bien, si una persona puede, cuando licita en el contrato público de que se trate, influir involuntariamente en las condiciones de este, orientándolo en un sentido que le sea favorable, dicha persona puede encontrarse en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses. Esta situación, como concluye la jurisprudencia europea, puede falsear la competencia y romper la igualdad entre licitadores (SSTJUE de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartado 30; y de 11 de junio de 2014, *Communicaid Group*/Comisión, T-4/13, EU: T:2014:437, apartado 53).

A la hora de determinar en qué circunstancias existe riesgo de conflicto de intereses y las consecuencias de su apreciación, dicha jurisprudencia ha indicado que: existirá riesgo en el supuesto de que se haya encargado a una persona la realización de trabajos preparatorios en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dado que, en tal supuesto, esa persona puede encontrarse en un situación que puede dar lugar a un conflicto de intereses (Punto 2.3.6 de la Guía Práctica de los procedimientos contractuales para las acciones exteriores de la Unión Europea, PRAG y STJUE de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03 , EU:C:2005:127, apartados 28 a 30).

No obstante, si bien, a tenor del artículo 94 del Reglamento financiero[509], aquellos candidatos o licitadores que, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato

[509] El Tribunal General de la Unión Europea en relación a la norma sobre conflicto de intereses contenida en el Reglamento Financiero de 23 de diciembre de 2002 (Reglamento CE, n.º 2342/2002) e incluida en el principio de «buena administración» que aplica la Comisión Europea en su contratación se ha pronunciado en diversas sentencias para aclarar la integración del conflicto de intereses en el procedimiento de contratación. La STJUE de 27 abril 2016 del vino a establecer que:
Como se deduce de la lectura conjunta de varias sentencias (caso *Fabricom* C-21/03 y C-34/03) y (*Assitur* C-538/07), la existencia de vínculos estructurales entre dos sociedades, de las cuales una ha participado en la elaboración del pliego de condiciones y otra en el procedimiento de licitación del contrato público de que se trate, puede crear en principio un conflicto de intereses. En cambio, atendiendo a esa jurisprudencia, el riesgo de conflicto resulta menos grave cuando la sociedad o sociedades encargadas de la preparación del pliego de condiciones no forman del consorcio licitador, sino que sólo son miembros del mismo grupo de empresas del que también forman parte la sociedad miembro de ese consorcio, como ocurre en este asunto.
Suponiendo que esa situación pudiera originar realmente un conflicto de intereses, es preciso observar que, en este caso, la EUIPO comprobó y demostró de modo suficiente en Derecho que ese potencial conflicto de intereses no podía influir en el desarrollo del procedimiento de licitación ni en su resultado.
Hay que recordar en ese sentido que la mera constatación de una relación de control entre PWC International y sus diferentes filiales no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a una de esas sociedades del procedimiento de licitación, sin comprobar si esa relación incide de modo concreto en su conducta en ese procedimiento. Lo mismo puede decirse, con mayor razón aún, cuando se constata que la ejecución de ciertos trabajos preparatorios ha corrido a cargo de una sociedad perteneciente un grupo de empresas y otra empresa del grupo participa en el procedimiento de licitación como miembro de un consorcio licitador, debiendo ofrecerse a esta última empresa la oportunidad de demostrar que esa situación no implica ningún riesgo para la competencia entre los licitadores.
En cambio, la existencia de un conflicto de intereses debe llevar a la entidad adjudicadora a excluir al licitador afectado cuando esa decisión constituya la única medida posible para evitar una vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia, de obligado respeto en todo procedimiento de adjudicación de un contrato público, es decir, cuando no existe otra medida menos restrictiva para asegurar el respeto de esos principios. Conviene precisar por ello que un conflicto o una confusión de intereses constituye, en sí mismo y objetivamente, una disfunción grave o una anomalía seria, sin que sea necesario para su calificación tener en cuenta las intenciones de los interesados ni su buena o mala fe.

público, se hallen en una situación de conflicto de intereses quedarán excluidos de la adjudicación de dicho contrato, esta disposición solo permite excluir a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público si la situación de conflicto de intereses a que se refiere es real y no hipotética. A estos efectos, es preciso que un riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador[510]. Sin embargo, aunque el poder adjudicador no tiene una obligación absoluta de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, la exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia (véase la STJUE de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy*, T-415/10 , EU:T:2013:141 , apartados 116 y 117 y la jurisprudencia citada en dicha Sentencia).

Asimismo, y respecto al papel del poder adjudicador, se señala: "A este respecto, habida cuenta de que el poder adjudicador debe dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia, le corresponde un papel activo en la aplicación y el respeto de esos principios. En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses" (véase, en este sentido, la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, apartados 42 y 43).

De lo hasta aquí expuesto se desprende que incumbe al poder adjudicador, por una parte, garantizar, en cada fase de un procedimiento de licitación, el respeto del principio de igualdad de trato y, por otra parte, determinar en cada caso, tras una evaluación concreta, si una persona o un candidato se encuentra en una situación de conflicto de intereses antes de decidir excluirle o no del procedimiento de licitación y de llevar a cabo la adjudicación del contrato[511]. Resulta, pues, incuestionable el papel activo que se otorga al poder adjudicador en el control del principio de igualdad de oportunidades, así como que la exclusión del licitador en quien concurra conflicto de intereses es, no solo una

---

Además, del pliego de condiciones se desprende que se considera que existe conflicto de intereses, entre otros casos, cuando un subcontratista de un licitador principal que haya participado en la preparación de un procedimiento de licitación no pueda demostrar que su oferta no es capaz de falsear la competencia, es decir, que no constituye un riesgo para la misma. Pues bien, como mantiene la EUIPO, a falta de indicios en sentido contrario, el hecho de que la oferta del consorcio obtuviera, por su calidad técnica, una puntuación claramente inferior a la atribuida a la oferta de la primera demandante, que era la mejor puntuada por ese concepto demuestra por sí mismo que los vínculos estructurales indirectos entre PWC *Spain*, por una parte, y PWC UK y PWC *Belgium*, por otra, que estaban precisamente encargadas de la preparación de la faceta técnica del pliego de condiciones, o la conducta de esas sociedades, no tuvieron incidencia en la competencia entre licitadores, sobre todo en perjuicio de la primera demandante (Sentencia de 27 abril 2016 del Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-556/11, Caso *European Dynamics Luxembourg* SA y otros contra Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, EUIPO).

[510] Pueden consultarse, en este sentido, las SSTJUE de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartados 32 a 36; de 19 de mayo de 2009, Assitur, C538/07, EU:C:2009:317, apartados 26 a 30; y de 18 de abril de 2007, *Deloitte Business Advisory*/Comisión, T195/05, EU: T:2007:107, apartado 67.

[511] La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera) de 28 de febrero de 2018 (asunto T-292/15) establece, respecto de este punto, que: "Dado que el poder adjudicador debe velar en cada fase de un procedimiento de licitación por el respeto de la igualdad de trato, tal obligación de diligencia se impone necesariamente al poder adjudicador cuando dispone de información relativa a un riesgo de conflicto de intereses y debe, como en el caso de autos, determinar si ese riesgo es real o no".

consecuencia posible sino obligada para preservar el principio de igualdad de trato[512]. En cambio, la existencia de un conflicto de intereses debe llevar a la entidad adjudicadora a excluir al licitador afectado cuando esa decisión constituya la única medida posible para evitar una vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia, de obligado respeto en todo procedimiento de adjudicación de un contrato público, es decir, cuando no existe otra medida menos restrictiva para asegurar el respeto de esos principios. (SSTJUE de 19 de mayo de 2009, asunto *Assitur*, EU:C:2009:317, apartado 21; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni y Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 31; y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France*/Empresa común *Fusion for Energy*, EU:T:2013:141 , apartado 117 y la jurisprudencia citada)[513].

No obstante, para que el licitador pueda ser excluido del procedimiento es preciso que dicho riesgo sea efectivamente constatado, tras una valoración de la oferta y de la situación del licitador. A estos efectos resulta insuficiente la mera posibilidad de un conflicto de intereses (STJUE de 18 de abril de 2007 *Deloitte Business Advisory*/Comisión, citada en el apartado 62 supra, EU: T:2007:107, apartado 67).

[512] Así lo había afirmado la STGUE, 27 de abril de 2016 (ROJ: STGUE 33/2016 -ECLI: EU: T:2016:248):

[513] La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, también hace referencia a esta cuestión, argumentando que: "Un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho.

Por lo que atañe a las normas sobre la prueba a este respecto, procede señalar que, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia. De ello se deduce que se les atribuye un papel activo en la aplicación de esos principios de adjudicación de los contratos públicos.

43. Como este deber corresponde al contenido esencial de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, de ello se desprende que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. Pues bien, resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador. Una solución en ese sentido resulta también contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz que figura en la Directiva 89/665, dado que un licitador no está, por regla general, en condiciones de tener acceso a información y a elementos de prueba que le permitan demostrar una parcialidad de ese tipo. De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba. (…)

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial, sobre el artículo 1 de la Directiva 89/665 y los artículos 2 y 44 de la Directiva 2004/18, que deben interpretarse en el sentido de que no se oponen en principio a que se declare la ilegalidad de la evaluación de las ofertas de los licitadores por el mero hecho de que el adjudicatario del contrato haya tenido vínculos significativos con expertos nombrados por el poder adjudicador que hayan evaluado las ofertas. El poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. En el marco del examen de un recurso dirigido a obtener la anulación de la decisión de adjudicación debido a la parcialidad de los expertos, no puede exigirse al licitador excluido que demuestre concretamente la parcialidad del comportamiento de los expertos. Corresponde, en principio, al Derecho nacional determinar si —y en qué medida— las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido incidencia en la decisión de adjudicación del contrato (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, Caso *eVigilo* Ltd *contra Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos* (asunto C-538/13)

En definitiva, en el ámbito europeo, no existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores. En cambio, la exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia.

Si esa es la situación en el caso europeo, veamos ahora, junto al caso español, en forma previa el caso portugués que resulta de sumo interés dado lo reciente de su regulación en este aspecto.

En el caso de Portugal, el Consejo de Prevención de la Corrupción (CPC) aprobó con fecha 8 de enero de 2020 una Recomendación sobre la gestión de conflictos de interés en el sector público[514]. En esta Recomendación, el CPC consideraría que un sistema de gobierno robusto, sustentado en los valores de integridad, probidad, transparencia y responsabilidad, se fundamenta preventivamente en las declaraciones de intereses y en la verificación de incompatibilidades para suprimir potenciales conflictos de interés y, en consecuencia, reducir la vulnerabilidad de las instituciones cuando éstos se presenten.

Dicha Recomendación se dirige a todas las entidades del sector público, así como a los órganos de control e inspección y a todos aquellos que participen en las decisiones, que muevan dinero, valores o bienes públicos, sustituyendo a la Recomendación de 7 de noviembre de 2012 sobre la misma materia.

A estos efectos, dicha Recomendación considerando las situaciones susceptibles de dar lugar a intereses incompatibles entre las esferas pública y privada o entre la búsqueda de intereses colectivos y privados, señala que el concepto de conflicto de intereses incluye cualquier situación, real, aparente o potencial, de superposición de intereses sobre los intereses públicos que los titulares de cargos públicos, políticos y administrativos están obligados a defender, ya sea durante el ejercicio de su mandato o funciones, ya sea antes del ejercicio o después de su terminación.

En ese contexto, se destaca qué situaciones de los empleados que dejan un cargo público para asumir funciones privadas pueden generar conflictos de interés:

- Los períodos que preceden y siguen al ejercicio de las funciones públicas, de conformidad con el marco legal y los valores éticos de la organización;

- Las situaciones de directivos que hayan dejado el cargo público para desempeñar funciones privadas, o de trabajadores que pasen del sector privado al cargo público

[514] Está Recomendación está en línea con los cambios legislativos introducidos por el llamado "paquete de transparencia", aprobado en 2019 y constituido por la Ley n.º 52/2019 respecto de titulares de cargos políticos y altos cargos públicos, por la Ley n.º 62/2019 relativa al Estatuto de los Diputados, la Ley 4/2019 y por la RAR nº 210/2019, de 20 de septiembre (Código de Conducta de los Diputados a la Asamblea de la República).

y sean titulares de intereses privados que puedan entrar en conflicto con el interés general en el ejercicio del cargo público;

- Situaciones de doble circulación entre el sector público y privado, conocidas como "dobles puertas giratorias";

El Consejo también recomienda realizar una autoevaluación periódica de la política de gestión de conflictos de interés en los organismos y entidades públicas.

Con posterioridad el Decreto-Lei n.º 109-E/2021 "Sobre el establecimiento del Comité Nacional Anticorrupción y del Régimen General de Prevención de la Corrupción" como medida adicional de prevención en las entidades públicas , exige para los miembros de los órganos de gobierno, los directivos y los empleados la presentación de una declaración sobre la ausencia de conflictos de intereses en caso de que participen en procedimientos de contratación pública, concesión de subvenciones, ayudas o beneficios, la concesión de licencias urbanísticas, ecológicas, comerciales e industriales, y los procedimientos sancionadores. Y les obliga a informar al superior jerárquico o, en su defecto, a la persona encargada de velar por el cumplimiento de los requisitos anticorrupción, sobre un posible conflicto de intereses para que ésta tome las medidas necesarias para evitarlo o gestionarlo.

En el marco normativo del ordenamiento jurídico español una vez traspuestas las Directivas europeas de 2014, el artículo 64 de la LCSP, dedicado a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, establece que: "los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del Órgano de Contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo en conocimiento del órgano de contratación" [515].

El precepto, conforme a lo ya aludido, transpone el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que impone en su artículo 24 que: "Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen

[515] La propia LCSP en su exposición de motivos señala que "también dentro del Libro I se introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación. En línea con las medidas para luchar contra la corrupción, se introduce una nueva regulación de las prohibiciones de contratar que aumenta sus causas, modificando la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo; al tiempo que transpone las denominadas por las Directivas europeas como "medidas de autocorrección", de manera que determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley».

las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos". Y resulta preciso reseñar que la nueva norma, no solo contempla, un enfoque represivo, sino que, por el contrario, contempla actuaciones que se encaminan ahora hacia la prevención a través del denominado *compliance*[516].

Los órganos administrativos de recursos contractuales han sido especialmente activos en esta materia, y así cabe reseñar la Resolución del TACRC nº 1323/2019, de 18 de noviembre, donde el Tribunal administrativo señala que[517]:

"El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación. Este concepto no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación para evitar que tales conflictos se produzcan, y la sanación de nulidad en el caso de que se dictaran actos en que concurra tal circunstancia. En este caso se constata en primer lugar que el recurrente no promovió incidente de recusación oportunamente, no siendo este Órgano competente para tramitar tal cuestión (*vid*. artículo 24.4 de la ley) y, en segundo lugar, cabe señalar que la recurrente no aporta evidencia alguna de que en la actuación de los técnicos miembros de la Mesa, haya podido influir su supuesta relación laboral con la

[516] Manifestaciones de esta línea preventiva se encuentran en la legislación autonómica y, desde este punto de vista, puede citarse el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuya Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público introducía los Protocolos de legalidad para los licitadores. Y el artículo 25 de la Ley 5/2015, de Integridad y Ética Públicas, bajo pena de exclusión de la licitación, prevé que los órganos de contratación podrán obligar a los licitadores a incluir junto con sus ofertas: a) Compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Los órganos de contratación determinarán el contenido de las cláusulas incluidas en los protocolos de legalidad, respetando los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad. b) Compromiso de sujeción a la monitorización del procedimiento de contratación en todas sus fases por la Agencia de Integridad y Ética Públicas.
Cabe señalar, asimismo, el análisis de riesgos elaborado por la Oficina Antifraude de Cataluña que identifica los riesgos en relación la fase de tramitación en la que se encuentre el procedimiento de contratación, es decir, distinguiendo entre preparación, adjudicación y ejecución. Véase, a este respecto, https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/riesgos-integridad-contratacion-publica_informe-final.pdf

[517] El Acuerdo 108/2016, de 18 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón considera que el conflicto de intereses es un instrumento jurídico llamado a garantizar la integridad e imparcialidad en la adopción de las decisiones administrativas, y que la doctrina administrativa lo caracteriza por las siguientes notas:
- la intervención de cargo público.
- el interés privado que pueda tener en el asunto público
- la colisión entre el interés privado y el interés público concretado en el ejercicio de una función o decisión pública
- el impacto en el deber de ejercer de forma objetiva las funciones y responsabilidades públicas
Y, por lo tanto, en el ámbito de la contratación pública, el conflicto de intereses únicamente se da cuando pueda probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de la contratación pública, y un falseamiento real de la concurrencia y competencia entre los licitadores.

empresa adjudicataria, aportando tan sólo "pantallazos" de páginas Web respecto de las cuales ni siquiera existen nombres coincidentes con los alegados en su recurso. Por otro lado, el conocimiento previo de los licitadores, en principio y sin más evidencia probatoria, no puede entenderse como circunstancia suficiente para comprometer la imparcialidad de los técnicos intervinientes"[518].

Reconociendo, como señala la Resolución del TACRC 952/2020, de 20 de septiembre, que:

"Son escasas hasta ahora las resoluciones que han considerado el concepto de conflicto de intereses si bien no es ajeno al procedimiento administrativo, y en general a cualquier proceso de toma de decisión que deba ajustarse a un principio de objetividad, transparencia e igualdad de trato la existencia de mecanismos o técnicas que garanticen la efectividad de estos principios en aras a asegurar que la decisión que se adopte encuentre su fundamento en los elementos que resultan del procedimiento y su finalidad al margen de las circunstancias o intereses de los miembros del Órgano de decisión. El ejemplo más clásico entre estas técnicas son las causas de abstención y recusación que se prevén las normas que rigen los procedimientos administrativos y judiciales y que tratan de evitar la parcialidad de las personas en las que concurriendo determinadas circunstancias personales o profesionales que les relacionan con las personas interesadas de manera que pudieran comprometer la decisión final del procedimiento".

Cabe destacar, sin embargo, que el contenido del artículo 64 de la LCSP ha sido interpretado de forma expansiva por el TACRC. Ejemplo de ello es la Resolución nº 937/2021, de 22 de julio (Rec. nº 428/2021), en la que el TACRC impone una interpretación no restrictiva del conflicto de interés, estableciendo que:

"La expresión «al menos» que utiliza el precepto a la hora de definir el concepto de conflicto de intereses, y la mención del párrafo primero de que lo que se trata de evitar es cualquier distorsión de la competencia, garantizando la transparencia y la igualdad de trato entre licitadores, indica, a nuestro juicio, que dicha definición de conflicto de intereses no se ciñe al supuesto a que hace referencia, sino a todos aquellos en los que se vea comprometida la imparcialidad e independencia en el procedimiento de contratación. Pero, como hemos dicho, el artículo 64 LCSP afirma que, al menos en este supuesto hay conflicto de intereses, lo que permite apreciar también otras situaciones de conflicto de intereses análogas a la regulada, siempre que se produzca la circunstancia de verse comprometida de manera efectiva la objetividad de la valoración. En este caso, en opinión del Tribunal la participación en el procedimiento como licitador de una persona física (funcionario jubilado), que ha prestado en el pasado, como funcionario en activo, las mismas funciones que se demandan en el contrato licitado, y que según el PPTP están estrechamente ligadas con la contratación (apartados E a H de la prescripción número 1, y anexos al PPTP), compromete de manera efectiva la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación a la hora de valorar las ofertas de los potenciales licitadores. Es más, el Tribunal no sólo considera que la objetividad e imparcialidad en la valoración de las distintas ofertas se puede ver seriamente comprometida con la participación de una persona que ha sido durante años un funcionario incardinado, al menos en parte, en el

[518] La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado por su parte, en su informe 16/2019, con cita de otros anteriores, afirma que el concepto de conflicto de intereses supone la existencia de vinculaciones personales o de otra índole, susceptibles de afectar al componente de imparcialidad que debe presidir las actuaciones del órgano de contratación.

servicio de contratación, sino que dicha situación ya ha afectado de manera significativa a la redacción del PCAP, que establece una serie de cláusulas que parecen haber tenido en cuenta que dicha persona iba a presentar oferta en el procedimiento. (…).
Por todos estos motivos, el Tribunal considera que existe efectivamente una situación de conflicto de intereses, ya que, como establece el artículo 64 LCSP, la participación del licitador excluido compromete la competencia efectiva en el procedimiento, la transparencia y la igualdad de los licitadores, y la objetividad e imparcialidad en el resultado final de la licitación convocada".

A modo de conclusión y, en este concreto aspecto referido a la contratación pública en el caso español, es preciso poner de manifiesto dos cuestiones que, a mi juicio, resultan esenciales: de un lado, la sensibilidad respecto de esta concreta materia de los órganos administrativos de recursos contractuales que vienen realizando una interpretación del concepto en forma amplia a fin de garantizar la objetividad y la integridad en la compra pública; la segunda menos positiva, consistente en el escaso o nulo desarrollo, y salvo honrosas excepciones como el Plan de Integridad del Ayuntamiento de Vigo y las exigencias impuestas respecto de la ejecución de los fondos *next generation*[519], que ha tenido dicho precepto en las Administraciones públicas españolas que prácticamente no han hecho nada para garantizar la prevención de los conflictos de interés a diferencia del caso portugués que con la norma de 2021 instaura un auténtico marco de integridad en la actuación de su sector público.

[519] En el caso del Ayuntamiento de Vigo, y como explica CAMPOS ACUÑA, su configuración se estructura siguiendo la metodología internacional de los Marcos de Integridad Institucional (Integrity Frameworks) de la OCDE y las líneas del Compliance en el Sector Público (Public Compliance) como sistema de gestión de riesgos de carácter preventivo, en la línea de las políticas públicas de vanguardia, siguiendo con la destacada acción de gobierno en materia de transparencia y buen gobierno. Véase a este respecto https://concepcioncampos.org/plan-de-integridad-en-la-contratacion-como-pasar-del-thinking-al-doing/.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL BLAY, M.A. (2018): "El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos", Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XVIIIhj.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2016): "Puertas giratorias: regulación y control", en AA.VV., *La corrupción en España,* Atelier, Barcelona.

BETANCOR, A. (2017): Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, causas, consecuencias, reacciones y autoridades", en el vol. col. dirigido por el propio autor, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

CAMPOS ACUÑA, C. (2020): "Posibilidades del Compliance en la contratación pública: elementos clave para su utilización" en el libro colectivo *Compliance e Integridad en el Sector Público* (coordinado por CASTILLO, F.), Tirant lo Blanch, Valencia.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2010): "Ética Pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública,* núm. 181.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): "Comparecencias en relación con las iniciativas sobre regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, en especial en lo que se refiere al proyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado", *DSCS,* núm. 549.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017): "La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General de Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* núm. 12.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A (2018): "Los códigos éticos en el empleo público", en el vol. Col. dirigido por PONCE SOLÉ, J. *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A, (2019): "Los Códigos Éticos y de Conducta: de la teoría a la práctica", en el vol. col. coordinado por CASTILLO BLANCO, F. *Compliance e Integridad en el Sector Público,* Tirant lo Blanch, Valencia.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2021): "La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública", *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 25, primer semestre.

CORTINA ORTS, A. (1998): *Hasta un pueblo de demonios*; Taurus, Madrid.

EVENETT, S. and HOEKMAN, B. (2008): "*Government procurement: market access, transparency and multilateral trade rules*", *European Journal of Political Economy,* vol. 21 (1).

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007): "Los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas", *Administración & Cidadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 2, núm. 2.

FREITAS DO AMARAL D. y LÓPEZ RODÓ, L. (1994): "Procedimiento Administrativo". *Ponencias del I coloquio hispano-portugués*, Santiago de Compostela.

GARCÍA LUENGO, J. (2022): *La abstención y la recusación en el procedimiento administrativo*, Iustel, Madrid.

GARCÍA MEXÍA, P. (2001): *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2010): "La Ley de Contratos del Sector Público, ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA),* núm. 147.

GIMENO FELIU, J.M. (2016): "La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad", *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (coordinado por VILLORIA, M, J.M. GIMENO J. M. y TEJEDOR, J.), Atelier, Barcelona.

GÓMEZ FARIÑAS, B. (2017): "La regulación de los conflictos de intereses en la contratación pública en el marco de la cuarta generación de Directivas", *Contratación Administrativa Práctica,* núm. 148.

GONZALEZ SANFIEL, A. (2016): "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?", en libro colectivo dirigido por HERNÁNDEZ, F. *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Pamplona.

IRUZUN MONTORO, F. (2017): "Función pública, instrumento de prevención de la corrupción, en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

IZQUIERDO CARRASCO, M. (2017): "Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones" en el volumen colectivo *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: Eduardo Gamero Casado, Julián Valero Torrijos, Severiano Fernández Ramos), Tirant lo Blanch, Valencia.

IZU BELLOSO, J. M. (2017): "Los motivos de abstención y recusación en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 45.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017): *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y Transparencia*, Catarata/IVAP, Madrid.

MARTÍNEZ FERNÁDEZ, J.M. (2017): "Corrupción en la contratación pública" en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

MEDINA ARNÁIZ, T. (2008): "*The exclusion of tenderers in public procurement as an anti-corruption mean", Network of Institutes and Schools of Public Administration (NISPA).*

MEDINA ARNÁIZ, T. (2014): "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", en el vol. col. coord. por FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *La contratación pública a debate: presente y futuro,* coord., Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

MEDINA ARNAIZ, T. (2016): "La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104.2.

MORA RUIZ, M. (2022): "Estatuto del alto cargo tras el cese", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y coordinado por CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S. E., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

NIETO GARCÍA, A. (1997): *Corrupción en la España democrática,* Ariel, Barcelona.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2012): *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2017): "Situación de los altos cargos tras el cese", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 45.

PEREZ MONGUÍO, J.M. (2019): "Percepción de regalos y/o servicios por parte de los altos cargos", *Actualidad Administrativa,* núm. 1 Extra.

PONCE SOLÉ, J. (2017): "Códigos éticos y de conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales", en el vol. col. dirigido por VILLORIA MEDIETA, M. y coordinado por FORCADELL ESTELLER, X. *Bien gobierno, transparencia e integridad institucionalen el gobierno local, Tecnos, Diputación de Barcelona,* Barcelona, p. 257.

PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PONCE SOLÉ, J. (2022): "Propuestas concretas para mejorar la regulación del buen gobierno y hacer efectiva la específica obligación jurídica de diligencia debida derivada del derecho a una buena administración", en el vol. col. coord. por BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

REBORDAO MONTALVO, A. (2018): “Capítulo V. El procedimiento administrativo en el Derecho Portugués”, en PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M., *Estudios sobre el procedimiento administrativo* (Volumen I), Tirant lo Blanch, Valencia

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (2017): “Elementos preventivos de la corrupción en los procedimientos administrativos autorizatorios”, en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017): *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2017): “Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las administraciones públicas”, en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J., FERNÁNDEZ RAMOS, S.), Tirant lo Blanch, Valencia.

VILLORIA MENDIETA, M. (2015): “Ética en las Administraciones Públicas: de los principios al marco institucional”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas,* núm 9.

VILLORIA MENDIETA, M. (2017): “Ética postconvencional e instituciones en el servicio público”. *REIS: Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 117.

CAPÍTULO CUARTO. RESPONSABILIDAD E INTEGRIDAD: LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de proceder al análisis del sistema sancionador *stricto sensu*, es decir, proceder al análisis de los tipos infractores, su conciliación con otras responsabilidades eventualmente exigibles, las sanciones en su caso a imponer, los aspectos más relevantes del procedimiento sancionador, etc., nos vamos a ocupar en este capítulo de estudiar la organización administrativa para prevenir y corregir las conductas irregulares en las que pueden incurrir los altos cargos.

Ha de resaltarse que no es un tema menor. Si bien es cierto, y debe ponerse de relieve, la escasa atención que las cuestiones organizativas han tenido en nuestra doctrina si salvamos ciertas excepciones. En la desidia con que, en demasiadas ocasiones, se ha abordado este tema puede encontrarse la explicación de las debilidades del sistema organizativo en nuestro país con una tendencia, casi innata, a crear y reproducir estructuras para realizar la misma o similares funciones. Y es que, como ya advirtiera PAREJO ALFONSO, la organización de los poderes públicos en general y del administrativo en particular no ha merecido hasta ahora en nuestro Derecho toda la atención que su importancia merece. Explicando con acierto que la organización es presupuesto del desarrollo y del correcto cumplimiento de las actividades públicas que condicionan, no cabe duda, la actividad material[520].

Pues bien, si ello es predicable respecto del conjunto de la actividad administrativa me atrevo a poner de relieve que, en esta materia atinente a velar por la integridad de los cargos públicos, la adecuada articulación de la arquitectura institucional y de la organización administrativa del sistema de integridad es una de las claves de bóveda para su adecuado funcionamiento. Y, a *sensu* contrario, una inadecuada organización será una de las principales causas de la ineficiencia del sistema de integridad pública tanto en su vertiente preventiva como reactiva. Y es que, de acuerdo con RUIZ DE APODACA ESPINOSA "lamentablemente, la corrupción es inherente al poder, al gobierno, al antiético con potestad de decisión… Lo que es corrupto por naturaleza es el poder cuando carece de controles efectivos. Es evidente que, ante el ejercicio de cualesquiera potestades, si no hay control o posibilidad de que este se produzca, la tentación es clara"[521].

[520] Puede verse, a este respecto, el excelente trabajo de PAREJO ALFONSO, L. (2009): *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*, IUSTEL, Madrid. En este sentido, el citado autor en un trabajo posterior, PAREJO ALFONSO, L. (2016): *La vigilancia y la supervisión administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, puso de relieve como los mecanismos de control sufrieron una evolución desde el denominado *ius inspectionis*, añadiendo que el control opera a modo de un «supraconcepto» al articular y dar forma a una categoría global en relación con las distintas actividades —públicas o privadas— sometidas a dicha función, y que comparten como elemento común el interés de ejercer una labor de tutela sobre los sujetos pasivos (fiscalizados), con la finalidad de asegurar determinados objetivos, que van desde la verificación de cumplimiento del marco de legalidad hasta la evaluación sobre la consecución de determinados resultados, metas y fines que adquieren relevancia jurídica dentro del funcionamiento del complejo entramado institucional.

[521] RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (2017): "Elementos preventivos de la corrupción en los procedimientos administrativos autorizatorios", en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 325. Asimismo, NIETO GARCÍA, A. (1997) señala que la corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo (*Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, p. 7).

Y es que, desde mi punto de vista, para abordar los problemas que rodean a la potencial corrupción y los conflictos de intereses es necesario poner en marcha de forma efectiva y con las menores duplicidades un órgano de control o una autoridad independiente de lucha contra la corrupción[522]. Sin duda, y el tiempo nos ofrecerá mayor perspectiva, una de las alternativas, a fin de dar respuesta a esas inquietudes, podrían ser las agencias antifraude de reciente creación en nuestro ordenamiento, y que pueden ser definidas como "un organismo gubernamental permanente y separado cuya función principal es proporcionar un liderazgo centralizado en áreas centrales de la actividad anticorrupción"[523]. En realidad, y en el caso español, ya contábamos anteriormente con distintas instituciones encargadas de realizar este control (tanto externo como interno), por lo que con la irrupción de este tipo de organización especializada se ha llegado a hablar de los peligros que puede representar cierta *hiperinstitucionalización*[524]. Como con acierto señala FERNÁNDEZ AJENJO "el viejo principio revolucionario de la rendición de cuentas (art. 15 DDHC) se ha extendido a una compleja red de instituciones y procedimientos de control en el que participan los parlamentos, los tribunales y la sociedad, así como, en apoyo de estas funciones, un conjunto cada vez más extenso de órganos especializados"[525]. La clave, sin embargo, será acertar en la delimitación de funciones entre éstos, su debida coordinación y, muy destacadamente, que finalmente la organización establecida ofrezca como resultado capacidades institucionales, tanto en la vertiente preventiva como en la que hemos denominado reactiva, para hacer frente a los retos que representa la ética y la integridad en el sector público.

---

[522] En las democracias avanzadas existe mayor percepción de los riesgos de corrupción inherentes a las Administraciones y entes públicos. Por esta razón son fundamentales los sistemas de control eficaces para evitar irregularidades de todo tipo. En palabras de SÁNCHEZ MORÓN M. (1991): *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España, Espasa Calpe, Madrid, pp. 13-14 para reducir "el riesgo de mal funcionamiento de la Administración y de violación de los derechos individuales por sus autoridades y agentes".

[523] USAID (2006): *Anticorruption Agencies (ACAs)* (Disponible http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/pnadm208.pdf)

[524] FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2018): "Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude", *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid, p. 68.

En cuanto al concepto de control, el mismo autor distingue diferentes modalidades, que implicarían, asimismo, distintos grados de intensidad, como son "el asesoramiento destinado a aconsejar la mejor opción en relación con el sistema normativo de referencia, la evaluación que valora el grado de adecuación de la actuación pública a la norma, la intervención que visa de forma concomitante la conformidad de las decisiones públicas que se adoptan, la fiscalización que verifica que la justificación de la actividad administrativa confirma la legalidad o buena gestión administrativa, la inspección que investiga más allá de los hechos que constan en los expedientes administrativos para confirmar la rectitud de los actos administrativos y el enjuiciamiento que revisa con todos los medios de prueba disponibles la adecuación de la actividad de las Administraciones Públicas". FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2009): *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Tesis Doctoral, Salamanca, p. 180.

También RUBIO LLORENTE se refiere a este concepto y señala que es esencial distinguir las funciones de control y corrección "en cuanto que tal contraste parece orientado hacia la corrección de la actividad controlada, es claro que de él debe seguirse alguna consecuencia, pero la necesaria existencia de ésta es ya el resultado de una presunción psicológica o sociológica, no del análisis semántico del término que ni la incluye ni menos aún, arroja indicio alguno sobre su posible naturaleza". RUBIO LLORENTE, F. (1993): *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 243.

[525] FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2009): *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Tesis Doctoral, Salamanca, p. 166.

Si bien, como acabamos de dejar constancia, existen distintos entes que tienen entre sus funciones el control externo de los entes públicos en sus diferentes facetas, lo cierto es que el hecho de que haya un organismo específicamente destinado a esta labor -las Agencias Antifraude- ha ido demostrando en la experiencia práctica de la que ya se tienen ciertas evidencias que puede ser un instrumento muy útil en la vertiente preventiva sobre todo (recibiendo denuncias y ejerciendo la correlativa potestad de investigación), aunque también, en algún caso, en materia represiva, mediante la atribución a estos organismos de la potestad sancionadora para la represión de aquellas conductas que atenten contra los principios y valores que en capítulos anteriores hemos estudiado. Lo veremos más detalladamente en el capítulo que dedicaremos a la competencia y al procedimiento.

Para ello, y para su adecuado funcionamiento, estos órganos deben tener una serie de características *sine qua non* que iremos desgranando, sin las cuales no podríamos hablar de una verdadera independencia funcional. Y es que, como puede imaginarse, y por referirnos a una esencial característica, la independencia, esta debe ser real y no solo formal contando, al menos, con la necesaria autonomía para el ejercicio de las funciones de prevención e investigación, aunque lo deseable como ya se ha apuntado sería que también pudieran contar con la potestad sancionadora.

Debe reseñarse que desde finales del siglo pasado se ha ido abriendo un nuevo camino basado en la idea de gobernanza, entendida como forma de gobierno que suma al respeto de la legalidad, la eficiencia y calidad de los servicios públicos, la transparencia y la participación ciudadana, y la integridad de los autoridades y funcionarios públicos, y que ha sido impulsado, sobre todo, por organizaciones internacionales, en las que el tema de la corrupción ha sido una preocupación recurrente. De esta forma, existen en este campo varios convenios internacionales que prevén figuras parecidas, aunque con un campo de actuación algo más amplio, y que han servido de ejemplo para el diseño de este tipo de organismos, hoy presentes en algunas Comunidades Autónomas, que encuentran su principal fundamento en los adjetivos de especialización e independencia.

Así, un primer antecedente, podemos encontrarlo en el Convenio Penal sobre la Corrupción nº 173 del Consejo de Europa, aprobado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, y ratificado por España el 26 de enero de 2010 (publicado en el BOE de 28 de julio de ese mismo año), que señala en su artículo 20 que "cada Parte adoptará las medidas que resulten necesarias para que determinadas personas o entidades se especialicen en la lucha contra la corrupción. Estas deberán gozar de la independencia necesaria, en el marco de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la Parte de que se trate, para poder ejercer sus funciones con eficacia y sin estar sometidas a ninguna presión ilícita. Las Partes velarán por que el personal de dichas entidades disponga de la formación y de los recursos financieros adecuados para las funciones que ejerza". También, ha servido de inspiración la incorporación de otros acuerdos importantes en materia anticorrupción como, por ejemplo, el Convenio civil del Consejo de Europa sobre la corrupción, de 4 de noviembre de 1999.

Posteriormente, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción el 31 de octubre de 2003, si bien cabe destacar que la ONU llevaba desde los años 70 preocupada por esta materia y poniéndolo de manifiesto en distintas Declaraciones de Congresos y Reuniones de Expertos[526]. Lo cierto es que esta Convención es un verdadero

[526] Así, mediante la Resolución de las Naciones Unidas 3514, de 15 de diciembre de 1975, se condenaba el soborno en las transacciones comerciales internacionales y se exhortaba a los gobiernos a que cooperaran

código internacional de lucha antifraude que compila y sistematiza las mejoras prácticas reconocidas por el conjunto de la doctrina y la política especializada, y ha servido de acicate para el desarrollo de nuevos instrumentos legislativos como las agencias anticorrupción o las normas de protección del denunciante. Su artículo 6 se refiere específicamente a los órganos de prevención de la corrupción, que tendrán como función específica la aplicación de políticas contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas; así como el aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción. Además, hace hincapié en que cada Estado Parte otorgará al ente u órgano encargado de luchar contra el fraude y la corrupción de la independencia necesaria para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Por su parte, el artículo 36 hace referencia expresamente a creación de autoridades especializadas. Precisamente, dicha Convención ha servido de modelo a nuestras Oficinas o Agencias Anticorrupción para aprobar protocolos de actuación en sus respectivos ámbitos territoriales.

Asimismo, y como fuente de inspiración de las oficinas de control existentes en nuestro país, no se puede dejar de nombrar a la Oficina Europea de lucha contra el Fraude (OLAF), creada por la Comisión Europea en 1999, como antecedente más inmediato a nuestras actuales Agencias anticorrupción, y que tiene funciones sobre todo en el campo de la investigación (tanto externa como interna) de prácticas individuales que pudieran constituir fraude, corrupción u otra irregularidad o ilegalidad. Estas investigaciones culminan con un informe en el que se muestran los resultados, así como una serie de recomendaciones que podrá proponer medidas sancionatorias o judiciales a las autoridades competentes de los Estados miembros. A la OLAF nos referiremos a continuación.

De otro lado, son igualmente importantes en esta materia la Resolución 24/97 del Consejo de Europa sobre los veinte principios rectores de la lucha contra la corrupción; la recomendación Nº R (2000) 10, sobre los códigos de conducta de los funcionarios públicos, y Nº R (2003) 4, sobre las normas comunes contra la corrupción en la financiación de partidos políticos y las campañas electorales[527].

Establecidos los precedentes derivados de las declaraciones internacionales, vamos a comenzar dando cuenta del panorama europeo respecto de la organización administrativa especializada en el control y prevención del fraude y la corrupción para, con

para impedir prácticas corruptas. Con esta Resolución se inició el camino de búsqueda de herramientas para evitar la tendencia de los gobernantes al abuso de poder. Posteriormente, es de destacar que en las décadas de los 80 y 90 el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional a partir del Informe *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank, Poverty Reduction an Economic Management Network* de 1997 desarrollaron políticas y herramientas dirigidas a los países en vías de desarrollo. En los países más desarrollados, destaca el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Convenio PIF) de 1995 y la creación de la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF) en 1999.

[527] Debe destacarse en el ámbito legislativo que la Unión Europea ha consolidado una legislación antifraude de segunda generación, tras el primer paso dado a mediados de los años 90. Como hitos legislativos de la nueva etapa cabe hacer referencia a la Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión (Directiva PIF) de 2017 y el Reglamento para la creación de la Fiscalía Europea (EPPO) de 2017 y la Directiva de protección del denunciante de 2019.

posterioridad, centrarnos en el caso de nuestro país que, ya puede adelantarse resulta un tanto más complejo.

2. LOS MODELOS COMPARADOS.

2.1 La Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF).

Como señalamos unas líneas atrás, la OLAF fue creada en el año 1999 para combatir el fraude, la corrupción y otras conductas irregulares en la Unión Europea, toda vez que cada año se reparten cuantiosos fondos del presupuesto en concepto de ayudas y solidaridad entre los países miembros. La razón de su creación, no debe desconocerse ya que tuvo como causa la constatación de conductas irregulares en el seno de la Comisión la que provocó su puesta en marcha, se produjo tras la publicación de dos sucesivos informes en ese año realizados por un Comité de Expertos independientes nombrados por el Parlamento Europeo.

Bien es cierto que no debe confundirse las responsabilidades disciplinarias o penales que se deriven de esas investigaciones y que se exigen en un doble plano dado que las disciplinarias son exigidas por el Tribunal de la Función Pública, el Tribunal General y en supuestos excepcionales por el Tribunal de Justicia, mientras que si se trata de ilícitos penales serán los jueces nacionales los que asuman la competencia para imponer, en su caso, las penas que correspondan, de las acciones preventivas que, en su caso, se establezcan a través de Códigos de Conducta que, sin embargo, se pueden materializar en una responsabilidad política[528].

De esta forma, la OLAF, que es una dirección general de la Comisión Europea, investiga las alegaciones de fraude y de otras actividades ilegales con consecuencias financieras para el presupuesto europeo y, de manera más general, ejerce las competencias operativas de la Comisión en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, proporciona ayuda a los Estados miembros en la lucha contra el fraude y prepara las iniciativas legislativas y reglamentarias de la Comisión en este ámbito. Es importante señalar, en lo que se refiere a su independencia, la OLAF está sujeta a la autoridad de la Comisión cuando se trata de las demás funciones lo que, en opinión de ORDOÑEZ SOLIS, no solo no ha sido perjudicial que haciéndose eco del Informe Especial n.º 1/2005 del Tribunal de Cuentas Europeo sobre la gestión de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), acompañado de las respuestas de la Comisión (DOUE n.º C 202, de 18.8.2005, apartado 6) pone de manifiesto que la Oficina, al formar parte de la Comisión, ha podido utilizar las competencias conferidas a esta institución, especialmente para realizar controles sobre el terreno en los Estados miembros en virtud de diversos reglamentos generales y sectoriales y ha permitido contar con el apoyo administrativo de los servicios generales de esta institución[529].

---

[528] Para el personal de la Comisión Europea Europea en sus relaciones con el público puede verse la Decisión 2000/633/CE, CECA, Euratom, de 17 de octubre de 2000, por la que se modifica su Reglamento interno que recoge en un único Anexo el Código de buena conducta administrativa (DOCE n.º L 267 de 20/10/2000). Asimismo, y respecto de los miembros del Parlamento europeo cabe referirse al Acuerdo que la Mesa del Parlamento Europeo adoptó el 15 de abril de 2013 sobre las medidas de aplicación del código de conducta de los diputados al Parlamento Europeo en materia de intereses económicos y conflictos de intereses.

[529] ORDOÑEZ SOLIS, D. (2016): "La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº104-II, p. 249. Este autor es bastante crítico con la situación en el ámbito europeo y pone de

Su acción se complementa con la Fiscalía Europea, cuyo fundamento podemos encontrarlo en el artículo 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y que aun tratándose también de un organismo encargado de investigar las irregularidades y los delitos, tanto de los empleados de la Unión como de los ciudadano y empleados de las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de las políticas de la Unión Europea, se diferencia del anterior por la naturaleza de sus investigaciones, a saber: administrativa en el caso de la OLAF, y judicial en el caso de la Fiscalía Europea como pone de manifiesto el documento de la Comisión Europea de 17 de julio de 2013 "*Mejorar la gobernanza de la OLAF y reforzar las garantías procedimentales en las investigaciones: un enfoque gradual para la creación de la Fiscalía Europea* (COM, 2013, 533)".

Como antecedente más inmediato de la OLAF cabe referirnos a la existencia, en el ámbito de la Secretaría General de la Comisión Europea, de una "Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude" (UCLAF) que tenía como objetivo la investigación de las actividades realizadas por las diferentes Direcciones Generales de la Comisión, así como la colaboración con los departamentos antifraude nacionales y la coordinación y asistencia necesarias para luchar contra el fraude transnacional organizado. La UCLAF se creó en 1988 y fue aumentando sus competencias gradualmente a petición del Parlamento Europeo. En 1995, comienza a realizar investigaciones por iniciativa propia a partir de información procedente de diversas fuentes. Se obligó, entonces, a todos los departamentos de la Comisión a informar a la UCLAF de cualquier sospecha de fraude en sus ámbitos de responsabilidad[530], bien es cierto que la publicación de un informe del Tribunal de Cuentas poniendo en cuestión tanto su funcionamiento como la independencia de su personal propiciaron la creación de la OLAF por Jacques Santer mediante la Decisión 1999/352, de 28 de abril[531]. La OLAF, a diferencia de la UCLAF, va a contar con mayores competencias en materia de investigación. En su momento se trató de un asunto polémico, pues muchos Estados se oponían al nuevo papel de esta Oficina por miedo a que tratase asuntos de su competencia, sin embargo, y para prevenir dicha crítica siempre se dejó muy claro que primaría el principio de subsidiariedad.

En cuanto a sus funciones, el Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013 distingue entre investigaciones externas e internas. En cuanto a las investigaciones externas, la Oficina efectuará controles y verificaciones *in situ* en los Estados miembros y, de conformidad con los acuerdos de cooperación y de asistencia mutua vigentes y cualquier otro

manifiesto que no hay una separación, por tenue que sea, entre lo que son unas meras obligaciones éticas, generalizadas saludablemente en los códigos de conducta, y las obligaciones estatutarias de los funcionarios europeos susceptibles de reproche disciplinario pág. 264.

[530] Fuente: https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/history_es

[531] Se trata del Informe especial núm. 8/1998, sobre los servicios de la Comisión encargados de combatir el fraude, en especial la «Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude», publicado en el Diario Oficial C-230, de 22 de julio de 1998. En palabras de la profesora FUERTES, en el informe "se afirmaba que el análisis de las actuaciones no permitía advertir ninguna clara previsión o estrategia sobre las investigaciones que se realizaban; que se carecía de una adecuada base de datos para localizar los expedientes o la información que dicha unidad poseía; que sus procedimientos de actuación estaban plagados de notables vicios; que la mayoría del personal que trabajaba en dicha unidad tenía un vínculo temporal, con los inconvenientes que eso suponía de continuidad de las actuaciones o la variabilidad de criterios; y, sobre todo, las dificultades y obstáculos que levantaban a sus actuaciones tanto en los Estados miembros como en las investigaciones internas en el seno de la Comisión". FUERTES, M. (2014): "La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, OLAF)", *Revista de Administración Pública*, núm. 195, p. 272.

instrumento jurídico en vigor, en terceros países y en los locales de organizaciones internacionales.

En este sentido, estarán obligados a colaborar con ella:

a) los operadores económicos cooperarán con la Oficina en el curso de sus investigaciones, pudiéndoles solicitar información escrita u oral, incluso a través de entrevistas.

b) la autoridad competente del Estado miembro de que se trate prestará al personal de la Oficina, sin demora indebida, la asistencia necesaria para permitirle desempeñar efectivamente sus tareas. Así, el Estado miembro velará por que, de conformidad con el Reglamento (Euratom, CE) n.º 2185/96, el personal de la Oficina disponga de acceso a toda la información, los documentos y los datos relacionados con el asunto investigado que sean necesarios para llevar a cabo de manera eficaz y eficiente los controles y verificaciones in situ, y que el personal pueda asumir la custodia de documentos o datos para evitar todo riesgo de desaparición

c) las autoridades competentes, incluidos, en su caso, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado miembro de que se trate, prestarán al personal de la Oficina la asistencia necesaria para que la Oficina pueda llevar a cabo el control o verificación *in situ* de forma eficaz y sin demoras indebidas, en los casos en que el personal de la Oficina constate que un operador económico se resiste a someterse a un control o verificación *in situ* autorizado en virtud del presente Reglamento, concretamente, cuando un operador económico no conceda a la Oficina el acceso necesario a sus locales o demás lugares de uso profesional, oculte información o impida la realización de cualquiera de las actividades que la Oficina necesite desarrollar durante un control o verificación *in situ.* Si dicha asistencia requiere autorización de una autoridad judicial de conformidad con el Derecho nacional, se solicitará esa autorización. Cuando un Estado miembro no coopere con la Oficina, la Comisión podrá aplicar las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión, a fin de recuperar los fondos relacionados con el control o verificación *in situ* de que se trate.

Por otro lado, cabe destacar que la OLAF llevará a cabo controles y verificaciones *in situ* previa presentación de una habilitación escrita. En este sentido, informará al operador económico afectado, a más tardar al comienzo del control o verificación del procedimiento, de las garantías procedimentales aplicables, y del deber de cooperar del operador económico.

Respecto a la información a recabar por parte de la Oficina durante una investigación externa, y en la medida en que sea estrictamente necesario para determinar la existencia de fraude, corrupción o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de la Unión, la Oficina podrá tener acceso a cualquier información y dato pertinente, con independencia del soporte en el que estén almacenados que obre en poder de las instituciones, órganos y organismos, en relación con los hechos investigados. En este sentido, cuando tenga en su poder información que sugiera la existencia de fraude, podrá informar a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate y, en caso necesario, a las instituciones, órganos y organismos afectados.

Por lo que se refiere a las investigaciones internas:

a) La Oficina tendrá derecho a acceder, de manera inmediata y sin mediar preaviso, a cualquier información y dato pertinentes relacionados con los hechos investigados, con independencia del tipo de soporte en el que estén almacenados, que obre en poder de las instituciones, órganos y organismos, así como a los locales de estos. Cuando se utilicen dispositivos privados con fines profesionales, dichos dispositivos podrán ser inspeccionados únicamente en la medida en que se utilicen con fines profesionales, en las condiciones establecidas en las decisiones adoptadas por la institución, órgano u organismo de que se trate, y la Oficina tenga razones fundadas para suponer que su contenido puede ser pertinente para la investigación.

También podrá controlar la contabilidad de las instituciones, órganos y organismos y, en ese sentido, hacer copias y obtener extractos de cualquier documento y del contenido de cualquier soporte de información que obre en poder de mismos y, en caso necesario, asumir la custodia de esos documentos o datos, para evitar todo riesgo de desaparición;

b) Asimismo podrá la OLAF pedir información oral, también mediante entrevistas, y escrita a los funcionarios, otros agentes, miembros de las instituciones y órganos, directivos de los organismos, o miembros del personal, exhaustivamente documentada de conformidad con las normas aplicables de la Unión en materia de confidencialidad y protección de datos.

c) Y contará con la correspondiente competencia para efectuar controles y verificaciones *in situ* en los locales de los operadores económicos, con el fin de tener acceso a la información pertinente en relación con los hechos investigados en las instituciones, órganos y organismos.

Cuando exista una investigación interna y deba efectuarse una visita a los locales, consulta de documentos o datos o se consulte información que obre en poder de organismos, se deberá informar a los mismos. Estarán obligados a garantizar la confidencialidad de la investigación que se está llevando a cabo.
En caso de que no pueda garantizarse la confidencialidad de una investigación interna utilizando los canales de comunicación habituales, la Oficina recurrirá a los canales alternativos adecuados para transmitir la información

Si estas investigaciones internas revelaran que un funcionario, agente, o un miembro de una institución u órgano, un directivo de un organismo, o un miembro del personal pudiera verse afectado por la investigación, se informará a la institución a la que pertenezca dicha persona. En casos excepcionales, el Director General podrá diferir dicha información sobre la base de una decisión motivada, que se transmitirá al Comité de Vigilancia tras el cierre de la investigación.

Respecto al personal interno de la OLAF, cabe destacar, en primer lugar, la figura del Director General de la OLAF que dispone de independencia estatutaria para dirigir las investigaciones. Los poderes de investigación independientes de la OLAF se aplican a todas las instituciones y organismos de la Unión Europea, así como a los agentes económicos que tengan una relación con el presupuesto de la Unión Europea tanto en los Estados miembros como en terceros países.

Aparte de las actividades de investigación para las que tiene plena independencia, la OLAF actúa como cualquier otra dirección general de la Comisión en el diseño y

elaboración de políticas dentro de su ámbito de competencia, bajo la dirección política de la Comisión como ya se apuntó con anterioridad. Sus actividades de investigación, sin embargo y derivada de su naturaleza híbrida, son controladas por un Comité de Vigilancia compuesto por cinco personas independientes exteriores a la Comisión, a la que también nos referiremos, pero con lo que se garantiza su autonomía y dependencia funcional en esta materia respecto de las autoridades de la Comisión que en este aspecto no pueden influir en el desarrollo de las investigaciones.

Por lo que se atañe al Director General, este será responsable, con plena independencia, de las actividades de investigación de la OLAF. En cuanto a sus obligaciones, figuran las de informar periódicamente al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas de los resultados de las investigaciones efectuadas por la Oficina, de las medidas adoptadas y de los problemas encontrados, respetando la confidencialidad de las investigaciones, los derechos legítimos de las personas interesadas y de los informadores y, en su caso, la legislación nacional aplicable a los procedimientos judiciales.

Asimismo, el Director General fijará cado año, dentro del contexto del plan anual de gestión, las prioridades de la política de la Oficina en materia de investigación y, antes de su publicación, las remitirá al Comité de Vigilancia.

También, en relación a este Comité de Vigilancia, el Director General deberá informarlo periódicamente de la ejecución de su función de investigación y de las medidas tomadas a raíz de las investigaciones, con el fin de permitir al Comité de Vigilancia cumplir sus funciones y evaluar los resultados en este ámbito.

Además, y bajo la supervisión del Comisario responsable de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, el Director General dirigirá los trabajos de la OLAF que contribuyan al diseño de la estrategia de lucha contra el fraude de la Comisión; también será responsable de la ayuda de la OLAF a los Estados miembros y, a tal fin, organizará una cooperación estrecha y regular entre sus autoridades competentes con objeto de coordinar las actividades encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión mediante el diseño y el desarrollo de métodos para prevenir y combatir el fraude.

Respecto al personal y presupuesto bajo su responsabilidad, cabe mencionar que será responsable de una Dirección General que incluye cuatro direcciones y unos 500 funcionarios, y gestiona un presupuesto de aproximadamente unos 80 millones de euros. En este sentido, se le habilita a elaborar y presentar un anteproyecto de presupuesto independiente, del cual será el ordenador.

Por último, en cuanto a la duración de su mandato, será de siete años y no será renovable.

Por otro lado, y en cuanto al Comité de Vigilancia de la OLAF, existe un Reglamento interno que regula el mismo, publicado en el DOUEL núm. 308, de 01 de septiembre de 2021.

Según este Reglamento, el Comité de Vigilancia de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) desempeñará las funciones establecidas en el Reglamento (UE) n.º 883/2013, y en la Decisión 1999/352/CE, de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la OLAF, a fin de reforzar su independencia a la hora de ejercer sus funciones

en relación con los Gobiernos, las instituciones, órganos u organismos, y de garantizar el ejercicio correcto de las competencias de la OLAF. Este Comité tendrá un presidente, que será elegido en su seno por mayoría de sus miembros, por un período de un año renovable.

En el ejercicio de sus facultades, el Comité vigilará las actividades de investigación de la OLAF conforme a los siguientes procedimientos:

a) el Comité tendrá acceso a toda la información y a todos los documentos que considere necesarios para desempeñar sus funciones, incluidos informes y recomendaciones sobre investigaciones concluidas y asuntos archivados, sin que, no obstante, ello perjudique el desarrollo de las investigaciones en curso, y teniendo debidamente en cuenta los requisitos de confidencialidad y protección de datos;

b) el Comité podrá, junto con la OLAF, establecer acuerdos de colaboración en los que se establezcan las normas en materia de vigilancia periódica del desempeño de la función de investigación y acceso a la información de la OLAF.

Respecto a la independencia de los miembros y la prevención de conflictos de intereses, se aclara que los miembros del Comité actuarán con independencia y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún Gobierno, institución, órgano, organismo o agencia en el ejercicio de sus funciones. Durante su mandato, los miembros se abstendrán de solicitar o aceptar cargos o responsabilidades, en particular de instituciones de la UE, que pudieran crear un conflicto de intereses. Asimismo, según lo establecido en la Decisión de su nombramiento y en el Código de conducta adoptado por el Comité, los miembros se abstendrán de tratar aquellos asuntos en los que, directa o indirectamente, tengan cualquier tipo de interés personal, en especial intereses familiares y financieros, que pueda menoscabar su independencia.

Finalmente, en cuanto al deber de secreto y confidenciales, los miembros estarán sujetos al secreto profesional según lo previsto en el artículo 339 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y seguirán sujetos a esta obligación incluso después del final de su mandato. Asimismo, respetarán el secreto absoluto de los expedientes que se les sometan y de sus deliberaciones.

Como se puede comprobar, en el ámbito de la Unión Europea, el modelo establecido es un modelo que descansa en la fortaleza e independencia de un órgano que, básicamente, con una función investigadora, externa e interna, permite realizar un control de los intereses financieros de la Unión y que aún con una naturaleza híbrida, ya que en determinadas funciones depende de la Comisión, en lo que importa a los efectos que aquí interesan respecto del ejercicio de sus funciones de investigación tiene una naturaleza independiente que garantiza, con los márgenes de mejora regulatorios que sean precisos, una actuación que no queda al albur de intereses que perjudiquen el correcto desarrollo de su función.

2.2. El modelo italiano.

La lucha contra el fraude y la corrupción se lleva a cabo en Italia a través de la *Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC) que fue creada en el año 2012 a través de la reforma

realizada en Italia mediante la Ley n. 190/2012[532], como consecuencia, tal como señala su artículo 1, en cumplimiento del art. 6 de la Convención de Mérida de 2003 y de los artículos 20 y 21 del Convenio de Estrasburgo, que imponían a los Estados adherentes la necesidad de garantizar la existencia de uno o más órganos encargados de prevenir, detectar y reprimir la corrupción.

Sin embargo, esta agencia antifraude surge como consecuencia de la experiencia acumulada en el país a través de la *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (CIVIT)[533], creada en 2009 y que asumía competencias en materia de lucha contra la corrupción, transparencia y evaluación del desempeño. A su vez, existía una *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*[534], destinada al control de la contratación pública. Tras sucesivas reformas del régimen de la ANAC desde 2013 al 2017[535], la misma adoptó la organización y denominación actual con competencias en materia de contratación (suprimiéndose, por ende, la Autoridad de vigilancia de los contratos públicos), y eliminando la evaluación del desempeño entre sus funciones encomendadas.

La ANAC es una autoridad administrativa independiente con el fin de garantizar y proteger los intereses públicos y colectivos en el ámbito de determinados sectores sociales y económicos. Su misión principal es la de prevención de la corrupción en las administraciones públicas y sociedades privadas en mano pública (artículos 3 y 97 Constitución italiana). En concreto, es responsable de tres ámbitos determinados que, a su vez, interactúan entre sí: lucha contra la corrupción, transparencia y contratación pública; para lo que tendrá competencias en materia de prevención, control, vigilancia, certificación, inspección, de reglamentación técnica y específica, así como funciones sancionadoras en materia de contratación pública. También colabora con los organismos extranjeros homólogos, con las organizaciones regionales e internacionales competentes y deberá cooperar con las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Asimismo, le corresponde la colaboración en la gestión administrativa de las grandes obras públicas y de las situaciones de emergencia (ej.: EXPO 2015, reconstrucción post-terremoto 2012) y la investigación de denuncias administrativas sobre corrupción y protección del informante o alertador.

En materia de incompatibilidades, la Ley 190/2012 ha intervenido de varias maneras: con una revisión del sistema de autorización para asumir cargos externos a la Administración pública; con la inclusión de una «incompatibilidad posterior», es decir, la prohibición de asumir cargos en empresas privadas después de la terminación del servicio prestado para las Administraciones públicas, que pueda causar la parcialidad del funcionario en el ejercicio de las funciones encomendadas; con una nueva regulación del régimen de incompatibilidad, referida ya no a todos los empleados públicos, sino solamente a los

[532] También conocida como *Ley Severino*, nombre del Ministro de Justicia del Gobierno de Monti, quien la impulsó.
[533] Creada mediante Decreto Legislativo núm 150/2009, de 27 ottobre, Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttivita' del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.
[534] Creada a través de la denominada "*Legge Merloni*" núm. 109/1994, de 11 de febrero, posteriormente modificada en diversas ocasiones.
[535] En materia de contratos públicos, transparencia y prevención de la corrupción, incompatibilidades y la última en 2017, relativa a la protección del denunciante e investigaciones (Ley núm. 179/2017).

cargos gerenciales. La ANAC tendrá competencias en esta materia de investigación e inspección, cuestión que ha sido criticada por la doctrina italiana[536].

En materia de "corrupción administrativa", asume las funciones de vigilancia y control, así como funciones consultivas y de asesoramiento en relación con todas las administraciones públicas italianas (art. 1 co. 1-3 Ley n. 190/2012). Dentro de esta función de prevención de la corrupción, la Ley 190/2012 prevé distintas medidas: además de la propia existencia de la ANAC, se contempla la participación del Departamento de Función Pública, dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros; la atribución de la función de apoyo técnico e informativo al Prefecto (órgano del gobierno estatal en el ámbito local) y el establecimiento de un funcionario anticorrupción destinado en cada administración pública por el órgano de dirección política.

Estas funciones serán ejercidas por un órgano colegiado, el Consejo de la ANAC, compuesto por cinco miembros designados por el Gobierno, previo dictamen favorable de las comisiones parlamentarias correspondientes, integrado por un Presidente y cuatro consejeros. Cabe destacar que el Presidente tiene unas competencias especiales como son las garantías de la legalidad y equidad en situaciones excepcionales, lo que ha llevado a que este cargo tenga una gran relevancia social, tal y como ha puesto de manifiesto CARLONI[537]. El mandato será de 6 años, no renovable.

Como ha destacado SCHIAFFO "junto a la planificación y aplicación de estrategias preventivas más radicales y complejas que actúan sobre las causas reales del fenómeno delictivo y que son, por lo tanto, estables y duraderas en el mediano y largo plazo, es evidente que, a corto plazo, las únicas estrategias inmediatamente efectivas son las técnicas de prevención situacional"[538]. Aquí se enmarca una de las materias más importantes en las que interviene la ANAC consistente en la elaboración del Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción, principal instrumento en torno al cual se construye el sistema de prevención de la corrupción en Italia. Este Plan tendrá una duración de tres años y será sometido a actualizaciones anuales.

Mediante este Plan, la ANAC hace efectivas sus recomendaciones al resto de administraciones públicas para que éstas elaboren sus propios planes anticorrupción. Por tanto, en este ámbito, podemos hablar de un sistema piramidal. En primer lugar, nos encontramos con el PNA (Plan Nacional Anticorrupción), en segundo lugar, irían los PTPCT (Planos trienales de prevención de la corrupción y para la transparencia de cada administración pública), y, por último, el RPCT (Responsable para la prevención de la corrupción y para la transparencia). En caso de omisión del deber de elaborar estos planes y códigos de conducta anticorrupción trienales se prevén sanciones administrativas pecuniarias.

El plan nacional contendrá tanto los objetivos a nivel estatal, como las recomendaciones y orientaciones al resto de administraciones públicas para que elaboren sus planes

[536] SINISI, M. (2019): "Las reformas de transparencia y legislación anticorrupción en Italia. Los contratos públicos y el papel jugado por ANAC", *Cuadernos de Derecho Local*, núm, 50, p. 192.
[537] CARLONI, E. (2017): "El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos", *Reala. Nueva Época*, núm. 7, p. 91.
[538] SCHIAFFO, F. (2019): "Las estrategias para prevención de la corrupción en la reciente legislación italiana: función y límites de la prevención situacional", en el vol. col. dirigido por RODRÍGUEZ-DRINCOURT, *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 388.

trienales. De esta forma, cada administración deberá evaluar los diferentes niveles de exposición a los riesgos de corrupción en sus respectivos departamentos. Como destaca CARLONI "se sigue el modelo conocido como «*risk assessment*», evaluación del riesgo: dado un alto riesgo de corrupción, se necesitarán medidas sólidas de organización, transparencia, control, regulación preventiva de los procedimientos, etcétera. Medidas que se convertirán en menos necesarias si el riesgo resultase ser reducido: es una operación que comienza a partir de una nada sencilla acción de evaluación del riesgo de corrupción, que hay que realizar tanto en términos generales con respecto a toda la administración como, y especialmente, con respecto a los sectores individuales de intervención y a los procedimientos individuales"[539].

En definitiva, y como se puede comprobar, en el sistema italiano encontramos una estrategia en la lucha contra la corrupción que descansa, en primer término, en una autoridad central dotada de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones que establece un marco en el que, con posterioridad, el resto de Administraciones públicas vienen obligadas a establecer su propia estrategia y planificación.

2.3. El modelo portugués.

En relación a lo acontecido en el país vecino podemos destacar que, con cierta claridad, se pueden distinguir tres periodos que, además, representan la propia evolución que a nivel internacional ha ido sufriendo la lucha contra el fraude y la corrupción. Y si atendemos a la evolución en los índices internacionales, en los que Portugal ocupa el puesto 28 en la clasificación mundial de percepción de la corrupción que elabora Transparencia Internacional, lo ha realizado con relativo éxito.

En una primera etapa que acontece en la década de los años ochenta, Portugal crea la Alta Autoridad contra la corrupción con la finalidad de prevenir, averiguar y denunciar los actos de corrupción o de fraude que, como indica COSTA, con el tiempo sufrió cierta evolución organizativa pasando de depender del poder ejecutivo al poder legislativo hasta su extinción en 1992[540].

En una segunda etapa iniciada a partir de 2008, se crea una entidad administrativa independiente vinculada orgánicamente al Tribunal de Cuentas, el Conselho de Prevenção da Corrupção, cuyas funciones se orientaban a desarrollar una actividad de alcance nacional en la prevención de la corrupción y los delitos relacionados. A juicio de COSTA GONÇALVES dicho organismo cuya ubicación organizativa estima correcta, al lado de un órgano del Poder Judicial, sin embargo, tuvo una débil logística (recursos humanos y materiales) y funciones muy modestas[541].

---

[539] CARLONI, E. (2017): "El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos", *Reala. Nueva Época*, núm. 7, p. 91.

[540] COSTA GONÇALVES, P. (2020) en "Direito Administrativo e criminalidade administrativa" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 83

[541] Son funciones del Conselho de Prevenção da Corrupção: a) recopilar y organizar la información relativa a la prevención de actos de corrupción activa o pasiva, delitos económicos y financieros, blanqueo de capitales, tráfico de influencias, malversación, participación económica en negocios, abuso de poder o violación del deber de secreto, o uso ilícito de información privilegiada en el ejercicio de funciones en la Administración Pública o en el sector público empresarial; b) vigilar la aplicación de los instrumentos jurídicos y medidas administrativas adoptadas por la Administración Pública y el sector público empresarial para prevenir y combatir la corrupción; c) dictaminar, a solicitud de la Asamblea de la República, del

Bien es cierto que, aún con esas mimbres, dicha institución ha cosechado resultados de cierto interés como la promoción y puesta en marcha de planes de prevención de riesgos de corrupción en un gran número de entidades públicas que dibujan los mapas de riesgos asociados a las acciones tomadas por cada entidad y que se presentan en términos de probabilidad proponiendo medidas preventivas adecuadas. Dicho organismo ha colaborado, a solicitud de las entidades públicas interesadas, en la adopción de medidas internas capaces de prevenir la corrupción, concretamente en la elaboración de códigos de conducta y en la promoción de acciones de formación inicial o permanente de los respectivos agentes para prevenir y combatir esas hechos o situaciones.

Aun así, y juicio de COSTA GONÇALVES, el organismo no reunia los requisitos básicos para ser considerado una autoridad u organismo anticorrupción y señala que, además de la manifiesta carencia de recursos y competencias, también carecía de responsabilidad pública para diseñar e implementar un sistema nacional anticorrupción. -estrategia de corrupción- por lo que concluye que "não é seguramente a resposta institucional que se espera de um Direito Administrativo da Corrupção eficaz e empenhado na produção de resultados"[542].

Quizás por esos motivos, entre otros, en los que no es menor la influencia europea, se inició una nueva etapa el 18 de marzo de 2021, después de una profunda reflexión que implicó a la academia, al poder judicial, a los profesionales del Derecho y a otras áreas del conocimiento. De esta forma, el Gobierno luso aprobó la versión final de la Estrategia Nacional Anticorrupción 2020-2024, en cumplimiento de la Resolución del Consejo de Ministros nº 37/2021, de 6 de abril.

La Estrategia Nacional Anticorrupción 2020-2024, considerando la prevención, la detección y represión de la corrupción con el mismo grado de importancia y necesidad, estableció siete prioridades fundamentales: a) mejorar el conocimiento, la capacitación y las prácticas institucionales en materia de transparencia e integridad; b) prevenir y detectar los riesgos de corrupción en la actuación pública; c) involucrar al sector privado en la prevención, detección y enjuiciamiento de la corrupción; d) reforzar la articulación entre instituciones públicas y privadas; e) asegurar una aplicación más eficaz y uniforme de los mecanismos legales en materia de represión de la corrupción, mejorar el tiempo de respuesta del sistema judicial y asegurar la adecuación y eficacia de la sanción; f) producir y difundir periódicamente información fidedigna sobre el fenómeno de la corrupción; y g) cooperar internacionalmente en la lucha contra la corrupción.

En este contexto, Portugal ha desarrollado un marco general para prevenir el fraude y la corrupción, con la publicación el 9 de diciembre de 2021 del Decreto-Ley nº 109-E/2021, por el que se crea el Mecanismo Nacional Anticorrupción (MENAC) que establece el Régimen General de Prevención de la Corrupción.

Gobierno o de los órganos autónomos de las regiones autónomas, sobre la elaboración o aprobación de instrumentos normativos, internos o internacionales, para la prevención o represión de la corrupción.

[542] COSTA GONÇALVES, P. (2020) en "Direito Administrativo e criminalidade administrativa" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 84.

Mediante este Decreto-Ley, Portugal da un gran impulso a los programas o sistemas de cumplimiento normativo (*Compliance*) y, en especial, en lo referente a la lucha contra la corrupción. Este Decreto-Ley supone un gran avance en la materia, pues es de las primeras normas nacionales que impone expresamente una obligación de adoptar programas o sistemas de cumplimiento normativo en empresas

El texto normativo puede dividirse en dos partes. Por un lado, se crea el *Mecanismo Nacional Anticorrupçao* (MENAC) y, por otro lado, se establece el Régimen General de Prevención de la Corrupción.

Veamos cada uno de ellos:

a) Régimen General de Prevención de la Corrupción

A través del Decreto-Lei n.º 109-E/2021 se establece el que se denomina "*Regime Geral da Prevenção da Corrupção*" en el que se prevén una serie de mecanismos legales que anteriormente tenían forma de recomendaciones por lo que las organizaciones, tanto públicas como privadas, a partir de ahora tienen la obligación de realizar acciones efectivas para la prevención de la corrupción[543].

En efecto, el régimen establecido será de aplicación a las empresas registradas en Portugal con 50 o más empleados[544], y las filiales de empresas extranjeras con 50 o más empleados que desarrollen sus actividades en el territorio portugués; las entidades y organizaciones con 50 o más empleados, controladas directa o indirectamente por el Estado, las comunidades autónomas, las autoridades locales o las corporaciones estatales; las organizaciones administrativas independientes autorizadas para regular las actividades económicas en los sectores privado, público y cooperativo. Asimismo, otras organizaciones que no entran en ninguna de las categorías mencionadas deberán aplicar programas de cumplimiento teniendo en cuenta su tamaño y la naturaleza de sus actividades.

A partir de la entrada en vigor de la norma aquellas entidades incluidas en su ámbito de aplicación deberán adoptar canales internos de denuncia que sean adecuados y proporcionados a su área de actividad de forma tal que permitan la presentación y tramitación de las denuncias, garantizando la exhaustividad, integridad y, por supuesto, la confidencialidad de todo el proceso. Este régimen, por tanto, se aplica a las empresas y personas que trabajan en esas organizaciones y denuncian delitos, infracciones o cualquier violación de sus derechos por parte de estas mismas organizaciones y que, por ello, pueden conocer estos hechos y estar expuestas, consecuentemente, a represalias (con

[543] Con objeto de hacer posible la adecuación de todas las entidades que quedan cubiertas por este régimen, se establece su entrada en vigor y producción de efectos de forma escalonada. En este sentido, la norma entraba en vigor 180 días después de su publicación, esto es, el 7 de junio de 2022, pero algunas disposiciones no se aplicarán inmediatamente para dar tiempo a las organizaciones a adaptarlas: en particular, las disposiciones que regulan la responsabilidad por el incumplimiento de los requisitos legales entrarán en vigor sólo un año después de la entrada en vigor de la ley, con este plazo ampliado a dos años para las organizaciones del sector privado que entran en la categoría de pequeñas y medianas empresas.

[544] Si bien la norma se refiere expresamente al concepto de "trabajadores" en el artículo 9, lo cierto es que, en preceptos posteriores, el Decreto Ley termina refiriéndose a otros conceptos cercanos, pero no del todo coincidentes -como es el caso de "personas dentro de una organización o que están en contacto profesional con ella". Conceptos que pueden dar problemas interpretativos, aunque quizá, como en la legislación española, pueda referirse a colaboradores.

repercusiones en su situación laboral). El concepto de represalia contemplado es bastante amplio al presumirse abusiva, por ejemplo, cualquier sanción disciplinaria aplicada al denunciante dentro de los dos años siguientes a la denuncia o revelación pública.

Este régimen general para la prevención de la corrupción se basa principalmente en el denominado *soft law*, en base a la experiencia con que ya se contaba en las anteriores etapas, con la implementación de instrumentos como los programas de cumplimiento normativo, que deben incluir planes de prevención o gestión de riesgos, códigos de ética y conducta, programas de formación, canales de denuncia y la designación de un responsable del cumplimiento normativo.

El contenido mínimo que debe contener el Programa de cumplimiento normativo cuyo contenido y finalidad es muy cercano a los sistemas de gestión anti soborno de la ISO 37001:2016, será el siguiente:

- Plan de prevención de riesgos de corrupción e infracciones conexas (PPR), que debe incluir una identificación y análisis de riesgos, indicando su probabilidad e impacto, así como la adopción de medidas preventivas y correctivas vinculadas a estos riesgos.

- Código de Conducta.

- Canal de denuncias. Estos canales internos de denuncia deben contener las siguientes características: a) deben garantizar la presentación y el seguimiento seguros de las denuncias, a fin de garantizar su integridad y conservación; b) debe garantizar la confidencialidad de la identidad o el anonimato de los denunciantes y la confidencialidad de la identidad de los terceros mencionados en la denuncia; y c) debe impedir el acceso de personas no autorizadas. Estas denuncias podrán formularse por escrito, de forma oral o por ambas vías. Cabe destacar, que al igual que en caso de la futura Agencia Independiente española, la vía ordinaria será la interna, dejándose los canales externos para aquellos casos en que no exista un canal interno. Contemplando dicho canal los casos un denunciante que no sea trabajador de la organización y crea que existen motivos para pensar que la infracción no será efectivamente investigada o resuelta internamente; o que existe riesgo de represalias; o que haya presentado inicialmente una denuncia interna sin haber sido notificado de las medidas previstas o adoptadas a raíz de la denuncia dentro de los plazos previstos en esta ley; o, en los casos que la infracción constituya delito o falta sancionable con multa superior a 50.000 € .[545]

- Programas de formación y comunicación.

- Sistema de revisión/evaluación del Programa de cumplimiento normativo.

- Procedimientos de control interno.

[545] En cuanto a las medidas de protección del denunciante, la ley establece las siguientes garantías: a) Confidencialidad de la identidad del denunciante, que sólo puede ser revelada en virtud de una obligación legal o decisión judicial; b) regulación de las represalias contra el denunciante, incluyendo, a estos efectos, la inversión de la carga de la prueba y la presunción de que determinados actos, como cambios en las condiciones de trabajo o la aplicación de una sanción disciplinaria, cuando se practiquen hasta dos años después la denuncia o divulgación pública, estén motivados por la denuncia o divulgación pública; c) La protección jurídica en términos generales, como la protección de testigos en procesos penales; d) La no aplicación de responsabilidad disciplinaria, civil, administrativa o penal en los casos de denuncia o divulgación pública de infracciones realizadas de conformidad con los requisitos impuestos por la ley.

- Procedimientos de evaluación previa, en especial, medidas de diligencia debida con terceros (*Third Party Due Diligence*).

- Designación de un responsable de cumplimiento, que deberá controlar la aplicación del Programa de cumplimiento normativo.

Concretamente, los riesgos que deben atenderse a los efectos del Programa de cumplimiento normativo son los siguientes: corrupción; malversación; recibimiento u ofrecimiento de una ventaja indebida; negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos; fraude y exacciones ilegales (concusión); abuso de poder; prevaricación; tráfico de influencias; blanqueo; y fraude en la obtención o desvío de subvenciones o ayudas públicas.

Asimismo, se prevén una serie sanciones, a saber, infracciones administrativas aplicables tanto al sector público como al privado por la no adopción o adopción deficiente o incompleta de programas de cumplimiento normativo. Las infracciones de las obligaciones establecidas en esta norma pueden traducirse en cuantiosas multas que pueden llegar a un máximo de 250.000,00 €[546].

Este régimen determina también la implantación de sistemas de control interno que aseguren la eficacia de los instrumentos que forman parte del programa de cumplimiento normativo, así como la transparencia e imparcialidad de los procedimientos y decisiones, previendo además un régimen sancionador específico. Y es que la norma también modifica el régimen jurídico de la actividad inspectora de la administración directa e indirecta del Estado, con el fin de adaptarlo a la filosofía que inspira este decreto-ley.

b) Mecanismo Nacional Anticorrupción (MENAC):

Por otra parte, y en cuanto a las cuestiones organizativas y de estructura, de acuerdo con lo previsto en la Estrategia Nacional Anticorrupción 2020-2024, se crea el Mecanismo Nacional Anticorrupción (MENAC) que, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto lei nº 109E/2021, asume el carácter de una entidad administrativa independiente, con personalidad jurídica de derecho público y ejercicio de facultades de autoridad, dotada de autonomía administrativa y financiera, cuya misión es promover la transparencia y la integridad en la acción pública y asegurar la eficacia de las políticas de prevención de la corrupción e infracciones conexas, desarrollando su actividad a nivel nacional en materia

[546] La responsabilidad por estas infracciones se articula en forma de infracción administrativa cuya responsabilidad se atribuye al Mecanismo Nacional Anticorrupción, tipificando las infracciones en los siguientes términos: entre 1.000 € a 25.000 € (personas físicas) o 10.000 € a 250.000 € (personas jurídicas), en caso de infracción muy grave, como: a) impedir la presentación o no dar seguimiento a la denuncia; b) práctica de actos de represalia; c) incumplimiento del deber de confidencialidad; e) comunicación o divulgación pública de información falsa. Entre 500€ y 12.500€ (personas físicas) o 1.000€ y 125.000€ (personas jurídicas), en caso de infracción grave, a saber: a) no disponer de un canal interno de denuncia o disponer de un canal interno sin garantías de exhaustividad, integridad o preservación de las denuncias o confidencialidad de la identidad o anonimato de los denunciantes o de los terceros mencionados en la denuncia, o sin reglas que impidan el acceso a personas no autorizadas ; b) la no comunicación al denunciante del resultado del análisis de la denuncia, si éste lo ha solicitado; c) no brindar capacitación a los funcionarios encargados de atender las denuncias; d) dejar de registrar o conservar la denuncia recibida por un período mínimo de cinco años o durante la tramitación de un proceso judicial o administrativo.

de prevención de la corrupción y delitos conexos. Es, sin duda, un paso más respecto de etapas anteriores, aunque su reciente creación no nos permite ofrecer datos más concretos.

De esta forma, y por lo que se refiere a la misión del MENAC, según el artículo 2, es promover la transparencia y la integridad en la acción pública y garantizar la eficacia de las políticas de prevención de la corrupción y delitos conexos. Al MENAC, a estos efectos, se le atribuyen facultades de iniciativa, control y sanción.

En concreto, son competencias del MENAC:

a) Desarrollar, en conjunto con los miembros del Gobierno responsables de las áreas de la Administración Pública, la formación y la adopción de programas e iniciativas encaminadas a crear una cultura de integridad y transparencia, que abarque todos los ámbitos de la gestión pública y a todos los niveles. de Educación;

b) Promover y controlar la implementación de las medidas contempladas en el *Régimen General de Prevención de la Corrupción* (RGPC);

c) Apoyar a las entidades públicas en la adopción e implementación de los programas de cumplimiento normativo previstos en el RGPC;

d) Emitir orientaciones y directrices que deberán cumplir con la adopción e implementación de los programas de cumplimiento normativo las entidades comprendidas en el RGPC, debiendo figurar dichos lineamientos y directivas en la página web del MENAC, en un lugar fácilmente identificable y con herramientas de búsqueda;

e) Planificar el control e inspección del RGPC, articulando con las inspecciones generales o entidades similares y las inspecciones autonómicas en relación con el sector público;

f) Supervisar, en articulación con las inspecciones generales o entidades similares y las inspecciones regionales, la ejecución del RGPC;

g) Recabar y organizar información sobre la prevención y represión de la corrupción activa o pasiva, la recepción y ofrecimiento indebido de ventajas, el tráfico de influencias, el fraude en la obtención o desvío de subvenciones, subvenciones o créditos, la apropiación ilegítima de bienes públicos, la administración lesiva, la malversación. , participación económica en negocios, abuso de poder, violación del deber de secreto y blanqueo de ventajas derivadas de estos delitos, así como adquisiciones de bienes inmuebles o valores como consecuencia de la adquisición o utilización ilícita de información privilegiada en el ejercicio de funciones en la Administración Pública o en el sector público empresarial;

h) Producir y difundir periódicamente información sobre corrupción y delitos conexos y desarrollar campañas encaminadas a su prevención;

i) Crear bancos de información y operar una plataforma de comunicación que facilite el intercambio de información sobre estrategias y buenas prácticas para la prevención, detección y represión de la corrupción y delitos conexos entre las entidades públicas con responsabilidades en materia de prevención y represión de la corrupción y delitos conexos;

j) Elaborar el informe anual anticorrupción y presentarlo al Gobierno;

k) Coordinar el diseño y ejecución del programa mes anticorrupción;

l) Instituir, en conjunto con el Ministerio Público, un procedimiento para el análisis retrospectivo de los casos penales terminados relacionados con la corrupción y delitos conexos, con el objeto de incrementar el conocimiento sobre estos delitos y mejorar las prácticas de prevención, detección y persecución;

m) Asesorar, a solicitud de la Asamblea de la República, del Gobierno o de los órganos de autogobierno de las regiones autónomas, sobre la elaboración o aprobación de instrumentos normativos, internos o internacionales, para la prevención o represión de los delitos referidos. a en el inciso g);

n) Asistir al Gobierno, a petición de éste o por iniciativa propia, en la definición e implementación de políticas relativas a la prevención, detección y represión de la corrupción y delitos conexos;

o) Supervisar, conjuntamente con las correspondientes inspecciones generales o entidades afines y las regionales, la calidad, eficacia y actualización de los instrumentos de cumplimiento normativo adoptados por la Administración Pública y el sector público empresarial para prevenir la corrupción e infracciones conexas;

p) Investigar, instruir y resolver las causas relativas a la práctica de las infracciones administrativas previstas en el RGPC e imponer las multas respectivas;

q) Desarrollar, fomentar o patrocinar, por sí o en colaboración con otras entidades, estudios, encuestas, publicaciones, acciones formativas y otras iniciativas similares

Como ya se ha puesto de manifiesto, la independencia funcional y la autonomía de dichos órganos es una de las claves a tener en cuenta para emitir un juicio favorable a este tipo de organismos. Y, en el sentido expuesto, el MENAC y los titulares de sus órganos actuarán con independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus atribuciones y en el ejercicio de las facultades que les atribuye la ley. De esta forma, no podrán en el ejercicio de sus funciones, recibir o solicitar orientaciones o determinaciones del Gobierno o de cualquier entidad pública o privada. Pero es que, además, y para reforzar esa característica de la independencia, se establece que el presidente y el vicepresidente del MENAC sólo pueden ser removidos mediante resolución del Consejo de Ministros, fundada en causa justificada, oídos el presidente del Tribunal de Cuentas y el Fiscal General de la República. Asimismo, y dada la naturaleza y finalidad de sus acciones, se contempla que los titulares de los órganos del MENAC y sus agentes deberán guardar secreto en relación con los hechos de los que tengan conocimiento en virtud de sus funciones, si tal secreto se impone en virtud de la naturaleza de los hechos. El artículo 6, por su parte, se remite al Código de Procedimiento Administrativo para el establecimiento de las incompatibilidades titulares de los órganos del MENAC y sus agentes.

En cuanto al régimen de organización, el artículo 8 establece que son órganos del MENAC:

a) El Presidente;

b) El Vicepresidente;

c) El Consejo Asesor;

d) El Comité de Seguimiento;

e) La Comisión de Sanciones

El presidente del MENAC será designado por resolución del Consejo de Ministros a propuesta conjunta del presidente del Tribunal de Cuentas y del Fiscal General de la República, entre personas de reconocida idoneidad, competencia técnica, aptitud, experiencia profesional, formación e independencia. Tendrá un mandato de 6 años y le corresponderán las funciones propias de la presidencia de un órgano colegiado.

El vicepresidente del MENAC, por su parte, será designado por resolución del Consejo de Ministros, a propuesta del presidente del MENAC. Ejercerá las facultades que le son delegadas por el presidente y lo sustituirá en sus ausencias e impedimentos. Su mandato también será de 6 años.

En tercer lugar, el Consejo Asesor es un órgano colegiado al que le corresponderá comentar la propuesta de plan estratégico trienal, la propuesta de plan anual de actividades y la propuesta de informe anual del MENAC y demás asuntos que le someta el presidente del MENAC; así como presentar recomendaciones y sugerencias en el ámbito de las atribuciones del MENAC. El Consejo Consultivo se reunirá ordinariamente dos veces al año, pudiendo también reunirse, extraordinariamente, por convocatoria del presidente del MENAC, si circunstancias excepcionales lo justifican. Su composición, de acuerdo con el artículo 13, será la siguiente:

a) El Inspector General de Hacienda;

b) El inspector general de los Servicios de Justicia;

c) El inspector general de Agricultura, Mar, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio;

d) El inspector general de la Autoridad de Seguridad Económica y Alimentaria;

e) El inspector general de Educación y Ciencia;

f) El inspector general de Actividades Sanitarias;

g) El Secretario General de Economía;

h) El Director de los Servicios Jurídicos, Auditoría e Inspección de la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros;

i) Un inspector autonómico por cada Comunidad Autónoma, designado por el órgano autonómico competente;

j) Un fiscal en representación del Fiscal General de la República;

k) Un representante del Colegio de Abogados;

l) Una persona de reconocido mérito, que se haya destacado en la investigación y estudio de los fenómenos de corrupción y delitos conexos, cooptada por los demás miembros, para un mandato de tres años;

m) Un representante designado conjuntamente por las organizaciones empresariales con asiento en la Comisión Permanente de Diálogo Social, por un período de tres años.

El artículo 14 del Decreto-Lei n.º 109-E/2021 se ocupa del Comité de Seguimiento, que es el órgano responsable del desarrollo de las misiones del MENAC, correspondiéndole una serie de funciones relacionadas con la elaboración del Plan anual y actividades relacionadas, así como recomendaciones en materia anticorrupción[547].

Por su parte, la Comisión de Acompañamiento se encuentra regulada en el artículo 15, que establece que estará compuesto por está compuesto por el vicepresidente del MENAC, quien lo preside, y seis inspectores.

En fin, los artículos 16 y 17 se ocupan de Comisión de Sanciones[548], que es el órgano encargado del ejercicio de las competencias del MENAC en materia sancionadora, y al que le corresponde, en particular:

a) Analizar la información sobre incumplimiento del RGPC, obtenida a iniciativa del MENAC o de las inspecciones generales o entidades similares y las inspecciones regionales;

b) Determinar la apertura de un proceso de investigación relacionado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del RGPC;

[547] En concreto, el artículo 14 del Decreto-Lei n.º 109-E/2021 establece las siguientes funciones:
a) Elaborar, junto con el presidente del MENAC, el plan anual de actividades y monitorear su ejecución;
b) Crear y mantener actualizado un sistema confiable de recolección de datos sobre la efectividad del RGPC;
c) Crear el banco de información y operar y actualizar la plataforma prevista en el inciso i) del apartado 3 del artículo 2;
d) Elaborar la propuesta de informe anual anticorrupción;
e) Desarrollar una propuesta de actividades para el mes anticorrupción;
f) Proponer la aprobación de recomendaciones tendientes a fortalecer la transparencia y la probidad;
g) Concentrar y difundir información destinada a mejorar los niveles de prevención de la corrupción;
h) Coordinar la realización de las inspecciones generales o entidades afines y las inspecciones regionales con miras a la mejor ejecución de los planes de actividades en materia de prevención de la corrupción;
i) Preparar la propuesta de presupuesto.

[548] En cuanto a su composición, el artículo 17 del Decreto-Lei n.º 109-E/2021 señala que será la siguiente:
1 - La Comisión de Sanciones está compuesta por el vicepresidente del MENAC, quien la preside, y cuatro inspectores.
2 - Dos/dos de los inspectores a que se refiere el número anterior son designados en forma rotativa por las inspecciones generales o entidades similares representadas en el Consejo Asesor, siendo designados los dos/dos restantes por las inspecciones regionales representadas en el mismo Consejo.
3 - Los inspectores a que se refiere el apartado 1 son nombrados por períodos de tres años, renovables por un máximo de dos veces.

c) Perseguir o realizar actos similares, proponer la imposición de multas y sanciones accesorias en un proceso de infracción administrativa y promover el cobro respectivo.

Como ha podido comprobarse a lo largo de estas líneas, y en el caso concreto portugués, podemos hablar de una evolución organizativa e institucional realizada en positivo que ha ido transitando de instituciones más débiles y con menores capacidades hasta la etapa actual recién inaugurada que apuesta por un modelo independiente, autónomo y con capacidades para hacer frente a los retos que la salvaguarda de la integridad y la ética pública actualmente representan.

3. LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

Si hasta ahora hemos visto en el ámbito comparado distintos modelos a la hora de plasmar la arquitectura institucional en la lucha contra la corrupción, puede decirse que el modelo español se caracteriza por ser un modelo no unificado dadas las competencias que en esta materia asumen las distintas Administraciones públicas, por ahora no totalmente independiente, y por ser un modelo complejo en su gestión como ahora se detallará al analizar los distintos órganos y organismos que, en forma especializada, intervienen en la prevención y reacción frente al fraude y la corrupción.

En cuanto a los antecedentes de estos organismos en España, siguiendo en este punto a FERNÁNDEZ AJENJO[549], podemos remontarnos inclusive al Antiguo Régimen con la Contaduría Mayor de Cuentas en Castilla, el Maestre racional en Aragón o la Cámara de Comptos en Navarra. Con la llegada del estado constitucional se incorporaron otras instituciones también con competencias en materia de investigación y sanción de conductas irregulares como son el Tribunal de Cuentas, el Consejo de Estado siguiendo la tradición francesa y la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE).

Posteriormente, en 1924, se instauró el Tribunal Supremo de la Hacienda Pública como órgano único de control económico, inspirado en la *U. S. General Accounting Office*, hasta que en 1930 se volvió a la división entre control externo e interno con el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Administración del Estado.

Más recientemente se fueron creando otras instituciones destinadas a la prevención de conductas irregulares y el fraude, como la propia Abogacía del Estado, las Inspecciones de Servicios, los Defensores del Pueblo, las Oficinas de Conflictos de Intereses, los Consejos de Transparencia y Buen Gobierno, o las recientes Agencias Anticorrupción especializadas. No obstante, nos centraremos en el caso español, tanto estatal como autonómico, en abordar la organización administrativa especializada creada a estos efectos.

En general, podemos adelantar que la organización administrativa responsable de la integridad refleja una constelación de entes, organismos especializados, unidades administrativas y un largo etcétera que, a tenor de los resultados obtenidos hasta ahora, son francamente decepcionantes. Quizás convendría reflexionar sobre este punto dado que, como ya se ha puesto de manifiesto, la organización administrativa no es un tema

[549] FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2018): "Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude", *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid, p. 68. Trabajo de necesaria referencia en lo que se refiere al estudio de la organización administrativa en esta materia.

menor, de su adecuada estructura, conformación y dotación dependerán en gran medida los resultados que se obtengan. A la estructura ordinaria de control, a saber: Tribunales y Cámaras de Cuentas, Intervenciones, defensorías, etc. se añaden de esta forma un largo etcétera de órganos y unidades especializados y dicho hecho ha sido determinante para que la propia normativa de las agencias antifraude se vea obligada a delimitar su competencia con otras instituciones que, efectivamente, también ostentan competencias en las materias sancionadoras de buen gobierno[550]. Por ello, y como señala con razón BENÍTEZ PALMA, "es imprescindible que la coordinación y lealtad entre instituciones que se recoge en la normativa sea una realidad incontestable"[551].

Cabe, además, advertir que órganos análogos a los establecidos en la legislación estatal se han creado, tanto en el ámbito autonómico como en el municipal de los que seguidamente daremos cuenta. Si bien conviene advertir que, en decisivos rasgos de su régimen jurídico, se han configurado de forma distinta a la ya existente en el ámbito estatal y en su actividad, de tal forma que amén de funciones complementarias a las que ahora veremos en la esfera de la Administración General del Estado, se muestran claramente mucho más activas sobre todo en lo que se refiere a la vertiente preventiva[552]. Procedamos a su análisis y comencemos, en un orden lógico, por dar cuenta de esta organización en el plano estatal.

---

[550] De esta forma, y a título de ejemplo, la normativa de la Comunidad Autónoma de Valencia, consciente de esta complejidad organizativa, establece una delimitación de funciones y un deber de colaboración advirtiendo que, en todo caso, se entiende que las funciones de la agencia valenciana lo son, sin perjuicio de las que ejercen, de acuerdo con la normativa reguladora específica, la Sindicatura de Comptes, el Síndic de Greuges, el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Intervención General de la Generalitat, la Inspección General de Servicios, los órganos competentes en materia de incompatibilidades y de conflictos de intereses, y de los órganos de control, supervisión y protectorado de las entidades incluidas en el ámbito de actuación correspondiente, y que actúa en todo caso en colaboración con estas instituciones y órganos (artículo 5 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana)

Dichas previsiones también se pueden encontrar en otras normas autonómicas.

[551] BENÍTEZ PALMA, E. (2017): "La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción", *Auditoría Pública*, núm. 69, p. 16.

[552] Y es que, como se pone de relieve en la Directriz de Auditoria ISSAI 5700 para la de prevención de la corrupción, la función de las EFS -expresión que se refiere a las entidades fiscalizadoras superiores- a la corrupción debe ser multifacética. Y se señala, en este sentido, que: *"Incluye, pero no se limita a: (1) incorporar temas de corrupción y de irregularidades en el trabajo rutinario de auditoría de la EFS; (2) aumentar la conciencia pública acerca de la corrupción y otras irregularidades, mediante la divulgación oportuna y pública de los hallazgos de auditoría de la EFS; (3) mejorar métodos y herramientas de combate a la corrupción y otros tipos de delito; (4) proporcionar un medio para que denunciantes reporten instancias de infracciones; y (5) cooperar con otras instituciones en el combate a la corrupción."*

El documento entiende que los aspectos de los Sistemas de Prevención de la Corrupción deben extenderse a la cultura organizativa anti-corrupción; a los objetivos y la estrategia; la responsabilidad organizativa; la gestión de riesgos; el programa anti-corrupción; y la comunicación de los informes, así como su seguimiento y modificación.

Se resalta, además, la oportunidad que representa contar con un análisis de riesgos en aquellas áreas de actividad consideradas especialmente vulnerables y que, por tanto, deben ser evaluadas con regularidad y según las circunstancias. De acuerdo con esa evaluación de riesgos, la organización debe desarrollar y documentar una estrategia para luchar contra la corrupción incluyendo la identificación de los objetivos de control específicos y desarrollar e implementar medidas apropiadas y actividades de control específicas para prevenir la corrupción.

3.1 El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude.

El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude es el órgano encargado de coordinar las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea contra el fraude en colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)[553], de acuerdo con el mandato establecido en el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[554]. Por ello, como ha afirmado SÁENZ DE ORMIJANA, "los EEMM y la Comisión deben coordinar las actuaciones para proteger dichos intereses financieros contra el fraude, mediante una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes"[555].

Debe ponerse de relieve que la creación de este órgano se ha realizado en tanto no exista una institución especializada a nivel nacional encargada de la tarea de coordinar la protección de los intereses financieros de la Unión y la lucha contra el fraude. Por tanto, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude deberá cooperar con la OLAF para que esta realice las investigaciones pertinentes pues, como señala el considerando 10 del Reglamento (UE, EURATOM) 833/2013 (ROLAF, en adelante) "cuando un Estado miembro no haya creado un servicio especializado a nivel nacional encargado de la tarea de coordinar la protección de los intereses financieros de la Unión y la lucha contra el fraude, debe designarse un servicio que facilite la cooperación y el intercambio de información efectivos con la Oficina"[556], pues "la eficiencia operativa de la Oficina depende en gran medida de la cooperación con los Estados miembros, que deben determinar sus servicios competentes para ofrecer a la Oficina la ayuda necesaria en el ejercicio de sus tareas". En este sentido, el artículo 3.4 del ROLAF prevé la obligación de crear un Servicio de Coordinación Antifraude "que facilite la coordinación efectiva y el intercambio de información con la Oficina, incluyendo información de carácter operativo".

Como consecuencia de todo ello, el Real Decreto 802/2014, de 19 de septiembre, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, han establecido el régimen jurídico del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA). Se trata de un órgano con rango de Subdirección General que actúa integrado en la Intervención General de la Administración del Estado[557]. La falta de independencia orgánica se ha

[553] Su creación fue producto del mandato establecido en el artículo 3.4 del Reglamento (UE, EURATOM) 833/2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude), que lo denomina con el acrónimo AFCOS.

[554] El artículo 325 del TFUE señala que "Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros".

[555] SÁENZ DE ORMIJANA VALDÉS, P. (2014): *El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (AFCOS)*. Madrid: Seminario sobre medidas contra el fraude y la corrupción en los Fondos EIE (18 de noviembre).

[556] Debe anotarse que se ha aprobado recientemente por el Congreso de los Diputados, el 22 de diciembre de 2022, el Proyecto de Ley sobre protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que crea la figura de una "Autoridad independiente de Protección del Informante". Autoridad que deberá asumir las competencias del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, desapareciendo este último.

[557] Ejerciendo sus competencias bajo la dirección y supervisión de otro órgano con rango de subdirección nacional dependiente de la misma: la Oficina Nacional de Auditoría (ONA), será asistido por un Consejo Asesor, que tendrá encomendada la garantía de la cooperación efectiva con todos los actores públicos

intentado compesar, al menos, con una aparente atribución de independencia funcional[558]. Podría decirse que, en general, la labor y reto del SNCA es "liderar todo el proceso de *accountability* para que se prevengan y controlen los posibles casos de irregularidades y fraudes, y los detectados se sometan, en su caso, a investigación, recuperación y sanción. Para ello presta diversos servicios de coordinación en los que actúa como intermediador entre las instituciones de la Comisión y/o las autoridades nacionales administrativas y judiciales"[559].

De acuerdo con la disposición adicional 25ª de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, le corresponden las siguientes funciones:

a. Dirigir la creación y puesta en marcha de las estrategias nacionales y promover los cambios legislativos y administrativos necesarios para proteger los intereses financieros de la Unión Europea. Esto deberá realizarse, evidentemente, de acuerdo con la política antifraude aprobada previamente por el Poder Ejecutivo. Posteriormente, su tarea se centrará en la elaboración de la estrategia nacional antifraude.

b. Identificar las posibles deficiencias de los sistemas nacionales para la gestión de fondos de la Unión Europea. Para ello, debe realizar una labor de análisis y evaluación del grado de cumplimiento de estos sistemas de gestión de fondos. En este punto cabe destacar que podría haber una concurrencia de competencias con la Secretaría de Estado de Función Pública cuya finalidad es mejorar la calidad y la transparencia mediante la evaluación de los servicios y políticas públicas.

c. Establecer los cauces de coordinación e información sobre irregularidades y sospechas de fraude entre las diferentes instituciones nacionales y la OLAF. Esta es su principal función en realidad, para que no existan solapamientos en investigaciones seguidas por las autoridades administrativas (OLAF) y penales (policía, fiscalía y judicatura). Para llevar a cabo esas funciones de coordinación se necesitará la firma de convenios de colaboración con otras entidades públicas y privadas, en cuyo caso tendrá que someterse a la competencia que en esta materia ostenta el Interventor General por delegación de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos (artículo 18.1.b Orden HAP/1335/2012, de 14 de junio,

estatales, autonómicos y locales involucrados en la protección de los intereses financieros comunitarios, a través del establecimiento de mecanismos de comunicación, colaboración e intercambio de información.

[558] Muy crítico, no exento de razón, se muestra con este organismo JIMENEZ ASENSIO, "R. La arquitectura institucional de la integridad en España" en https://www.antifraucv.es/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-integridad-en-espana/ para quien "Lo lógico sería que esas funciones "provisionales" se situaran en su día en un el órgano especializado" y añade que," Lo que no nos dice la normativa europea es cómo se tiene que articular ese "servicio". La DA 25ª de la LGS estableció que "ejercerá sus competencias *con plena independencia*", una caracterización que no cuadra muy bien con la previsión recogida en el Real Decreto 682/2021, cuando se afirma que ejerce sus funciones bajo la dirección y supervisión de la Oficina Nacional de Auditoría, ambos órganos con el rango de subdirección general dependientes de la IGAE. A pesar de los esfuerzos dialécticos que comporta (por ejemplo, en el artículo 22 del Real Decreto Ley 36/2020 y en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia), y así se lo hemos vendido a la Unión Europea, denominar a la IGAE como órgano independiente, tampoco cumpliría las exigencias antes citadas".

[559] FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2017): "El papel del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude en el proceso de lucha contra la corrupción", *Revista Internacional de Transparencia e* Integridad (RITI), p. 10.

por la que se aprueba la delegación de competencias en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas).

d. Promover la formación para la prevención y lucha contra el fraude. En este sentido, debe prestar asistencia técnica y formativa para que las autoridades y beneficiarios se adapten a las medidas antifraude exigidas por el marco comunitario, entre las que cabe destacar la implantación del análisis de riesgos como herramienta de control.

De acuerdo con FERNÁNDEZ AJENJO, el SNCA debe considerarse por su naturaleza una agencia antifraude, en tanto que ostenta el liderazgo a nivel nacional de la lucha contra el fraude de los intereses financieros comunitarios, si bien solo con carácter parcial puede atribuírsele tal carácter pues no asume algunas de las competencias clásicas de estos organismos como son las funciones de investigación[560]. Asimismo, su competencia es limitada a un campo concreto de la lucha de la corrupción: la protección de los intereses financieros, no tributarios, de la UE y el ejercicio prioritario de las funciones de coordinación, según establece la disposición adicional 25. 1 LGS, por lo que quedan fuera ámbitos típicos de las agencias antifraude como es el relativo a la los conflictos de intereses o de naturaleza ética.

De esta forma, y en el ámbito de los llamados Fondos *Next Generation*, como ha señalado el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, "el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, en el ejercicio de sus funciones para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea frente al fraude, la corrupción o cualquier otra actividad ilegal, promoverá las labores de prevención, detección e investigación del fraude que sean precisas, manteniendo a estos efectos las relaciones necesarias con los órganos de gestión y control", dependiendo, en este sentido, de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones y competencias que le atribuye la normativa europea a la autoridad de control del Instrumento Europeo de Recuperación (artículo 21).

Una herramienta fundamental para estas actuaciones ha sido el establecimiento de un Canal de denuncias del Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia, mantenido por dicho Servicio, que será el encargado de tramitar y dar curso a las comunicaciones recibidas. Sin embargo, la existencia del canal de denuncias no solo está establecido para estos fondos, sino también está disponible para cualquier persona que tenga conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de fraude o irregularidad, en relación con proyectos u operaciones financiados total o parcialmente con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea. Y, a estos efectos, podrá establecer esa denuncia por medios electrónicos a través del canal habilitado al efecto por dicho Servicio en la página web del Ministerio de Hacienda en los términos establecidos en la Comunicación 1/2017, de 3 de abril, del citado Servicio y en el Anexo a la Comunicación 1/2017[561]. Asimismo, y

[560] FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2018): "Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude", *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid, p. 77.

[561] Comunicación del Ministerio de Hacienda 1/2017, de 6 de abril, sobre la forma en que pueden proceder las personas que tengan conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de fraude o irregularidad en

siempre que excepcionalmente no sea posible la utilización de los citados medios electrónicos, los hechos podrán ponerse en conocimiento del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude en soporte papel mediante el envío de la documentación en sobre cerrado mediante correo postal. Todo ello para que, dada la cantidad de organismos que investigan diferentes irregularidades, no confundan al ciudadano respecto al lugar a dónde acudir si tienen conocimiento de un posible fraude con los fondos europeos. Así, el artículo 74 del citado Reglamento (UE) 1303/2013 establece en su apartado 3 que "los Estados miembros garantizarán que se pongan en práctica medidas eficaces para el examen de las reclamaciones relacionadas con los Fondos Estructurales y de Inversión Europea".

En cuanto al procedimiento a seguir por el SNCA para la tramitación de las denuncias será el siguiente, de acuerdo con los apartados tercero y cuarto de dicha Comunicación 1/2017, de 6 de abril:

- En relación a la información, se especifica que la misma deberá contener una descripción de los hechos de la forma más concreta y detallada posible, identificando, siempre que fuera posible, las personas que hubieran participado en los mismos; los negocios, convocatorias, instrumentos o expedientes afectados por la presunta irregularidad o fraude; la fecha cierta o aproximada en la que los hechos se produjeron; el Fondo o Fondos europeos afectados; el órgano o entidad que hubiera gestionado las ayudas; y los órganos o entidades a los que, adicionalmente y en su caso, se hubiera remitido la información.

- Asimismo, deberá aportarse cualquier documentación o elemento de prueba que facilite la verificación de los hechos comunicados y la realización de las actuaciones que correspondan en relación con los mismos.

- Respecto a la persona denunciante, deberá identificarse mediante su número de NIF y su nombre y apellidos, debiendo indicar asimismo una dirección de correo electrónico, o en su defecto una dirección postal, a través de la cual el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude pueda comunicarse con dicha persona. Cuando esa información se remita al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude en soporte papel, deberán constar en la misma los datos de identificación de la persona informante, con su correspondiente firma. Por tanto, no será una denuncia anónima, sin embargo, sí existe una garantía de confidencialidad por la cual el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude guardará el debido secreto respecto de cualquier información de la que tenga conocimiento mediante este medio y guardará total confidencialidad respecto de la identidad del informante.

Posteriormente, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, por su parte, analizará la información recibida a efectos de determinar el tratamiento que deba darse a la misma, realizando las verificaciones y actuaciones que considere necesarias en el marco de las facultades que le atribuyen las disposiciones normativas aplicables.

relación con proyectos u operaciones financiados total o parcialmente con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea.

A tales efectos, podrá solicitar la documentación o información adicional que estime oportuno, tanto a la persona que hubiera puesto en su conocimiento la información inicial como a los órganos o entidades que pudieran disponer de la documentación o información adicional que fuera necesaria.

Los supuestos en los que el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude no dará curso a la información recibida son los siguientes:

a) Cuando los hechos comunicados no afecten a proyectos u operaciones financiados con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea, lo que se entiende sin perjuicio de la posibilidad de remitir la información al órgano o entidad competente por razón de la materia para su análisis o investigación.

b) Cuando no consten en la información recibida los datos de identificación de la persona que la hubiera remitido, en los términos establecidos en el apartado tercero.

c) Cuando ya se hubieran archivado sobre el fondo otras actuaciones anteriores derivadas de información recibida sobre los mismos hechos o similares, sin que se aporte ningún elemento relevante adicional.

d) Cuando la escasez de la información remitida, la descripción excesivamente genérica e inconcreta de los hechos o la falta de elementos de prueba suministrados no permitan al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude realizar una verificación razonable de la información recibida y una determinación mínima del tratamiento que deba darse a los hechos comunicados, atendiendo a los medios de que dispone el citado Servicio.

e) Cuando la información recibida fuera manifiestamente infundada.

f) Cuando, realizado el análisis a que se refiere el punto anterior, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude entienda de forma motivada que los hechos comunicados no son constitutivos de fraude ni irregularidad.

En estos casos en los que no se dé curso a la información recibida, esta circunstancia se comunicará a la persona que hubiera remitido la información inicial, indicando la causa que motiva dicha forma de proceder, a efectos de que aquella pueda realizar las actuaciones que considere oportunas.

En los casos en los que sí se dé curso a la denuncia, y después del análisis de la información, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude entienda que los hechos comunicados pueden ser constitutivos de fraude o irregularidad que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea, elaborará un informe en el que pondrá de manifiesto los hechos analizados y su opinión motivada respecto del tratamiento que deba darse a los mismos de conformidad con las disposiciones normativas aplicables.

Dicho informe se remitirá, junto con la información recibida del informante y las actuaciones realizadas por el citado Servicio, al órgano que en cada caso sea competente para tramitar los procedimientos o realizar las actuaciones adicionales que correspondan en función del tipo de fraude o irregularidad de que se trate. En cualquier caso, dependiendo de la gravedad de los hechos, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude podrá remitir directamente las actuaciones al órgano competente.

Asimismo, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude podrá remitir las actuaciones en cualquier momento a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude cuando entienda que la información recibida puede resultar de interés para la misma de cara a la apertura de la correspondiente investigación si entendiese que ésta puede realizar de una forma más eficaz el análisis y verificación de los hechos comunicados.

Finalmente, le será comunicado a la persona que remitió la información el envío de las actuaciones al órgano competente.

En todo este procedimiento, debemos reiterarlo, se echa en falta que el SNCA no tenga competencias en materia de investigación, que como más adelante veremos al abordar los casos concretos en el ámbito autonómico que se han creado, sin embargo, sí tienen las Agencias Antifraude.

3.2 La Oficina de Conflictos de Intereses creada por la LACAGE y sus antecedentes.

En el ejercicio de las funciones atribuidas a los cargos públicos en más de una ocasión -más de las deseadas debemos advertir- se producen choques o roces entre el interés general, el interés partidista y el interés personal o individual del titular de la actuación, que suelen anular y reducir, por no decir, eliminar la objetividad que deben perseguir dichas actuaciones, produciéndose por consiguiente un conflicto de intereses. Este es definido, y con anterioridad ya lo apuntamos, por la OCDE como el conflicto que surge entre el deber público y los intereses privados de un responsable público, cuando el mismo tiene a título particular intereses que pueden influir indebidamente en la adopción de decisiones, y en la forma correcta del ejercicio de sus funciones, incurriendo así en responsabilidad de tipo oficial[562].

Asimismo, pusimos de relieve siguiendo a VILLORIA que la existencia de un conflicto de interés no implica la existencia directa de corrupción, pues puede tratarse de un conflicto aparente o potencial y no real. Aunque lo cierto es que, como ha señalado BETANCOR, "cuando el poder se convierte en mercancía deja de ser servicial a los intereses generales. Cuando así sucede, la corrupción también daña o perjudica los derechos"[563]. De esta forma, como acertadamente ha señalado IRUZUN MONTORO, "en materia de honestidad y conflictos de intereses también las apariencias son importantes porque de lo que se trata es de proteger la reputación de la propia Administración pública y la confianza que en ella depositan los ciudadanos a los que sirve"[564].

En cualquier caso, si puede afirmarse plenamente que el concepto de conflicto de interés va más allá de las posibles incompatibilidades en las que pueda incurrir el alto cargo al desempeñar dos puestos públicos o de la compatibilidad que pueda existir entre el

[562] Véase «Managing Conflict of Interest in the Public Service», OECD GUIDELINES AND COUNTRY EXPERIENCES («La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público», LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE Y EXPERIENCIAS NACIONALES), p.24-25, http://www.oecd.org/corruption/ethics/48994419.pdf.

[563] BETANCOR, A. (2017): "Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, causas, consecuencias, reacciones y autoridades", en el vol. col. dirigido por el propio autor, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 37.

[564] IRUZUN MONTORO, F. (2017): "Función pública, instrumento de prevención de la corrupción, en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 210.

ejercicio del cargo público y una actividad privada. Lo esencial, lo importante y fundamental del conflicto de intereses, recae en que pone en riesgo la objetividad e imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la actuación pública[565].

En el campo de los conflictos de intereses la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (en adelante, LIAC) creó la Oficina de Conflictos de Intereses, especificando su preámbulo que "para incidir en la importancia del seguimiento de los preceptos de esta Ley se han introducido dos innovaciones: la creación de la Oficina de Conflictos de Intereses, órgano similar al existente en otros países de nuestro entorno cultural, que actuará con plena autonomía funcional en el desempeño de las funciones que le encomienda esta Ley, y el reforzamiento del régimen sancionador, de forma que el incumplimiento de los preceptos de la Ley conlleva penalizaciones efectivas"[566].

El art. 15 de la LIAC establecía que la Oficina de Conflictos de Intereses sería el órgano competente para la gestión del régimen de incompatibilidades de altos cargos y el encargado de requerir el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley a quienes sean nombrados o cesen en un alto cargo. Quedando adscrita orgánicamente al Ministerio de Administraciones Públicas, con plena autonomía funcional, Asimismo, se encargaría de gestionar los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, y sería la responsable de la custodia, seguridad e indemnidad de los datos y documentos que en ellos se contengan. Sin embargo, al configurarse jurídicamente como Subdirección General, no disfrutaba efectivamente de una independencia orgánica y personalidad jurídica propia, y no contaba con competencias sancionadoras propiamente dichas. Careciendo también de adscripción al Congreso de los Diputados.

La LACAGE, por su parte, intenta avanzar un paso más allá en el rango jerárquico del órgano encargado de su adscripción, al disponer su art. 19.2 que el Director de la Oficina de Conflictos de Intereses tendrá rango de Dirección General y será nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, con el fin de que examine si su experiencia, formación y capacidad son adecuadas para el cargo. Sin embargo, todo hay que decirlo, aunque puede considerarse un paso más de signo positivo el aumento del nivel orgánico respecto a la legislación anterior y la exigencia de comparecencia previa a su nombramiento ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, no puede afirmarse que estas características hagan de la actual Oficina de Conflictos de Intereses un órgano totalmente independiente, toda vez que depende de un Ministerio y no cuenta con autonomía presupuestaria[567]. Sobre estas dos notas puso su atención el Informe de la Comisión al

[565] Y es que, se trata de cuestiones fundamentales para que la imagen pública de nuestras Instituciones sea positiva por parte de los ciudadanos. En este sentido, cabe mencionar que en el último Barómetro Global de la Corrupción de la Unión Europea 2021, presentado el 15 de junio de 2021 por Transparencia internacional, indica que el 86% de los españoles piensa que la corrupción que existe en el Gobierno es un gran problema y el 66% cree que las medidas realizadas por el Gobierno para frenar la corrupción son "malas" o no son suficientes.

[566] Es necesario poner de relieve que, en el último informe del GRECO, en su quinto ciclo de evaluación, de 21 de junio de 2019, ha lamentado que esta Oficina no amplíe su ámbito de actuación a toda la alta función pública y a los problemas que acarrea las llamadas "puertas giratorias".

[567] Así lo corroboró el Informe sobre lucha contra la corrupción de la Unión Europea de 2014 en el apartado dedicado a España, en el que añadía que "la independencia constituye un elemento clave a la hora de

Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE de 2014[568]. Asimismo, la doctrina (VAQUER CABALLERÍA o CERRILLO I MARTÍNEZ) ha hecho hincapié en la falta de independencia real de la Oficina de Conflictos de Intereses[569].

Todo ello significa que, a pesar de que encontramos aspectos positivos en la nueva legislación, la realidad es que se trata aun de una organización que peca de falta de independencia y, consiguientemente, existe un riesgo de falta de objetividad en su actuación. Las características esenciales que debe reunir una Oficina dedicada a valorar la existencia de conflictos de interés como reiteradamente hemos puesto ya de manifiesto deben ser, ante todo, su independencia orgánica, funcional, y presupuestaria. Y es que, no parece que se pueda objetar otra cosa, su dependencia jerárquica tiene fatales consecuencias en la percepción y opinión de los ciudadanos, en la confianza que éstos pueden depositar en las instituciones y, en definitiva, en lo que podríamos denominar la opinión ciudadana sobre las garantías de un buen gobierno y una buena administración que aquí, y en ese marco organizativo-funcional, no quedan aseguradas.

Las funciones de la Oficina de Conflictos de Intereses aparecen enumeradas en el art. 19.4 de la LACAGE:

a) Elaboración de informes.

El art. 22.1 LACAGE especifica que la Oficina de Conflictos de Intereses elevará al Gobierno cada seis meses, para su remisión al Congreso de los Diputados, un informe sobre el cumplimiento por los altos cargos de las obligaciones, así como de las infracciones y de las sanciones que hayan sido impuestas e identificará a sus responsables. Dicho informe contendrá datos personalizados de los altos cargos obligados a formular declaraciones, el número de declaraciones recibidas y a quién corresponden, las comunicaciones efectuadas con ocasión del cese y la identificación de los titulares de los altos cargos que no hayan cumplido dichas obligaciones. En el supuesto de que se hubiera resuelto algún procedimiento sancionador, se remitirá copia de la resolución a la Mesa del Congreso de los Diputados. Todo ello para asegurar la transparencia del control del

garantizar las salvaguardias necesarias para una verificación imparcial de los bienes e intereses de los cargos públicos"

En este contexto conviene traer a colación las palabras de Delia Ferreira Rubio, presidente de *Transparency International:* "Nuestra investigación establece un vínculo muy claro entre el hecho de contar con una democracia saludable y el éxito en la lucha contra la corrupción en el sector público. La corrupción tiene una probabilidad mucho mayor de surgir cuando la democracia se asienta sobre cimientos débiles y, como hemos visto en muchos países, cuando los políticos antidemocráticos y populistas tienen la oportunidad de utilizarla para su beneficio".

[568] Para la elaboración de este Informe, la Comisión acudió a múltiples fuentes, como son "los mecanismos de supervisión existentes (GRECO, OCDE, UNCAC expertos independientes, conclusiones de la investigación, los servicios de la Comisión y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), los Estados miembros, las agencias de la UE como Europol y Eurojust, la Red Europea contra la Corrupción, los estudios del Eurobarómetro y la sociedad civil".

Este Informe debía publicarse cada dos años. Sin embargo, a principios de 2017 se anunció la interrupción de este mecanismo evaluador por parte del primer vicepresidente de la Comisión Frans Timmermans. De esta forma, señaló que, aunque el primer informe fue muy útil en algunos aspectos, la Comisión ya no considera que deba continuar publicando periódicamente este tipo de informes evaluadores sea la mejor forma de proceder en la lucha contra la corrupción. Puede consultarse la carta en: http://transparency.eu/wp-content/uploads/2017/02/20170130-Letter-FVP-LIBE-Chair.pdf

[569] Como ponen de relieve PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. op. cit., p.272 y 273, con la transcripción de sus comparecencias en la Comisión de Expertos de 24 de abril de 2014.

régimen de incompatibilidades previsto en la Ley, y sin perjuicio de las competencias que se atribuyen a otros órganos (como por ejemplo el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno).

Por su parte, el apartado 2 del artículo 22 de la LACAGE incide en que "el informe contendrá información agregada, sin referencia a datos de carácter personal, sobre el número de los altos cargos obligados a formular sus declaraciones, el número de declaraciones recibidas, de comunicaciones efectuadas con ocasión del cese, y el número de altos cargos que no hayan cumplido con sus obligaciones. Esta información será objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado»".

De todo lo expuesto podemos extraer dos relevantes conclusiones que atenúan la eficacia de dicha actuación: por un lado, el informe que se remita al Congreso de los Diputados con datos personales de los altos cargos no será publicado para el conocimiento general de los ciudadanos; y, por otro, se dará a conocer la información agregada (esto es, sin especificación de los datos personales de los altos cargos) a través del BOE. Cabe recordar, en este punto, que, según el art. 26.1, LACAGE las infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el BOE una vez haya adquirido firmeza administrativa la resolución correspondiente, comprendiendo las sanciones muy graves, además, la destitución, la pérdida del derecho a percibir la compensación tras el cese, y obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente lo que parece que pugna con lo anterior.

Respecto al contenido de la información sobre la que versará el informe, la LACAGE no lo aclara con demasiada exactitud. Parece que debiera entenderse que la declaración de cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley, a que se refiere el artículo 22.2 LACAGE, deberá incluir la declaración responsable de la idoneidad del cargo (que según el art. 2.5 debe remitirse a la Oficina de Conflictos de Intereses). Sin olvidar que los altos cargos formularán al Registro de Actividades de Altos Cargos las siguientes declaraciones[570]:

- la declaración de actividades a la toma de posesión (art.16.1)
- la declaración de bienes y derechos a la toma de posesión (art. 17.1)
- declaración sobre las actividades que vayan a realizar tras el cese (arts. 16.1 y 15.6)
- declaración de bienes y derechos patrimoniales tras el cese (art. 17.1)

[570] De acuerdo con el artículo 3 del Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrollan los títulos Preliminar, II y III de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, "todas las declaraciones y el resto de comunicaciones y documentos a que se refiere este Reglamento se realizarán de forma electrónica siguiendo los modelos aprobados al efecto por Orden de la Ministra de Política Territorial y Función Pública". Asimismo, la Disposición Final I autoriza al ministro de Política Territorial para desarrollar mediante orden la determinación de la fecha en que los interesados a los que es de aplicación este Reglamento tengan la obligación de relacionarse a través de medios electrónicos con la Oficina de Conflicto de Intereses en los procedimientos previstos en la LACAGE.
La fecha de entrada en vigor de esta obligación era, según la Orden TFP/2/2020 de 8 de enero, el 20 de abril de 2020, pero debido a las circunstancias especiales causadas por la pandemia del COVID-19, mediante Orden TFP/350/2020, de 16 de abril, se retrasó la entrada en vigor de esta medida a 20 de octubre de 2020.

Tal y como señalan PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS[571], estos informes podrían incluir también lo previsto en el art.12.3, LACAGE, esto es, el resultado de los procedimientos para detectar conflictos de intereses que deberá ser comunicado anualmente a la Oficina de Conflictos de Intereses.

Otro informe que deberá elaborar la Oficina de Conflicto de Intereses es el previsto en el art. 24.1 LACAGE para el examen de la situación patrimonial de los altos cargos al finalizar su mandato. En el plazo de tres meses desde su cese, la Oficina elaborará de oficio un informe en el que se examinará la situación patrimonial del alto cargo, verificando los siguientes extremos (art.23):

a) El adecuado cumplimiento de las obligaciones reguladas en esta ley.
b) La existencia de indicios de enriquecimiento injustificado teniendo en consideración los ingresos percibidos a lo largo de su mandato y la evolución de su situación patrimonial.

b) Gestión del régimen de incompatibilidades de los altos cargos del Estado.

Como ha destacado la doctrina, la expresión de esta función de la Oficina de Conflictos de Intereses ha quedado excesivamente limitada, al considerar que debería comprender también la gestión de los conflictos de intereses[572].

Las actividades que implica esta función entrañan, principalmente, la gestión de los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales. No obstante, la Ley también le atribuye otras funciones. Así, el artículo 12.2 establece que la Oficina de Conflictos de Intereses, de acuerdo con la información suministrada por el alto cargo en su declaración de actividades y, en su caso, la que pueda serle requerida, le informará de los asuntos o materias sobre los que, con carácter general, deberá abstenerse durante el ejercicio de su cargo. Sin embargo, esta previsión puede quedar en nada al no establecerse un plazo para la comunicación de la información por parte del alto cargo a la Oficina de Conflictos de Intereses, información que debería ser, además, actualizada anualmente[573].

Por otra parte, el art. 12.5 LACAGE señala la posibilidad del alto cargo de formular, en cualquier momento, a la Oficina de Conflictos de Intereses cuantas consultas estime necesarias sobre la procedencia de abstenerse en asuntos concretos.

Asimismo, el art. 14 LACAGE contiene varias previsiones respecto al papel de la Oficina de Conflictos de Intereses para garantizar la objetividad en la actuación pública. Por un lado, el apartado 1 establece que los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta[574], participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier

[571] PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 277.
[572] PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 277.
[573] Así lo señalan PÉREZ MONGUIÓ J.M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016) quienes añaden que podría haberse contemplado la disponibilidad pública de esta información para facilitar el ejercicio de la recusación y favorecer así el control que provoca la transparencia (*El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona, p. 164).
[574] Se considera persona interpuesta la persona física o jurídica que actúa por cuenta del alto cargo.

Administración Pública Tampoco podrán participar en las empresas subcontratistas siempre que la subcontratación se haya producido con el adjudicatario del contrato en el ámbito de la Administración en la que el alto cargo preste servicios y en relación con el objeto de ese contrato. En el caso en que, de forma sobrevenida, se haya producido dicha causa, el alto cargo deberá notificarlo a la Oficina de Conflictos de Intereses, quien deberá informar sobre las medidas a adoptar para garantizar la objetividad en la actuación pública.

Y, por otro lado, el apartado 3 del citado artículo 14 de la LACAGE establece que deberá informar favorablemente en los casos de enajenación o cesión a terceros independientes de participaciones societarias directas o indirectas que hayan sido declaradas a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales

Respecto a la compatibilidad para ejercer una determinada actividad tras el cese, también habrá de pronunciarse la Oficina de Conflictos de Intereses, de acuerdo con lo previsto en el art. 15.7, LACAGE, debiéndoselo comunicar al interesado y a la empresa o sociedad en la que fuera a prestar sus servicios en el plazo de un mes.

También deberá examinar la situación patrimonial de los altos cargos tras el cese, así como emitir un informe sobre los extremos que debe analizar en ese examen (arts. 23 y 24).

Finalmente cabe señalar, desde mi punto de vista, que la Oficina podría contar con un ámbito de actuación más amplio. A modo de ejemplo, y refiriéndonos a la percepción de regalos por parte de los altos cargos, cabe citar a PÉREZ MONGUIÓ quien propone que se podría prever en una futura modificación de la Ley que "el alto cargo pueda consultar a la Oficina de Conflictos de Intereses u órgano correspondiente autonómico o local, en caso de duda sobre el valor del bien percibido"[575].

c) Requerir al alto cargo el cumplimiento de las obligaciones previstas en la LACAGE

El art. 10 especifica que la Oficina de Conflictos de Intereses comunicará al alto cargo sus obligaciones tras su toma de posesión y, asimismo, se encargará de proponer a los centros de formación iniciativas formativas en materia de conflictos de intereses y buen gobierno.

Cabe advertir, respecto de este punto, que algunas de las exigencias previstas en la LACAGE siguen obligando al alto cargo tras su cese, de modo que, como anteriormente señalamos, el art. 15.6 LACAGE prevé que quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años tras el cese, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, una declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio. Asimismo, en cuanto a las posibles compensaciones tras el cese del alto cargo, la Oficina de Conflictos de Intereses supervisará que durante el período en que se perciba tal compensación se mantienen las condiciones que motivaron su reconocimiento, de acuerdo con lo previsto en el art. 6.2 LACAGE. Finalmente, su artículo 7.3 dispone que quienes cesen en los puestos que tengan previstas pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica tendrán un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad,

[575] PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2019): "Percepción de regalos o/y servicios por parte de altos cargos", *Actualidad Administrativa,* núm. 1, abril de 2019.

para comunicar a la Oficina de Conflictos de Intereses, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o el desempeño de una actividad pública o privada retribuida o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro[576].

En este sentido, cabe señalar que la Oficina de Conflictos de Intereses dispone de toda la información relevante sobre la trayectoria del alto cargo para poder llevar a cabo ese control sobre el mantenimiento de las condiciones que motivaron la concesión de la indemnización por cese.

Asimismo, y respecto a la comunicación de la posible incompatibilidad por parte del ex alto cargo y su preferencia sobre la percepción de la compensación prevista, el desempeño de la actividad pública o privada o la pensión de jubilación o retiro, se ha criticado por la doctrina la solución dada por la norma. Y es que, realmente, no parece lógico que a un alto cargo le convenga más económicamente, en determinados casos, seguir recibiendo la prestación durante dos años que volver al sector público o privado si ese es su deseo. Así, PÉREZ MONGUIÓ ha señalado que "sería interesante que se fomentase la reincorporación de los cesados con medidas como: *a)* En los casos en que las cantidades a percibir por la nueva actividad privada fuesen inferiores a la pensión compensatoria, la Administración podría aportar la cantidad necesaria para alcanzar la misma por el tiempo restante de la prestación compensatoria. *b)* En los casos en que la cantidad sea por la nueva actividad privada sea igual o levemente superior se podría compensar con una indemnización de un tanto por ciento de las cantidades que podría percibir el alto cargo en el caso de agotar la prestación compensatoria"[577].

d) Gestionar los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos de la Administración General del Estado, y la responsabilidad de la custodia, seguridad e indemnidad de los datos y documentos que en ellos se contengan.

Los registros electrónicos de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos se alojarán en un sistema de gestión documental que garantice la inalterabilidad y permanencia de sus datos, así como la alta seguridad en el acceso y uso de éstos.

El Registro electrónico de Actividades tendrá carácter público, rigiéndose por el contenido de la LACAGE, lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, derecho a la información y buen gobierno, así como por sus normas de desarrollo.

[576] El artículo 7 del Reglamento de desarrollo de la LACAGE (Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre) señala que cuando la Oficina de Conflictos de Intereses tenga conocimiento de la toma de posesión o de un cese de un alto cargo, como consecuencia de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, por las comunicaciones a que se refiere el artículo 2 de este Reglamento, o por otro medio, se dirigirá al interesado informándole sobre las obligaciones de la LACAGE, en relación con el ejercicio de otras actividades públicas o privadas, y, en especial, sobre las obligaciones de formular las correspondientes declaraciones, y le facilitará toda la documentación e información necesaria para el cumplimiento de las mismas.

[577] PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2017): "Situación de los altos cargos tras el cese", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 45, mayo de 2017.

Por su parte el Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales tiene carácter reservado y solo podrán tener acceso al mismo además del propio interesado, los siguientes órganos:

a) El Congreso de los Diputados y el Senado, de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos de las Cámaras, así como las comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan.
b) Los órganos judiciales para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el Registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales.
c) El Ministerio Fiscal cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el Registro (artículo 21.3 LACAGE)

Estos órganos constitucionales o instituciones públicas a que se refiere el artículo 21.3 LACAGE adoptarán las medidas necesarias para mantener el carácter reservado de la información contenida en el Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales, sin perjuicio de la aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos en cuya tramitación se hubiera solicitado la información.

Como se aprecia, en la LACAGE no se nombra en ningún momento el acceso, custodia y seguridad de los datos personales por parte del personal de la Oficina de Conflictos de Intereses, sin embargo, hemos de entender que sí tendrán acceso a estos datos para su seguridad y custodia, pues así se especifica de forma particular entre sus funciones. Asimismo, el artículo 6 del Reglamento que desarrolla la LACAGE (Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre), se encarga de señalar que "el Registro de Actividades de altos cargos y el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, ambos dependientes de la Oficina de Conflictos de Intereses, gestionarán la inscripción, depósito, custodia de las declaraciones y comunicaciones previstas en este Reglamento, así como la cancelación de las inscripciones practicadas, con las adecuadas garantías de seguridad, inalterabilidad y archivo de los datos y documentos almacenados. El tratamiento y, en su caso, comunicación de los datos contenidos en las declaraciones o comunicaciones previstas en este Reglamento se someterá a lo dispuesto en la legislación aplicable en materia de protección de datos de carácter personal".

e) Colaboración con órganos de naturaleza análoga.

En la colaboración y cooperación a ejercer por la Oficina de Conflictos de Intereses destaca la realizada con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno regulado en la LTBG para la buena y transparente gestión de los altos cargos (cuya regulación parcial se contiene en esta última Ley)[578].

[578] El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es un organismo público independiente**,** con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar encargado de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno. Se rige por lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como por las disposiciones que la desarrollan y por su Estatuto, aprobado por Real Decreto 919/2014 de 31 de octubre.

Por su lado, el art. 19.5 LACAGE señala que la Oficina de Conflictos de Intereses podrá solicitar la información, los ficheros, archivos o registros de carácter público y, en especial, los de las Administraciones tributarias y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones, que deberán ser proporcionados de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y, en su caso, en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Esta cuestión tiene una especial relevancia para apreciar la idoneidad de los altos cargos, pues cabe recordar que el art. 2.5 de la LACAGE indica que, si la Oficina de Conflictos de Interesas lo solicita, el alto cargo deberá aportar la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley para su nombramiento. Y en su art. 17.3 LACAGE señala que, junto con la copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio también se presentará por el alto cargo certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes. Si bien, podrá autorizar a la Oficina de Conflictos de Intereses, expresamente y por escrito, a que obtenga esta información directamente de la Agencia Tributaria.

Esta colaboración es muy importante en materia de compensaciones tras el cese o por jubilación a que nos hemos referido unas líneas atrás.

También, y a fin de asegurar que los altos cargos no están incursos en una causa de incompatibilidad, el art. 2.7 LACAGE dispone, por un lado, que "todos los órganos, organismos y entidades del sector público estatal, de Derecho Público o Privado, deberán informar a la Oficina de Conflictos de Intereses de los nombramientos de altos cargos que efectúen en el plazo de siete días a contar desde el nombramiento" y, por otro, el apartado 8 del mismo precepto señala que "las entidades públicas o privadas con representación del sector público en sus órganos de administración o de gobierno, comunicarán a la Oficina de Conflictos de Intereses las designaciones de personas que, conforme a lo dispuesto en esta ley tengan la condición de alto cargo".

Por lo que se refiere a la declaración de actividades, la Ley contiene de igual forma una previsión expresa respecto a la colaboración de otras entidades. Así, el art. 16.3 LACAGE prevé que la Oficina de Conflictos de Intereses podrá solicitar al Registro Mercantil, al Registro de Fundaciones y a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social las comprobaciones que necesite sobre los datos aportados por el alto cargo Y el art. 16.4 LACAGE señala que el alto cargo podrá autorizar a la Oficina de Conflictos de Intereses, expresamente y por escrito, a que obtenga información directamente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Finalmente, el art. 20 LACAGE se ocupa específicamente de la colaboración con la Oficina de Conflictos de Intereses en materia de incompatibilidades y señala que "todas las entidades, órganos y organismos públicos, así como las entidades privadas, sin perjuicio de las posibles denuncias que se interpongan, tendrán la obligación de colaborar con la Oficina de Conflictos de Intereses, al objeto de detectar cualquier vulneración del régimen de incompatibilidades previsto en esta ley. En particular, la Oficina de Conflictos de Intereses podrá formular peticiones de información, al menos con carácter trimestral,

a los órganos gestores de la Seguridad Social para que compruebe cuál es la situación laboral de quienes han sido cesados".

3.3 Agencia Independiente de Protección del Denunciante

La Unión Europea publicó el 26 de noviembre de 2019, la Directiva 1937/2019, de 23 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Esta Directiva (que debería haberse traspuesto antes del 17 de diciembre de 2021) ha establecido el marco para diseñar en España -al igual que en el resto de Estados miembros- un sistema completo de alertas que abarca tanto al ámbito público como al privado a fin de facilitar que las personas conocedoras de infracciones del Derecho de la Unión en su contexto laboral puedan denunciarlas.

En este sentido, la Directiva prevé dos canales a fin de hacer efectivas dichas previsiones. Por un lado, un canal interno en las organizaciones para sus trabajadores, colaboradores, etc., en el que se permiten las denuncias de carácter anónimo, y, por otro lado, un canal externo, a través de las autoridades independientes, que tendrán como función principal determinar si el hecho supone efectivamente una infracción, y, si por ello, es necesario proteger al informante[579].

Consecuentemente con ello, y siguiendo el modelo de la Directiva, el pasado 22 de marzo de 2022 se aprobó por el Congreso el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, aprobado ahora mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Precisamente en esta Ley se prevé la creación de una futura Autoridad Independiente de Protección del Informante en su Título VIII, dando cumplimiento así a la Directiva 2019/1937 que impone a los Estados miembros la obligación de establecer canales de comunicación externos adecuados, de modo que su actuación esté presidida por los principios de independencia y autonomía en la recepción y tratamiento de la información sobre las infracciones.

[579] La forma de proteger a quien denuncia o informa debe ser garantizar el anonimato de quien lo realiza. En este sentido, la Directiva1937/2019 pretende promover y priorizar los canales internos. Así, en el artículo 7.2 establece el mandato a los Estados para promover la comunicación "a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa". Independientemente de ello, este canal interno se complementa con el externo, es decir, se abre la posibilidad de que la persona informante de un hecho susceptible de constituir infracción pueda, en todo caso, acudir a una autoridad pública para que lo investigue y, en su caso, acuda y colabore con el Ministerio Fiscal si aprecia que el hecho objeto de la comunicación tiene relevancia jurídica. Respecto a la prioridad como vía ordinaria del canal interno, existen opiniones diversas, así para algunos autores como SIERRA RODRÍGUEZ los canales internos ofrecen menos garantías y efectividad frente a los externos pues "los destinatarios internos de las denuncias son más proclives a tapar o ignorar los problemas (SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2020): "Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, p. 69). Por el contrario, otros autores, como MIRANZO DÍAZ, tienen la convicción de que los canales internos son más utilizados por los denunciantes por ser su primera opción y por servir de filtro a instancias superiores. Respecto a los canales externos, el referido autor muestra sus reservas por las dudas sobre su independencia, saturación o por la cautela de los posibles denunciantes a poner en evidencia a su organización ante terceras entidades (MIRANZO DÍAZ, J. (2019): "La nueva Directiva de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público", *Revista General de Derecho Europeo*, 49, pp. 361-385).

Cabe destacar que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley, el considerando 64 de la Directiva 2019/1937, deja al prudente criterio de los Estados miembros determinar qué autoridades son competentes para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la misma y seguir adecuadamente las comunicaciones. Así, entre las diferentes alternativas que ofrecía nuestro ordenamiento interno, se consideró como la opción más idónea acudir a la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante como pilar básico del sistema institucional. Su particular naturaleza y encaje institucional en el sector público es de esperar que permita canalizar satisfactoriamente el conjunto de las funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes de cada Estado miembro. De esta forma, el carácter independiente y la autonomía de que gozan este tipo de entes del sector público se considera la mejor forma de instrumentar el engranaje institucional de la protección del informante, excluyendo otras alternativas con menor independencia del poder ejecutivo y permitiendo, en definitiva, que sea una entidad de nueva creación la que garantice la funcionalidad del sistema, una entidad independiente de quien la nombra que atienda exclusivamente, en el ejercicio de sus funciones, a criterios de naturaleza técnica. También, en este sentido, se descartó acudir a otras entidades ya existentes dentro del sector público debido al carácter específico de la materia que parecía aconsejar que las funciones a esta atribuidas fueran ejercidas por una Autoridad de nueva creación. Pero, asimismo, que la creación de dicha entidad lo fuese sin perjuicio de las ya existentes en el ámbito autonómico dada la competencia que en esta materia tienen asignadas las Comunidades Autónomas.

En este último sentido, la norma señala que las potestades atribuidas a esa Agencia de carácter estatal se extenderán a las infracciones cometidas en el ámbito del sector público estatal y del sector privado cuando la infracción o el incumplimiento afecte o produzca sus efectos en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma. Y corresponde, por su parte, a los órganos competentes de las comunidades autónomas esa misma potestad respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector público autonómico y local del territorio de la correspondiente comunidad autónoma.

Sin embargo, como señala el artículo 24, y también como expresamente aclara la Memoria Técnica "la protección integral del informante exige no dejar espacios de impunidad. Este principio de actuación, que conecta directamente con el liderazgo que ha de operar como eje mediador de idoneidad del sistema que se propone, unido a la concepción de nuestro Estado como espacio público compartido, obliga a permitir que se acuda al canal externo de informaciones a través de la Autoridad Independiente de Protección del Informante en aquellos territorios que no hayan previsto la creación de Autoridades o la atribución a órganos propios de su comunidad autónoma y dentro de sus competencias"[580].

De ese modo la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá tramitar las comunicaciones que se reciban a través de su canal externo que afecten al ámbito

[580] Posibilidad ésta que se explica en la misma, cumple con la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia 130/2013, al indicar que "en casos como los que contemplamos, las disposiciones del Estado que establezcan reglas destinadas a permitir la ejecución de los Reglamentos comunitarios en España y que no puedan considerarse normas básicas o de coordinación, tienen un carácter supletorio de las que pueden dictar las Comunidades Autónomas para los mismos fines de sus competencias. Sin olvidar que la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la CE no constituye una cláusula universal atributiva de competencias, en tales casos, la posibilidad de que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio está plenamente justificada".

competencial de aquellas comunidades autónomas que así lo decidan y suscriban el correspondiente convenio, y aquellas otras que no prevean órganos propios que canalicen, en su ámbito competencial, las comunicaciones externas.

Por tanto, la Autoridad independiente, también será competente para la tramitación, a través del canal externo, de las comunicaciones que afecten a las Administraciones de las comunidades autónomas, a las entidades que integran la Administración y el sector público institucional autonómico o local, cuando se atribuya la competencia a la Autoridad Independiente de Protección del Informante por virtud de un convenio o cuando la respectiva comunidad autónoma no haya atribuido competencia para gestionar el canal externo de informaciones a ningún órgano o autoridad propios.

De esta forma, el título III de la Ley regula el canal externo por medio del que cualquier persona física podrá informar directamente o tras haber acudido al canal interno[581], y cuya gestión corresponderá a la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

Para ello, el título VIII de la norma determina la creación de la referida Autoridad Independiente de Protección del Informante como un ente de derecho público de carácter estatal, sometido al régimen jurídico de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica propia y dotado de autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Ejecutivo y del sector público, así como de toda entidad cuya actividad pueda ser sometida a su supervisión (artículo 42 del Proyecto)[582].

[581] El título III, tras regular el procedimiento de recepción de las informaciones, que podrán llevarse a cabo de forma anónima o con reserva de la identidad del informante, y de su forma, escrita o verbal (artículo 17 del Proyecto), el articulado de la norma aborda el trámite de admisión, en el que después de un análisis preliminar, se decide sobre su admisión a trámite, momento en el que, sin perjuicio de una eventual remisión a otra Autoridad u Organismo que pudiera resultar competente para la tramitación de la comunicación, procederá a su inadmisión motivada si concurre alguna de las causas tasadas que a tal efecto se prevén expresamente o bien acordará su admisión continuando la tramitación del procedimiento (artículo 18 de la Ley 2/2023).
Admitida a trámite la comunicación, comienza la fase instructora encaminada a comprobar la verosimilitud de los hechos relatados y en la que los funcionarios de la Autoridad Independiente tendrán la consideración de agentes de la autoridad. Esta instrucción culminará mediante la emisión de un informe por la Autoridad Independiente de Protección del Informante. Emitido el informe, la Autoridad Independiente podrá acordar el archivo del expediente, el inicio del procedimiento sancionador, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal si, pese a no apreciar inicialmente indicios de que los hechos pudieran revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción, o de la Fiscalía Europea, cuando resulten afectados los intereses financieros de la Unión, en su caso; o la remisión de la información a otra Autoridad u Organismo competente si así procede. El plazo para la realización de las investigaciones y para dar respuesta al informante (siempre que éste no sea anónimo) no deberá dilatarse más de lo estrictamente necesario, razón por la cual el plazo no podrá ser superior a tres meses desde la entrada en registro de la comunicación
Finalmente cabe destacar que la resolución que adopte la Autoridad Independiente no podrá ser objeto de recurso alguno, ni administrativo ni jurisdiccional, sin perjuicio de la posible impugnación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que se pudiera incoar a raíz de las investigaciones realizadas.
[582] A pesar de que en el ejercicio de las funciones atribuidas puede adoptar aquellas decisiones que entre el ámbito de su competencia, debe rendir cuentas de su gestión tanto en el Congreso de los Diputados, como en el Senado, tal como se establece en el artículo 59 del Proyecto, donde se determina que la persona titular de la Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante comparecerá anualmente ante las comisiones que en materia de protección de los informantes se formen en el Congreso de los Diputados y el Senado.

El capítulo I del título VIII se refiere a la naturaleza y funciones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, a saber: gestión del canal externo de comunicaciones, adopción de las medidas de protección al informante previstas en la norma, asunción de la condición de órgano consultivo y de asesoramiento del Gobierno en materia de protección del informante, elaboración de modelos de prevención de delito en el ámbito público, asunción de la competencia sancionadora en la materia, elaboración de recomendaciones y directrices[583].

El capítulo II del título VIII desarrolla el régimen jurídico a que se somete la nueva Autoridad, distinguiendo el régimen jurídico general a que somete su actividad y las singularidades que presenta en materia de personal, contratación, patrimonial, de asistencia jurídica, presupuestario, de contabilidad y control económico-financiero.

Así, en lo que se atañe a la normativa que le es de aplicación, la Autoridad Independiente se regirá por lo dispuesto en su ley, en su Estatuto que deberá ser aprobado en Consejo de Ministros mediante Real Decreto, donde se determinará su estructura, su organización y su funcionamiento interno, y, en las leyes reguladoras de los sectores sometidos a la supervisión de dicha Autoridad Independiente. De manera supletoria, en cuanto sea compatible con su plena independencia, la Autoridad Independiente se regirá también por las normas citadas en el artículo 110.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público[584] (artículo 44 del Proyecto).

Respecto al régimen de personal, el artículo 45 establece que el personal adscrito será funcionario o laboral, rigiéndose por lo dispuesto en el TREBEP y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y, en su caso, por la normativa laboral, concretándose en la relación de puestos de trabajo aquellos puestos que deberán ser desempeñados en exclusiva por funcionarios públicos, por implicar el ejercicio de las funciones que la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas. En cuanto al personal directivo, se establece que se seleccionará de acuerdo a los principios de competencia y aptitud profesional, sin especificar nada más[585].

---

[583] En concreto, el artículo 43 establece lo siguiente:
"Para el cumplimiento de sus fines, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, tendrá las siguientes funciones:
1º. Gestión del canal externo de comunicaciones regulado en el título III.
2º. Adopción de las medidas de protección al informante previstas en la presente ley.
3º. Participar, mediante informe preceptivo, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias y a la ley reguladora de sus funciones en cuanto la Autoridad Independiente de Protección del Informante y su normativa de desarrollo.
4º. Tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas en el título IX.
5º. Elaboración de recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y prácticas adecuados para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley".

[584] Precepto dedicado al régimen jurídico de las autoridades administrativas independientes. Donde se especifica que las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión; supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en la LRJSP, en particular por lo dispuesto para los organismos autónomos, así como las normas de derecho administrativo general y especial que les sean de aplicación.

[585] De acuerdo con la Memoria Técnica del citado Proyecto, tendrá una dotación inicial de 28 personas adscritas.

Dentro de las particularidades que se han establecido en su régimen jurídico, destaca la atribución de la potestad normativa mediante la emisión de circulares en desarrollo y ejecución de normas de naturaleza reglamentaria previa habilitación por parte de las mismas, destacando, asimismo, la posibilidad de que dicha Autoridad elabore circulares, recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y prácticas adecuadas para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la ley y en las futuras normas que la desarrollen (artículo 51 del Proyecto).

De otro lado, también es reseñable la atribución del ejercicio de la potestad sancionadora regulada en el título IX. Posteriormente volveremos sobre ese tema.

Finalmente, el capítulo III del título VIII recoge el régimen de organización interna de la entidad. En concreto, se prevé la existencia de los siguientes órganos:

- *Presidencia q*ue será el máximo órgano de representación y gobierno de la Autoridad Independiente. Tendrá rango de Subsecretario y será nombrada por Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio Justicia, por un período de cinco años no renovable, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito del cumplimiento normativo, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión correspondiente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, deberá ratificar el nombramiento en el plazo de un mes desde la recepción de la correspondiente comunicación. Sus funciones serán las propias de la Presidencia de un órgano colegiado, a las que hay que añadir el nombramiento de los cargos directivos de la Autoridad Independiente y dictar resolución en los procedimientos de naturaleza sancionadora[586]. Además, la persona que ostente la Presidencia de la Autoridad Independiente tendrá la obligación de comparecer anualmente ante las comisiones que en materia de protección de los informantes se formen en el Congreso de los Diputados y el Senado. Asimismo, es de destacar que el cese de la Presidencia, de conformidad con el artículo 58 del Proyecto, podrá traer causa de la expiración de su mandato, a petición propia o por separación acordada por el Consejo de Ministros, en los casos así previstos y que son los que se indican seguidamente:

1. Por incumplimiento grave de sus obligaciones,
2. Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función,
3. Por incompatibilidad,
4. Por condena firme por delito doloso.

[586] El artículo 55 de la Ley 2/2023 señala que le corresponde:
"a) Ostentar la representación legal de la Autoridad Independiente.
b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Comisión Consultiva de Protección del Informante.
c) Dirigir y coordinar las actividades de todos los órganos directivos de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.
d) Disponer los gastos y ordenar los pagos de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.
e) Celebrar los contratos y convenios.
f) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.
g) Nombrar a los cargos directivos de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.
h) Dictar resolución en los procedimientos de naturaleza sancionadora en los términos previstos en el título IX.
i) Ejercer las demás funciones que le atribuyen la presente ley, el Estatuto Orgánico de la Autoridad y el resto del ordenamiento jurídico vigente."

Consecuentemente con ello, en los tres primeros supuestos citados, en Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, se indica, además, que para que dicha separación del ejercicio del cargo sea posible, es necesaria la correspondiente ratificación por mayoría absoluta de los miembros que integren la Comisión competente del Congreso de los Diputados.

- *Comisión Consultiva*, configurada como órgano de asesoramiento a la Presidencia y que tiene un marcado carácter técnico por su composición, muchos de cuyos vocales son natos, por razón del cargo, procedentes bien de la Administración Pública, bien de organismos reguladores o supervisores[587]. Sus funciones son las de asesorar a la Presidencia, emitir los informes que esta le someta y formular propuestas en temas relacionados con las materias de competencia de la Presidencia (artículo 56 de la Ley 2/2023).

Finalmente, el título IX establece un completo cuadro de infracciones y sanciones, siendo la Presidencia de la Autoridad Independiente, como adelantamos unas líneas atrás, la que ostenta la competencia para la imposición de las sanciones. Debe advertirse, sin embargo, que las mismas se refieren solo y exclusivamente al correcto desarrollo de su actividad investigadora y no, por tanto, a las infracciones sustantivas sobre buen gobierno que en el próximo capítulo analizaremos en el que la iniciación, instrucción e imposición de la correspondiente sanción quedan, con carácter general, en manos de órganos sin la independencia necesaria.

En este sentido, las infracciones previstas en la norma podrán ser muy graves, graves o leves (artículo 63 del Proyecto) y se consideran como infracciones muy graves las siguientes acciones u omisiones:

a) Cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en la presente ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y en general cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación dolosa de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello.

[587] Así, el artículo 54 de la Ley 2/2023 prevé que "La Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante estará asesorada por una Comisión Consultiva que se integrará por los siguientes miembros:
a) Un representante del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.
b) Un representante de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.
c) Un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.
d) Un representante del Banco de España.
e) Un representante de la CNMV.
f) Un representante de la CNMC.
g) Un representante de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.
h) Un representante de la Oficina Nacional de Auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado.
i) Un representante del Ministerio de Hacienda y Función Pública perteneciente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria
j) Dos representantes designados por el Ministerio de Justicia por un período de cinco años entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional".

b) La adopción de cualquier represalia frente a los informantes derivada de la comunicación.

c) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley, y de forma particular cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato, aunque no se llegue a producir la efectiva revelación de la misma.

d) Vulnerar el deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado sobre la información.

e) La comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado mediante resolución firme por dos infracciones graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones.
f) Comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad, en las comunicaciones en las que se identifique el informante.

Tendrán, por su parte, la consideración de infracciones graves las siguientes acciones u omisiones:

a) Cualquier actuación que suponga limitación de los derechos y garantías previstos en la presente ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave conforme al apartado 1 anterior.

b) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley cuando no tenga la consideración de infracción muy grave.

c) Vulnerar el deber de secreto en los supuestos en que no tenga la consideración de infracción muy grave.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones.

e) La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones.

Finalmente, son infracciones leves las siguientes acciones u omisiones:

a) Remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del responsable del Sistema a la Autoridad, o fuera del plazo concedido para ello.

b) Incumplimiento de la obligación de colaboración con la investigación de informaciones.

c) Cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave.

Respecto al régimen de sanciones, se prevé en el artículo 65 de la Ley 2/2023 la imposición de multas con una cuantía de hasta 10.000 euros por la comisión de infracciones leves; de 5.001 hasta 30.000 euros por la comisión de infracciones graves y de 30.001 hasta 300.000 euros por la comisión de infracciones muy graves, tratándose de personas físicas; si, por el contrario, nos referimos a personas jurídicas, estas multas ascenderán hasta los 100.000 euros en caso de infracciones leves, entre 100.001 y 600.000 euros en caso de infracciones graves y entre 600.001 y 1.000.000 euros en caso de infracciones muy graves.

Adicionalmente, en el caso de las infracciones muy graves la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá acordar, además:

a) La amonestación pública.

b) La prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años.

c) La prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Asimismo, tratándose de personas jurídicas, las sanciones por infracciones muy graves de cuantía igual o superior a 600.000 euros, podrán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado, de acuerdo con el criterio de la Autoridad Independiente.

4. LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS.

Antes de entrar en el estudio de los órganos autonómicos más relevantes en materia de integridad, es preciso dejar constancia de que en este ámbito territorial es posible encontrar dos modelos diferentes en atención a la creación o no de una organización especializada. Por un lado, nos encontramos con aquellas comunidades autónomas que han optado por la creación de una oficina o agencia antifraude dependiente del Parlamento; y, por otro lado, algunas comunidades autónomas (las menos, como Galicia o Canarias) han preferido acudir a instituciones preexistentes de control externo a las que han atribuido también esta función (Consello de Contas o la Audiencia de Cuentas de Canarias) [588].

En realidad, y en mi opinión, en la actualidad existiría un tercer modelo, referido al resto de las Comunidades Autónomas, en las que no se ha articulado ni una ni otra solución por lo que, en caso de no abordarse su creación en estos casos y tal y como se ha puesto de relieve en el apartado anterior, sería de aplicación a estas CCAA las previsiones establecidas para que la Autoridad estatal fuese la competente para servir de canal externo de denuncias. No obstante, es de esperar a la vista de la regulación establecida a nivel

[588] De estos dos modelos se han hecho eco algunos autores como MAURI MAJÓS, J. (2022): "El perfil institucional de las agencias y oficinas contra el fraude y la corrupción. En particular, el caso de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 251 y GARRIDO JUNCAL, A. (2019): "La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 12, octubre-marzo, p. 141.

estatal que puedan surgir ciertas reticencias respecto de que el ejercicio de las funciones investigadoras recaiga en un órgano que, sin perjuicio de su independencia, es de carácter estatal.

En cualquier caso, y dada la materia objeto de estudio en este capítulo, nos centraremos en el análisis de aquellas Comunidades autónomas que han creado una agencia específica para la gestión de la integridad pública y cuya regulación tiene como eje principal su evolución a fin de garantizar su independencia mediante su adscripción y vinculación, cada vez más acusada, de las instituciones parlamentarias.

4.1 La Oficina Antifraude de Cataluña.

La Oficina Antifraude de Cataluña (OAC), regulada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, fue la primera de este estilo creada en el ámbito autonómico. Es este carácter pionero el que, sin duda, ha sido una fuente de inspiración para las siguientes agencias que se han ido aprobando con posterioridad. Se trata de una Entidad de derecho público que cuenta con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que se adscribe al Parlamento de Cataluña. Precisamente, esta adscripción, tal y como indica el artículo 1 de la Ley 14/2008, es la prueba de su independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, también se establece en el artículo 24 que la OAC deberá disponer de los recursos humanos y los medios materiales necesarios y adecuados para el cumplimiento eficaz de las funciones que tiene asignadas, cuestión básica para poder hablar de una verdadera independencia.

Respecto a su organización interna, el director o directora de la OAC será elegido por el Parlamento a propuesta del Gobierno, tras realizar una comparecencia ante el mismo, por mayoría de tres quintas partes del Pleno, o en segunda votación, por mayoría absoluta de los miembros de la cámara. Esta circunstancia ha sido criticada por algunos autores, así BETANCOR señala que "el problema que se plantea, cuando el órgano es unipersonal, es la difícil conjugación con la independencia. Es más fácil comprometer a una persona que a varias"[589]. En opinión de este autor, cabría articular otra solución intermedia, como sería un órgano colegiado, el cual admite distintos grados, desde la posibilidad de que varios miembros compartan la titularidad del órgano, hasta otras en las que hay un único titular, pero el ejercicio de sus funciones estaría vinculado a la participación de otros órganos que han de informar la decisión pretendida por el titular.

Sin embargo, y a pesar de estas críticas, realmente se trata de un sistema que cumple con bastantes garantías, sobre todo por el carácter reforzado tanto de su elección como de las incompatibilidades, así como las causas de cese. Si bien, no le falta razón a BETANCOR en su razonamiento, pues hay algunas aristas que podrían quedar sueltas con el sistema actual, como es el relativo a que será el director el único competente para acordar de oficio el inicio de actuaciones, previa determinación de la verosimilitud de los hechos o conductas de los que tenga conocimiento. Como hasta aquí se ha expuesto, cuantas

[589] BETANCOR, A. (2017): "Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, causas, consecuencias, reacciones y autoridades", en el vol. col. dirigido por el propio autor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 114. Según este autor, hay otra solución intermedia, como sería un órgano colegiado, el cual admite distintos grados, desde la posibilidad de que varios miembros compartan la titularidad del órgano, hasta otras en las que hay un único titular, pero el ejercicio de sus funciones estaría vinculado a la participación de otros órganos que han de informar la decisión pretendida por el titular.

mayores garantías reúna el sistema mayor percepción de independencia se tendrá y ciertamente, la existencia de un órgano colegiado como ha propuesto el autor citado, a estos efectos, podría mejorar dicho aspecto.

Por otro lado, siguiendo con el esquema organizativo de la OAC, el director o directora, previa conformidad de la correspondiente comisión parlamentaria, puede designar a una persona de capacidad y competencia técnicas probadas para ocupar el cargo de director adjunto. El resto de personal será seleccionado de acuerdo con los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, y podrá ser funcionario, eventual o laboral, con la titulación, experiencia y preparación adecuadas a la función encomendada.

Por lo que se refiere a las finalidades de la OAC, la misma tiene como fin primordial prevenir e investigar posibles casos concretos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. Asimismo, la OAC tiene otras finalidades anexas como son las de asesorar y hacer recomendaciones para adoptar medidas contra la corrupción, las prácticas fraudulentas y las conductas que atenten contra la integridad y la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, cooperando con las autoridades competentes y colaborando en la formación en este ámbito del personal al servicio del sector público.

En concreto, en su artículo 3 establece que sus funciones generales serán las siguientes:

a) Estudiar, promover e impulsar la aplicación de buenas prácticas en relación a la transparencia en la gestión pública y a la prevención y lucha contra el fraude en la Administración pública que coadyuven en la mejora de la calidad en la prestación del servicio público.

b) Colaborar, a solicitud del órgano o institución competentes, en la formación del personal en materia de lucha contra la corrupción y cualquier actividad ilegal o contraria a los intereses generales o a la debida gestión de los fondos públicos.

c) Asesorar y formular propuestas y recomendaciones al Parlamento, al Gobierno de la Generalidad y a los órganos de la Administración, en el ámbito de la prevención y lucha contra la corrupción y cualquier actividad relacionada, así como proponer las medidas necesarias para lograr más transparencia en la gestión del sector público.

d) Cumplir las demás que le sean atribuidas por ley.

Sin embargo, en su artículo 4 señala cuáles serán las específicas en relación al sector público catalán, y que tienen que ver, sobre todo, con la función de investigación de las posibles irregularidades sobre el uso y destino de los fondos públicos, conductas opuestas a la probidad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho, así como la alerta de determinadas conductas que puedan dar lugar a conflictos de intereses o que consistan en el uso en beneficio privado de informaciones que tengan por razón de sus funciones y el abuso en el ejercicio de estas funciones.

Hay que poner de relieve que estas funciones también las ejercerá en relación a las Universidades públicas catalanas, siempre que dichas actuaciones no afecten a la libertad académica de las mismas.

En cuanto a las competencias y funciones en el sector local, la norma de regulación de la OAC es sumamente cuidadosa en el respeto al principio de autonomía local, y se limita a señalar que este órgano examinará e instará, en su caso, a la correspondiente Administración local para que, en el ejercicio de sus funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, investigue e inspeccione, mediante sus propios órganos dichas conductas, así como que informe a la OAC de los resultados de dichas investigaciones. También podrá llevar a cabo el asesoramiento en materia de prevención.

Por lo que se refiere a una de sus funciones más relevantes, esto es, la de investigación, la OAC realiza una serie de actividades para luchar contra la corrupción y otras prácticas como los conflictos de interés, consistentes en el establecimiento de un procedimiento de investigación, que se iniciará de oficio, a iniciativa propia o por denuncia (en este último caso, se guardará la confidencialidad del denunciante si así lo requiere expresamente el mismo, salvo en el caso de recibir un requerimiento judicial)[590], que culminará con un Informe razonado emitido por el director, el cual será enviado a la autoridad competente quien, en su caso, iniciará el procedimiento sancionador. Posteriormente, y en un plazo de treinta días la autoridad competente deberá informar al director de la OAC sobre las medidas adoptadas o bien, si procede, los motivos que le impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones y los recordatorios formulados[591]. Asimismo, si en el curso de las investigaciones emprendidas por la OAC se observan indicios de que se han cometido infracciones disciplinarias o han tenido lugar conductas o hechos presumiblemente

[590] Para la realización de estas investigaciones, el artículo 17 de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña, detalla que podrán:
"a) Personarse, acreditando la condición de autoridad o agente de la Oficina Antifraude, en cualquier oficina o dependencia de la Administración o centro afecto a un servicio público para solicitar información, efectuar comprobaciones in situ y examinar los documentos, expedientes, libros, registros, contabilidad y bases de datos, cualquiera que sea el soporte en que estén grabados, así como los equipos físicos y lógicos utilizados.
b) Efectuar las entrevistas personales que se estimen convenientes, tanto en la correspondiente dependencia administrativa como en la sede de la Oficina Antifraude. Los entrevistados tienen derecho a ser asistidos por la persona que ellos mismos designen.
c) Acceder, si así lo permite la legislación vigente, a la información de cuentas corrientes en entidades bancarias en que se hayan podido efectuar pagos o disposiciones de fondos relacionados con procedimientos de adjudicación de contratos públicos u otorgamiento de subvenciones públicas, mediante el requerimiento oportuno.
d) Acordar, al efecto de garantizar la indemnidad de los datos que puedan recogerse, la realización de fotocopias adveradas de los documentos obtenidos, cualquiera que sea el soporte en que estén almacenados".
Esta libertad para realizar las actuaciones descritas, sin duda, debemos valorarla positivamente. No es necesario que otra autoridad de el visto bueno para realizarlas, por lo que podemos decir que este hecho dotaría de un extra de independencia a la OAC.

[591] Esta cuestión también ha sido criticada por BETANCOR, A., pues señala que, si la OAC fuera efectivamente una autoridad dependiente del Parlamento, ¿por qué razón iba a informar y actuar directamente ante la Administración, en vez de hacerlo a través del Parlamento? En este sentido, el mencionado autor destaca que esto rompería la lógica de la separación de poderes, y se convertiría en una suerte de "Defensor del Pueblo", el cual tiene un cometido diferente, como es el de protección. BETANCOR, A. (2017): "Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, causas, consecuencias, reacciones y autoridades", en el vol. col. dirigido por el propio autor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 113.

delictivos, se comunicará al órgano competente y también al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.

En cuanto a la función de prevención de la corrupción y conflictos de interés también encomendada a la OAC, distinguimos dos vertientes, por un lado, la labor llevada a cabo en relación a la formación en valores de integridad de electos, altos cargos, directivos públicos, mandos o empleados públicos y, por otro, de las instituciones sometidas a su fiscalización mediante la creación de programas al efecto. En este sentido, es necesario poner de relieve que si la función encomendada a la OAC en cuanto a investigación resulta muy relevante ya que la mera existencia de la posibilidad de ese control es indudable que redundará en una mayor cuidado de los responsables públicos en materia de integridad, no lo es menos que el trabajo de difusión de la ética pública, de formación en esta materia a cargos y empleados públicos, de creación de planes específicos de contingencia y evaluación de riesgos, así como la formación y profesionalización de la función pública, son el camino para poder hablar poco a poco del necesario cambio cultural en esta materia en el conjunto de la sociedad.

Finalmente, y atendiendo al modelo de comisionado parlamentario en que se basa la OAC, el director o directora redactará un Memoria Anual, que será pública, para rendir cuentas de la gestión de la Oficina ante el Parlamento de Cataluña. La Memoria deberá ser presentada cada año dentro del primer trimestre del año siguiente y contendrá información detallada con relación a las actividades de la Oficina (sin incluir datos personales), con indicación del número y el tipo de actuaciones emprendidas, los expedientes iniciados, los resultados de las investigaciones practicadas y la especificación de las recomendaciones y requerimientos cursados a las administraciones públicas, así como sus respuestas. También se incluirán los expedientes tramitados por la Oficina Antifraude que hayan sido enviados a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, la liquidación del presupuesto del ejercicio anterior y la situación de la plantilla, con la relación de puestos de trabajo.

4.2 La Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

Un segundo ejemplo, sin duda relevante, es el caso de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (en adelante, AVAF). La misma se creó mediante Ley 11/2016, de 20 de noviembre, modificada por la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat. Se encuentra adscrita a Les Corts y se configura como una entidad, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

Puede decirse que, aun habiendo seguido el mismo esquema en muchas cuestiones que la Oficina Antifraude de Cataluña, introduce algunas novedades fruto de la ya existente experiencia catalana. Algunas de ellas considero que son positivas y otras, es preciso señalarlo, en mi opinión lo son menos.

Por lo que se refiere a sus funciones, no existen novedades reseñables respecto a la OAC en lo relativo a la prevención e investigación de la corrupción o actividades contrarias a la ética pública.

En concreto, el artículo 3 de su ley reguladora se refiere a la prevención e investigación de posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos y de conductas opuestas a la integridad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho; de las conductas del personal al servicio de las entidades públicas que comporten el uso o abuso en beneficio privado de informaciones que tengan por razón de sus funciones o que tengan o puedan tener como resultado el uso o el destino irregular de fondos públicos o de cualquier otro aprovechamiento contrario al ordenamiento jurídico; la investigación de los actos u omisiones que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa, disciplinaria o penal y, en su caso, instar la incoación de los procedimientos que correspondan para depurar responsabilidades. En este caso, una vez tramitado el procedimiento de investigación por la AVAF, el director de la misma podrá: dictar un Informe sobre las conclusiones del caso y las recomendaciones; finalizar el procedimiento con archivo de las actuaciones, iniciar un procedimiento sancionador o comunicar los indicios de infracción disciplinaria o ilícito penal a los órganos competentes, ya sea un órgano administrativo, el Ministerio Fiscal o autoridad judicial, o, en fin, el Tribunal de Cuentas.

Otras de las funciones de la AVAF es la evaluación, en colaboración con los órganos de control existentes, de la eficacia de los instrumentos jurídicos y las medidas existentes en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción, la realización de estudios y análisis de riesgos previos en actividades relacionadas con la contratación administrativa, la prestación de servicios públicos, las ayudas o las subvenciones públicas y los procedimientos de toma de decisiones, en colaboración con los servicios de auditoría o intervención;

Al igual que la OAC, la AVAF tendrá como finalidad también realizar funciones de asesoramiento y formulación propuestas y recomendaciones a las entidades e instituciones incluidas en su ámbito de actuación en materia de integridad, ética pública y prevención y lucha contra la corrupción; o la asistencia, cuando así se le solicite, a las comisiones parlamentarias de investigación mediante la emisión de dictámenes no vinculantes sobre asuntos con respecto a los cuales haya indicios de uso o destino irregulares de fondos públicos o de uso ilegítimo de la condición pública de un cargo.

La norma reguladora de la AVAF hace un especial hincapié en el deber de colaboración. Y así se refiere expresamente a la colaboración con los órganos y los organismos de control interno y externo de la actuación administrativa en el establecimiento de criterios previos, claros y estables de control de la acción pública, con los órganos competentes en la formación del personal en materia de integridad y ética pública, y con los órganos competentes en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades para prevenir y corregir actuaciones que pudieran infringir el régimen aplicable en cada caso[592].

[592] En este sentido cabe hacer mención al Convenio marco entre la Oficina Antifraude de Cataluña y la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común, firmado el 21 de marzo de 2018; al Convenio marco entre la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y la Oficina de Prevención y Lucha contra la corrupción en las Islas Baleares para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común, firmado el 29 de junio de 2018; Convenio marco entre el Ayuntamiento de Barcelona y la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorarla eficacia en la consecución de objetivos de interés común, firmado el 21 de septiembre de 2018; y al Convenio marco entre la Agencia de Prevención y Lucha contra

Otra cuestión muy importante que no debe pasarse por alto, es la decidida apuesta de la normativa valenciana en proteger a los denunciantes de corrupción. De esta forma, la persona denunciante puede facilitar voluntariamente su identidad y datos de contacto al presentar su denuncia ante la Agencia, o presentar su denuncia de manera anónima. En ambos casos la Agencia procederá al análisis del contenido de la denuncia y a la comprobación de su verosimilitud. En todo caso, la Agencia garantiza la total reserva y confidencialidad de los datos de la persona denunciante que lo solicite, que solo podrán ser comunicados a requerimiento de las autoridades judiciales. Asimismo, se prevé la existencia de un Buzón de Denuncias que permite a la ciudadanía presentar denuncias a través de Internet, de forma confidencial.

Participación ciudadana y protección de las personas denunciantes son dos aspectos muy positivos que la propia AVAF ha ido reforzando a través de distintas iniciativas. Así, el Consejo de Participación de la Agencia Valenciana Antifraude aprobó un decálogo de principios para proteger a las personas denunciantes de corrupción en octubre de 2020[593].

Respecto a la rendición de cuentas de la AVAF, también existirá una Memoria Anual, que se presentará anualmente, dentro de los tres primeros meses, con el contenido que ya vimos en el caso catalán. Y se prevé, además, que, cuando concurran circunstancias especiales, la agencia, de oficio o a petición de Les Corts o del Consell de la Generalitat, podrá elaborar y presentar ante la comisión parlamentaria correspondiente de las Corts Valencianes o, en su caso, ante su Diputación Permanente, informes especiales o extraordinarios.

Finalmente, y en cuanto a la organización interna de la AVAF, debe resaltarse una diferencia respecto a la OAC, que tiene que ver con el nombramiento del director o directora de la misma. El artículo 26 de la norma reguladora señala que las personas candidatas a ocupar el cargo serán propuestas a Les Corts por organizaciones sociales que trabajen en la actualidad contra el fraude y la corrupción en la Comunitat Valenciana y por los grupos parlamentarios. Las personas candidatas deberán comparecer ante la comisión parlamentaria correspondiente en el marco de una convocatoria pública al efecto para ser evaluadas con relación a las condiciones requeridas para el cargo[594]. El acuerdo alcanzado en esta comisión será trasladado al Pleno de las Corts Valencianas y deberá ser aprobado por una mayoría de tres quintas partes. Si no obtiene la mayoría requerida, se harán nuevas propuestas por el mismo procedimiento en el plazo máximo de un mes.

---

el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y la asociación Tactical Whistleblowers para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia del cumplimiento de los objetivos de interés común, firmado el 9 de julio de 2019.

[593] Estos principios inciden en algunos de los aspectos que más afectan a la protección de las personas denunciantes como son la necesidad de asesoramiento, la instalación de buzones de denuncias seguros y accesibles, garantizar la confidencialidad o la prohibición de represalias. Otros de los principios recogidos hacen referencia a la figura de la persona arrepentida, la admisión del anonimato en las denuncias o alertas, o el establecimiento de sanciones para los que adopten represalias.

[594] Que deberá recaer en personas mayores de edad que gocen del pleno uso de sus derechos civiles y políticos y con vecindad administrativa en la Comunitat Valenciana, que cumplan las condiciones de idoneidad, probidad y profesionalidad necesarias para ejercer el cargo; asimismo, deberán estar en posesión de título universitario superior que resulte idóneo para las funciones atribuidas y deberá contar con más de diez años de actividad laboral o profesional relacionada con el ámbito funcional de la agencia.

Desde mi punto de vista, y creo que se puede pacíficamente compartir, este nombramiento cuenta con mucha más legitimidad que el descrito en el caso catalán. Supone, sin duda, un paso más allá en la búsqueda de la independencia de la Agencia.

4.3 La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares.

Un tercer caso a destacar es el de la Comunidad Autónoma de Baleares. Debe señalarse que, de nuevo, vamos a encontrar un régimen muy parecido a las Agencias catalana y valenciana en cuanto a las funciones de prevención e inspección (inspirando en el modelo europeo de la OLAF), siendo que también dispone de un sistema de evaluación de riesgos y un régimen sancionador. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares, regulada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, se configura normativamente como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus finalidades, adscrita al Parlamento para legitimar y dotar de mayores garantías a su necesaria independencia y autonomía, con el fin de cumplir con ecuanimidad y eficacia las funciones encomendadas.

Su norma de creación (Ley 16/2016) divide sus funciones en tres ámbitos: en relación a la ética pública, en relación con la integridad y en relación con la prevención, la investigación y la lucha contra la corrupción. Es en relación con la integridad donde encontramos las mayores novedades respecto a los dos sistemas anteriores. Así, será la propia la Oficina la encargada de gestionar el Registro de declaraciones patrimoniales y de actividades de los cargos públicos de las Islas Baleares.

Respecto al nombramiento del director o directora de la Oficina, en este caso, los grupos parlamentarios pueden proponer a la Mesa del Parlamento las candidaturas a director o directora de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción y, una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos y de las condiciones[595], la Presidencia del Parlamento someterá al Pleno del Parlamento la elección del candidato o candidatos que deberá ser aprobado mediante votación por mayoría de tres quintas partes de sus miembros. Y, al igual que en el caso catalán, si no obtiene la mayoría requerida, se someterá a una segunda votación, en una siguiente sesión plenaria a celebrar en un plazo no inferior a quince días, en la que requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la cámara para ser elegido o elegida. Igualmente, existen unas normas muy estrictas en cuanto al régimen de incompatibilidades y cese.

En cuanto al procedimiento de investigación, cabe destacar que aquí se prevé una formula añadida a las ya vistas en casos anteriores, y es que, cuando el director o directora de la Oficina inicie de oficio las actuaciones, podrá ser por su propia iniciativa o a iniciativa del Parlamento de las Illes Balears, mediante el acuerdo de la correspondiente comisión parlamentaria, tomado a instancia bien de dos grupos parlamentarios, bien de una quinta parte de los diputados y las diputadas de la cámara, bien a instancia de una comisión no permanente de investigación del propio Parlamento. Lo que, sin duda, aporta nuevas

[595] Que deberán ser personas de reconocida competencia que cumplan las condiciones de idoneidad, honorabilidad, independencia y profesionalidad necesarias para ejercer el cargo y que estén en posesión de una titulación universitaria idónea para las funciones atribuidas, o que pertenezcan a un cuerpo funcionarial adscrito al subgrupo de titulación A1 y cuenten con más de diez años de experiencia profesional acreditada; asimismo, los elegidos o las elegidas deberán tener vecindad administrativa en las Illes Balears

garantías al ejercicio de sus funciones como ya tuvimos oportunidad de observar en el caso de Cataluña.

Por lo demás, cuenta con las mismas facultades que las otras autoridades autonómicas para la realización de sus investigaciones, sin necesitar ningún tipo de permiso o autorización. Y, asimismo, deberá rendir cuentas anualmente al Parlamento mediante una Memoria de sus actuaciones

3.4 La Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, se crea dicha oficina como entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, que actuará con objetividad, profesionalidad, sometimiento al ordenamiento jurídico y plena independencia orgánica y funcional de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias.

Su ámbito de actuación abarca al conjunto de instituciones que conforman la Comunidad Foral, incluyendo Universidades o partidos políticos y asimilados. Asimismo, la Oficina puede actuar sobre empresas y entidades privadas y personas físicas en función de su relación con las Administraciones, esto es, en el caso de que dicha participación sea inferior al 50%, el ámbito de actuación de la Oficina se extenderá al control de las actividades de gestión de servicios públicos, de ejecución de obras pública, de asistencia o suministro, a cuenta del sector público de Navarra.

En cuanto a las funciones de la oficina, estas se dividen en cinco, de acuerdo con el artículo 5 de la norma reguladora:

a) La función de prevención: que incluye tareas como la elaboración de un Código Ético y de Conducta para los miembros del Gobierno de Navarra, altos cargos, personal eventual y directivos; la gestión del Registro de actividades e intereses; o la realización de acciones formativas y de sensibilización en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción.

b) La función de investigación: entre la que se encuentra la capacidad de investigar sobre conductas irregulares que puedan suscitar conflictos de interés en autoridades, altos cargos y personal al servicio de las Administraciones Públicas o fundaciones y empresas públicas.

c) La función de evaluación: que se traduce en la realización de las tareas de control, seguimiento y evaluación de la eficacia de las medidas de prevención de la corrupción y fomento de las buenas prácticas.

d) La función de protección. Esta Oficina también ha sido bastante novedosa en la regulación de este aspecto, toda vez que la Directiva de Protección al Denunciante es de 2019, y esta Oficina se creó en 2018, y es que velará para que las personas que denuncien posibles casos de corrupción no sufran un empeoramiento de las condiciones de su entorno laboral o tengan que soportar cualquier forma de perjuicio o discriminación, sin que ello suponga interferencia en investigaciones o procedimientos de índole penal.

Asimismo, la persona denunciante o informante de hechos o conductas cuya comprobación corresponda a la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción puede, si lo solicita, obtener el compromiso escrito de que su identidad no será revelada a terceras personas. Sí cabe destacar que la futura norma estatal prevé más garantías en este ámbito, siguiendo la estela dictada por dicha Directiva.

e) La función de regulación y supervisión de la contratación pública.

Debe ponerse de relieve que la propia norma de creación de esta Oficina advierte en su artículo 10 que, en cualquier caso, las funciones de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción, se ejercerán sin perjuicio de las que correspondan a la Cámara de Comptos de Navarra, al Defensor del Pueblo de Navarra u otras instituciones de control y fiscalización. Y, de igual manera, ejercerá sus funciones sin perjuicio de las correspondientes a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. Sin duda, es una tónica general en la mayor parte de leyes reguladores de estas Oficinas y Agencias como consecuencia de la cantidad de órganos e instituciones con competencias en estas materias y que hemos advertido al principio de este capítulo. La denominada "hiperinstitucionalización" tan criticada por algunos autores se trata de evitar con esas declaraciones que, si bien son oportunas, no creo que resuelvan el problema.

Junto a estas funciones tiene potestad sancionadora, en relación a aquellos hechos que obstaculicen el ejercicio de sus funciones contando con un completo cuadro de infracciones y sanciones. En este sentido, serán responsables de las infracciones, aun a título de simple inobservancia, las autoridades, directivos y el personal al servicio de las entidades previstas en el artículo 4 que realicen acciones o que incurran en las acciones u omisiones tipificadas en la ley foral. Y distingue tres tipos de infracciones: muy graves, graves y leves[596]. Respecto a las sanciones, el artículo 50 prevé en cada caso tanto una sanción económica, como otra "moral" (amonestación o publicación en el BOE), según el grado de gravedad de la infracción[597].

---

[596] El artículo 49 establece las clases de infracciones:
"1. Infracciones muy graves:
a) El incumplimiento de las obligaciones de colaboración activa previstas o de suministro de información cuando se haya desatendido el requerimiento expreso de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción tras un primer retraso y sin ninguna justificación al respecto.
b) La falta de colaboración en la protección del denunciante.
c) La filtración de información en el curso de la investigación.
d) Denunciar actividades objeto de investigación por parte de la Oficina que sean manifiestamente falsas.
2. Infracciones graves:
a) Retraso injustificado en el envío de la información.
b) Dificultar el acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación.
c) No asistir injustificadamente a la comparecencia que reciba de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.
d) No comunicar con mala fe los hechos que sean susceptibles de ser considerados constitutivos de corrupción o conductas fraudulentas o ilegales contrarias al interés general.
e) El incumplimiento de la obligación de comunicar motivadamente a la Oficina el acuerdo de desatender el requerimiento de inicio de expediente disciplinario o en su caso sancionador.
3. Infracciones leves:
a) Remisión reiterada de la documentación de forma incompleta o errónea sin causa justificada.
b) La falta de diligencia en la custodia de los documentos objeto de investigación."

[597] En concreto, el artículo 50 establece las siguientes sanciones:
"1. Infracciones leves:
a) Amonestación.
b) Multa coercitiva de hasta 2.000 euros.

La competencia para sancionar está atribuida a la dirección de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, sin perjuicio de que imposición de sanciones disciplinarias corresponda a otro órgano, en cuyo caso la Oficina requerirá al citado órgano para que tome las acciones necesarias a fin de iniciar el correspondiente procedimiento disciplinario.

En cuanto al procedimiento de investigación en sí mismo cabe señalar que el mismo no se diferencia en lo esencial de los regulados en las demás comunidades autónomas, si bien en este supuesto las denuncias o comunicaciones solo podrán realizarse por escrito, además de que el anonimato debe ser expresamente solicitado para que no se comunique a terceras personas.

Finalmente, en cuanto al personal integrante de la Oficina, nos encontramos con las siguientes figuras:

- Una dirección, que estará conformada por un director o directora elegido por el Parlamento de Navarra entre ciudadanos mayores de edad que disfruten del pleno uso de sus derechos civiles y políticos y cumplan las condiciones de idoneidad, arraigo, probidad y profesionalidad necesarias para ejercer el cargo. Deberán estar en posesión de título universitario de grado superior y contar con más de diez años de actividad laboral o profesional relacionada con el puesto a desempeñar, y no podrá no podrá estar afiliado a ningún partido político, sindicato o asociación profesional o empresarial. Como puede observarse a simple vista, los requisitos son muchos más que los exigidos, en general, para la ocupación de alto cargo de estas características en otras comunidades autónomas e incluso a nivel estatal con la futura Oficina Independiente.

Las personas candidatas a ocupar el cargo serán propuestas al Parlamento de Navarra por los grupos parlamentarios o por las organizaciones sociales que desarrollen actividad en la Comunidad Foral de Navarra y será elegido por el Pleno del Parlamento de Navarra por mayoría absoluta. El titular de la Oficina tendrá competencias exclusivas en todo lo concerniente al gobierno, régimen interior y personal al servicio de la Oficina, así como las relativas al establecimiento de las sanciones por infracción de los preceptos de esta ley foral a que antes hemos hecho referencia. Cabe destacar que la persona que ostente la dirección tendrá, asimismo, la facultad de nombrar a un director adjunto que tendrá como función colaborar con la dirección de la Oficina en la tarea que esta le encomiende, sustituirla en caso de ausencia o incapacidad temporal y asumir las funciones que de acuerdo con la ley le delegue.

- Personal al servicio de la Oficina: cuyos puestos de trabajo serán desempeñados por funcionarios de las Administraciones Públicas y/o por personal seleccionado al efecto, según la naturaleza de las funciones asignadas a cada puesto de trabajo. Este personal será seleccionado de acuerdo con los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad adecuados a la función encomendada y estará obligado a guardar secreto de los datos de

2. Infracciones graves:
a) Declaración del incumplimiento y publicación del mismo en el Boletín Oficial de Navarra.
b) Multa desde 2.001 euros a 20.000 euros.
3. Infracciones muy graves:
a) Declaración del incumplimiento y publicación del mismo en el Boletín Oficial de Navarra.
b) Multa desde 20.001 euros a 60.000 euros."

carácter personal que conozca en el desarrollo de su función, deber que, como es lógico, se extenderá incluso tras su cese en el ejercicio del cargo. Este personal estará formado por:

a) Inspectores: que serán seleccionados por concurso-oposición entre personas que estén en posesión de una titulación superior. Tendrá la consideración de autoridad al efecto de la presunción de veracidad sobre los hechos que constate en su función de investigación de los posibles hechos sobre irregularidades a que se refiere esta norma.

b) Formador/Asesor: existirá, como mínimo, un licenciado que será responsable del área de formación y evaluación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción y que será seleccionado por concurso-oposición de entre personas que estén en posesión de una titulación superior. Asimismo, y en la medida en que le corresponda, también tendrá atribuida la labor de prevención.

c) Resto de personal de la Oficina: La Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de Navarra dispondrá del personal técnico, administrativo, auxiliar y subalterno que fuese necesario para el desarrollo de sus funciones. El mismo será seleccionado por oposición o concurso-oposición.

4.5 La Agencia de Integridad y Ética pública de Aragón

Creada mediante la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, dependerá directamente de las Cortes de Aragón y asumirá las competencias establecidas en dicha ley para la garantía, coordinación e impulso de la integridad y la ética públicas. La agencia tendrá autonomía organizativa plena.

Sus funciones son las propias de las Oficinas antifraude, esto es, la promoción e impulso de medidas que favorezcan la integridad y la ética públicas; asesorar, informar y plantear propuestas a las Cortes y al Gobierno de Aragón, así como a otros colectivos, en materias de su competencia; la evaluación de políticas públicas y disposiciones legales; o la investigación de posibles casos de uso o destino irregulares de fondos públicos, así como conductas opuestas a la probidad que comporten conflicto de intereses o el uso en beneficio propio de informaciones derivadas de sus funciones públicas[598]. Si bien, el

[598] El artículo 9 de la Ley aragonesa 5/2017, de 1 de junio, señala que:
"La Agencia tendrá las siguientes funciones:
a) Promover los valores, las condiciones y las buenas prácticas que integran una democracia efectiva.
b) Estudiar, promover e impulsar cuantas medidas favorezcan la integridad y la ética públicas, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los caudales públicos.
c) Promover el establecimiento de criterios previos, claros y estables de control en todo momento de la acción pública en coordinación con los órganos y organismos de control interno y externo de la actuación administrativa.
d) Impulsar la implantación de procedimientos de toma de decisión transparentes y abiertos al escrutinio público.
e) Colaborar con los órganos competentes en la formación del personal en materia de integridad y ética públicas.
f) Asesorar, informar y plantear propuestas a las Cortes y al Gobierno de Aragón en las materias de su competencia.
g) Colaborar en las comisiones de investigación de las Cortes de Aragón, que así se lo demanden de forma expresa, en la elaboración de dictámenes o realizando informes especiales sobre asuntos que estén dentro del ámbito de su competencia.

artículo 28 especifica que la Agencia, como ya hemos visto en casos anteriores, no podrá suplantar en su actuación a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal ni a las autoridades bajo su mando. Asimismo, y para evitar el choque de competencias, la Agencia no podrá investigar hechos que estén sujetos a investigación de dichas autoridades y deberá cesar en su actuación tan pronto sea requerida por las mismas o tenga conocimiento por cualquier medio de la iniciación por ellas de procedimiento para determinar la relevancia penal de los hechos de que se trate. En tal caso, la Agencia aportará de oficio toda la información de la que disponga y, si fuese requerida para ello, prestará la asistencia y colaboración precisa.

Es importante también la referencia que hace la Ley 5/2017 a la protección del denunciante, entendiéndose por este, a diferencia de la futura Ley estatal, solo a los empleados del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios que pongan en conocimiento de la Agencia de Integridad y Ética Públicas hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades. Asimismo, se establece que las denuncias no podrán ser anónimas, si bien tendrán garantizada la confidencialidad de su identidad. Señala el artículo 47 que no podrán adoptarse, durante la investigación ni tras ella, medida alguna que perjudique al denunciante en su carrera profesional o la cesación de la relación laboral o de empleo. La protección podrá mantenerse, mediante resolución de la Agencia, incluso más allá de la culminación de los procesos de investigación que esta desarrolle, aunque a instancia del denunciante, la Agencia podrá instar del órgano competente el traslado del denunciante a otro puesto siempre que no implique perjuicio a su estatuto personal y carrera profesional.

Respecto a la organización de la Agencia, el artículo 11 de la Ley 5/2017 establece que:

Son órganos directivos de la Agencia el director, los subdirectores de evaluación, de investigación y de régimen interior, y la comisión ejecutiva, que estará integrada por el director y los titulares de las subdirecciones.

En esta Agencia encontramos una particularidad en su organización respecto a las demás, y es que, como ha advertido MAURI MAJÓS, "no se basa en el sistema de un órgano único acompañado de un órgano unipersonal auxiliar, sino que se estructura en un órgano complejo integrado por el director y los subdirectores de evaluación e investigación y de régimen interior, que integran una comisión ejecutiva conformada por tres miembros que han de actuar colegiadamente"[599].

h) Asesorar, elaborar informes y formular propuestas y recomendaciones a las instituciones y colectivos que considere oportunos.
i) Asesorar, elaborar informes y formular propuestas y recomendaciones que sean necesarias en relación con la evaluación de políticas públicas como instrumento para garantizar su adecuado diseño y ejecución.
j) Implantar y gestionar el registro de lobbies de Aragón.
k) Actuar contra el fraude, la corrupción, el clientelismo y cualquier otra actuación que, en perjuicio de los intereses generales, infrinja los códigos de conducta y de buen gobierno.
l) Investigar o inspeccionar posibles casos de uso o destino irregulares de fondos públicos, así como conductas opuestas a la probidad que comporten conflicto de intereses o el uso en beneficio propio de informaciones derivadas de sus funciones públicas.
m) Cuantas otras atribuciones le sean asignadas por ley."

[599] MAURI MAJÓS, J. (2022): "El perfil institucional de las agencias y oficinas contra el fraude y la corrupción. En particular, el caso de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 258.

Respecto a la elección del director de la Agencia, el artículo 13 determina que será elegido por el Pleno de las Cortes por mayoría de tres quintos, y sus subdirectores también por este órgano por mayoría absoluta, a propuesta del director. En ambos casos, se requiere que comparezcan previamente ante la Comisión correspondiente de las Cortes de Aragón con el fin de que esta pueda informarse de su idoneidad para el cargo. Para apreciar esta idoneidad, la Comisión atenderá a cuestiones relativas a formación, experiencia, trayectoria y ética profesional. El mandato del director será de cinco años, con posibilidad de renovación por un año, y el de los subdirectores, por el mismo tiempo que el director que los nombró.

En cuanto al resto del personal de la Agencia, este podrá ser personal funcionario y laboral de cualquier Administración pública, debiendo especificarse en la relación de puestos de trabajo aprobada por la Comisión Ejecutiva aquellos puestos que deban ser desempeñados en exclusiva por funcionarios públicos, por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades materialmente públicas.

Asimismo, el director de la Agencia tendrá la potestad de nombrar, con destino en su gabinete, un máximo de dos personas para su asistencia directa, que tendrán la consideración de cargos de confianza y de asesoramiento especial de carácter eventual.

Otra circunstancia a destacar es que, además de la Memoria anual existente en todas las Oficinas o Agencias autonómicas, la Agencia aragonesa elaborará como mínimo cada dos años también un plan de actuación que incluirá las áreas prioritarias de acción y que deberá someterse a la aprobación del Pleno de las Cortes de Aragón.

Finalmente, es necesario poner de relieve que, a diferencia de otras Oficinas o Agencias Autonómicas, la de Aragón no cuenta con competencias en materia sancionadora con el resultado, a mi juicio nada satisfactorio, de que, a estos efectos, dependerá de los órganos de la Administración activa previstos en el artículo 65 de la Ley, salvo en lo referido a la suspensión o cancelación de la inscripción de los lobbies en el Registro de intereses.

4.6 La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción

Esta Oficina ha sido creada recientemente por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, y se constituye como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscribiéndose, en la línea seguida en otros casos, al Parlamento de Andalucía.

Debido a que es la última que se ha creado, lo cierto es que la normativa dictada ha sido capaz de recoger con éxito la experiencia de las otras Oficinas y Agencias mejorando en algunos aspectos a las legislaciones más avanzadas en esta materia. De esta forma, puede decirse que tanto su organización como funcionamiento y potestades, así como la protección a la persona denunciante, son muy parecidas a las establecidas en la AVAF, aunque incorpora potestades sancionadoras no sólo en cuanto al ejercicio de sus competencias sino, más allá de éstas, en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses.

Las potestades de investigación e inspección, función clave junto a las funciones preventivas son con carácter general similares a las que hemos referido en los casos de otras Oficinas autonómicas. Son funciones de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, según el artículo 9 de la Ley 2/2021, de 18 de junio:

-Fomentar y velar por el cumplimiento de la integridad, objetividad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad y demás deberes regulados en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, respecto de los empleados públicos que presten servicios en el sector público andaluz y demás instituciones, órganos y entidades públicas, con la finalidad de garantizar el destino y el uso de los fondos públicos, y en general, la correcta gestión en la prestación de los servicios públicos.

-Realizar las actuaciones de investigación e inspección respecto de los actos u omisiones que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros.

-Informar preceptivamente al Parlamento de Andalucía sobre los proyectos normativos que desarrollen esta ley u otros proyectos normativos que estén directamente relacionados con la finalidad y funciones de la Oficina.
-Estudiar, promover e impulsar la aplicación de buenas prácticas en la gestión pública mediante la redacción de un código ético o de buenas prácticas, con la finalidad de prevenir el fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros.

-Colaborar en la formación de las personas en materia de prevención y actuación respecto del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, así como en lo relativo a la debida gestión de los fondos públicos.

-Formular propuestas y recomendaciones dirigidas al sector público andaluz y demás instituciones, órganos y entidades públicas en materia de prevención del fraude, la corrupción, conflictos de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros.
Los destinatarios de estas propuestas y recomendaciones deberán informar a la Oficina, en un plazo de treinta días desde la recepción de las mismas, sobre las acciones adoptadas o, en su caso, sobre los motivos que les hubieran impedido actuar de acuerdo con las propuestas y recomendaciones formuladas.

-Formular propuestas y recomendaciones dirigidas a los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, respecto del cumplimiento de los principios de buen gobierno previstos en la LTBG
Las personas destinatarias de estas propuestas y recomendaciones deberán informar a la Oficina, en un plazo de treinta días desde la recepción de las mismas, sobre las acciones adoptadas o, en su caso, sobre los motivos que les hubieran impedido actuar de acuerdo con las propuestas y recomendaciones formuladas.

- Colaborar con los órganos competentes en materia de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, para prevenir y corregir actuaciones que pudieran infringir el régimen aplicable en cada caso. Así como con los órganos y los organismos de control interno y externo de la gestión de los fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

-Establecer relaciones de colaboración y de elaboración de propuestas de actuación con organismos que tengan funciones semejantes en el Estado, en las restantes comunidades autónomas o en la Unión Europea. Y una comunicación bidireccional, con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, que favorezca, sin intromisión en las actuaciones judiciales, la transferencia de información sobre actuaciones de inspección o de investigación y, en su caso, sobre resultados, cuando así se requiera al objeto de complementar la labor investigadora.

-Tramitar las denuncias que le sean presentadas respecto de los actos o las omisiones que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros. Y tutelar los derechos de los denunciantes

-Iniciar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores tramitados como consecuencia de las infracciones tipificadas en la presente ley. Así como iniciar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores tramitados como consecuencia de las infracciones tipificadas en la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía.

-Aquellas otras actuaciones cuyo contenido y finalidad puedan ser considerados acciones preventivas contra el fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros. Cualesquiera otras que legalmente puedan serle atribuidas

La dirección de la Oficina será elegida por el Pleno del Parlamento, mediante votación por mayoría de tres quintas partes entre personas de reconocida competencia que cumplan las condiciones de idoneidad, honorabilidad, independencia y profesionalidad necesarias para ejercer el cargo y que estén en posesión de una titulación universitaria idónea para las funciones atribuidas, debiendo poseer más de diez años de experiencia profesional acreditada relacionada con la prevención y lucha contra el fraude, la corrupción y el conflicto de intereses. En el caso de que no se obtuviera la mayoría requerida, se someterá a una segunda votación en un plazo no inferior a quince días, requiriéndose la mayoría absoluta de las personas que compongan el Parlamento de Andalucía.

Los candidatos para dirigir la Oficina serán propuestas por los grupos parlamentarios a la Mesa del Parlamento. Las personas candidatas deberán comparecer ante la comisión parlamentaria correspondiente, con el fin de que se examine si su experiencia, formación y capacidad son las adecuadas para el cargo. Una vez evaluadas, la Presidencia del Parlamento someterá al Pleno la elección de las candidaturas.

La dirección de la Oficina ejercerá el cargo con plena independencia, inamovilidad y objetividad en el desarrollo de las funciones y en el ámbito de las competencias propias y actuará siempre con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

En relación a sus funciones, serán las propias del cargo de Dirección de Oficina Antifraude que hemos descrito en las anteriores Agencias u Oficinas. Así, de acuerdo con el artículo 26, le corresponderá:

a) Ostentar la representación legal de la Oficina.

b) Dirigir y coordinar las actividades de todos sus órganos y unidades administrativas.

c) Desempeñar la jefatura superior de todo su personal.

d) Autorizar los gastos y ordenar los pagos en ejecución de su presupuesto.

e) Celebrar los contratos y convenios.

f) La iniciación y resolución del procedimiento de investigación e inspección de la Oficina

g) La iniciación y resolución del procedimiento sancionador

h) Aprobar la memoria anual de la Oficina, así como los informes especiales y recomendaciones

Respecto a la organización y estructura de la Oficina, a pesar de que aún no se ha aprobado el Reglamento de Régimen Interior y Funcionamiento de la Oficina, la Ley reguladora señala que existirán al menos estos dos órganos:

a) Una subdirección competente en materia de actuaciones de investigación, inspección y régimen sancionador.

b) Una subdirección competente en materia de medidas de protección de la persona denunciante, propuestas de prevención y recomendaciones de actuación, y gestión del canal de denuncia

El resto de personal será elegido, según el artículo 31 de la Ley 2/2021, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, entre personas funcionarias de carrera. Asimismo, corresponde a la persona titular de la Dirección de la Oficina elaborar la propuesta de relación de puestos de trabajo y remitirla a la Mesa del Parlamento de Andalucía para su aprobación

Las personas al servicio de la Oficina se regirán por la normativa reguladora en materia de personal al servicio del Parlamento de Andalucía, sin perjuicio del desarrollo que pueda establecerse específicamente en el reglamento de régimen interior y funcionamiento de la Oficina. En relación a dicha previsión normativa, siguiendo a MAURI MAJÓS, se puede observar dos cuestiones: la primera, que se puede determinar el régimen jurídico del personal funcionario de la oficina es el contenido en el EPPA (Estatuto de Personal del Parlamento de Andalucía) con las particularidades estructurales, orgánicas e instrumentales introducidas por el reglamento de régimen interior de la oficina; pero, a renglón seguido, que las reglas contenidas en el reglamento de régimen interior de la oficina no pueden contradecir la ordenación general prevista en el EPPA para la relación estatutaria propia de la función pública parlamentaria, aunque cuestión distinta es que las normas de régimen interior de la oficina definan y ordenen la estructura de su personal y adapten la gestión del personal al sistema de órganos y competencias específicas de la mencionada entidad pública[600].

[600] MAURI MAJÓS, J. (2022): "El perfil institucional de las agencias y oficinas contra el fraude y la corrupción. En particular, el caso de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las*

Por otro lado, la Ley 2/2021 también se ocupa de las personas "denunciantes", concepto con unas connotaciones negativas en opinión de la práctica totalidad de la doctrina y que debería haber sido sustituido en la norma por la noción de "informante" o "alertador". El artículo 35 define al denunciante como "las personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que formulen una denuncia ante la Oficina sobre hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros". Sin embargo, como ha puesto de manifiesto AMENÓS ÁLAMO, "la tipología de posibles denunciantes en los casos reales de corrupción es realmente variada y es lógico que su régimen sea modulado (abogados, funcionarios, grupos políticos, asociaciones, etc.)"[601].

Asimismo, la disposición adicional segunda de la Ley 2/2021, se refiere a las denominadas "denuncias anónimas", y establece que "la Oficina estará obligada a admitir a trámite, así como a iniciar el procedimiento de investigación e inspección de las denuncias anónimas, siempre y cuando las mismas cumplan los requisitos establecidos previo análisis de la verosimilitud de los hechos denunciados o comunicados" Asimismo, sigue señalando el artículo que , "la Oficina está obligada a implementar una vía que garantice el derecho a la denuncia anónima, a través de la creación de un buzón o canal de denuncias anónimas". Sin embargo, más que de una denuncia anónima podríamos hablar de un deber de confidencialidad y siempre que así lo solicite el denunciante pues, como ha señalado AMENÓS ÁLAMO, "se trata de una denuncia en la que se conoce perfectamente al remitente, pero su nombre queda oculto y bajo confidencialidad gracias a los específicos procedimientos y canales que la Ley dispone y que habrán de crearse en el futuro. De este modo, se pueden asegurar el secreto de la identidad hacia el exterior y, al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos que la LF ha atribuido al denunciante". Sin embargo, como resalta el autor referido, esta confidencialidad no es absoluta ya que además de que se exige esa solicitud expresa "se entiende que su titular renuncia a ella si exige a la Oficina las actuaciones contra represalias o perjuicios injustificados previstas en los arts. 37.3 y 38. Por último, la Oficina revelará la identidad en cuestión en el supuesto de recibir el requerimiento de un órgano judicial "o de otra naturaleza" (art. 20.c) 3º) o cuando, previa petición fundada del denunciado, se considera motivadamente que su conocimiento es necesario para salvaguardar su derecho de defensa"[602].

Al regular el régimen de protección del denunciante la realidad es que, de la lectura de los apartados a) y b) del artículo 37[603], como ha puesto de manifiesto VESTRI, se

políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 276.

[601] AMENÓS ÁLAMO, J. (2020): "Descubrimiento e investigación de actuaciones administrativas ilícitas en supuestos de corrupción urbanística. El caso "Operación Pretoria" como paradigma", en CASTILLO BLANCO, F. (Dir.): *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, pp. 572-573.

[602] AMENÓS ÁLAMO, J. (2022): "El procedimiento de investigación e inspección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 327.

[603] Los apartados a) y b) del artículo 37 de la Ley 2/2021 señalan que "Todas las personas denunciantes indicadas en el artículo 35 que formulen una denuncia tendrán derecho, desde el momento de la presentación de la misma ante la Oficina:

"vislumbra un tratamiento del equivalente al de un interesado en el procedimiento administrativo"[604].

Respecto a la protección de estas personas, la obligación de la Oficina se circunscribe, en realidad, a lo previsto en los apartados c) y d) del artículo 37, esto es, el derecho a no sufrir represalias y el derecho a solicitar la reparación de los perjuicios injustificados sufridos por causa de las denuncias formuladas. Consecuentemente, la Oficina deberá vigilar que, efectivamente, el denunciante no sufra represalias y, en caso de que así sea, se dirigirá, a petición de la persona denunciante, a las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidos en el artículo 3, instándoles a adoptar las acciones que se consideren oportunas para reparar las citadas represalias o perjuicios, si bien no se aclara en la norma el modo de hacerlo.

Finalmente, respecto a la potestad sancionadora de la Oficina, esta se circunscribe a las infracciones administrativa tipificadas en el título III, distinguiéndose entre infracciones muy graves, graves y leves que constituyen las denominadas "sanciones de autoprotección", que hemos visto en casos anteriores, para asegurar el funcionamiento correcto y normal de la Oficina. El procedimiento sancionador se iniciará de oficio por acuerdo de la persona titular de la Dirección de la Oficina, cuando la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección apreciara la posible comisión de una infracción. La instrucción, por su parte, se realizará por la Subdirección de la Oficina competente en materia de actuaciones de investigación, inspección y régimen sancionador. La sanción, en fin, será impuesta por la persona titular de la Dirección de la Oficina.

El artículo 23.3 de la Ley 2/2021, también contempla, por su parte, la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador si así lo sugiere la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección por la comisión de posibles infracciones administrativas tipificadas en el capítulo IV de la Ley 3/2005, de 8 de abril. Se trata de infracciones como el incumplimiento por los altos cargos de las normas sobre incompatibilidades y sobre abstención e inhibición, la falsedad u omisión de los datos y documentos que deben ser presentados por los mismos o la no declaración de actividades, bienes e intereses en el Registro correspondiente, entre otras. Cuestión que, aun cuando ha suscitado algunos interrogantes y críticas, pues la Oficina "no está configurada para ello ni ejerce funciones de vigilancia general sobre el aparato burocrático"[605], lo cierto es

a) A conocer el estado de la tramitación del procedimiento de investigación e inspección derivado de sus denuncias y a que se les notifiquen los actos y resoluciones dictados respecto de las mismas, siempre que, en este último supuesto, así se prevea de forma expresa en esta Ley.
b) A que las denuncias presentadas finalicen mediante resolución expresa y motivada, en los términos y plazos previstos en el artículo 23, sin perjuicio de la posibilidad de dictar resolución motivada de inadmisión a trámite cuando concurra la circunstancia descrita en el artículo 21.2".

[604] VESTRI, G. (2022): "La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción: ámbito de actuación, funciones, deber de colaboración, confidencialidad, protección de datos y actividad estructural", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 295.

[605] AMENÓS ÁLAMO, J. (2022): "El procedimiento de investigación e inspección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 335 y 336.

que supone si se le dota de los medios suficientes una importante y relevante novedad ya que, al menos, en esos supuestos se garantizaría que el inicio del procedimiento sancionador no quedase en manos de la Administración activa.

5. Los órganos municipales.

5.1. Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid.

En el ámbito municipal es de destacar la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid, que fue creada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento el día 23 de diciembre de 2016, y regulada en su Reglamento Orgánico. El inicio de su actividad comenzó el día 31 de enero de 2018 con el nombramiento de su director por Acuerdo del Pleno.

En cuanto a la pretendida independencia de la Oficina Municipal, la misma dispone de plena autonomía para el ejercicio de sus funciones, quedando separada del Gobierno y de la Administración municipales. Para ello, la Oficina se adscribe al Pleno del Ayuntamiento de Madrid, garantizando así su actuación objetiva y con sometimiento pleno a la ley y al derecho y disfrutando de independencia técnica y funcional respecto de los órganos a los que extiende su actuación.

Respecto a sus funciones, el artículo 4.º de su Reglamento Orgánico dispone que:

1. A los efectos del presente Reglamento, se considerará fraude o corrupción cualquier actuación que implique una mala administración intencionada en el ejercicio de poderes públicos, en beneficio particular de personas físicas o jurídicas y en perjuicio de los intereses generales.

2. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción desarrolla funciones de inspección, comprobación y prevención de las actuaciones desarrolladas por autoridades, directivos o empleados municipales que pudieran ser constitutivas de fraude o corrupción.

En particular, en el ámbito definido en el apartado 1, le corresponden específicamente funciones relativas a la investigación, inspección y prevención de conductas irregulares y conflictos de intereses. En concreto, le corresponde a la Oficina:

- Inspeccionar y comprobar los posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos, así como las conductas contrarias a los principios de objetividad, integridad e independencia.

- Inspeccionar y comprobar los posibles casos de fraude o de cualquier aprovechamiento irregular derivado de actuaciones que afectan a la probidad administrativa, a la confianza pública y al buen funcionamiento del sector público municipal.

- Inspeccionar y comprobar el cumplimiento de las reglas relativas a conflictos de intereses.

- Analizar las resoluciones judiciales que hayan declarado probadas conductas ilícitas en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid o en su relación con otras instituciones de carácter público o privado.

- Analizar la información que distribuyan los medios de comunicación y que esté relacionada con el desarrollo de sus funciones.

- Desarrollar actuaciones de prevención del fraude y la corrupción en el Gobierno y la Administración municipales.

- Asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia a los distintos órganos municipales.

Respecto a su organización interna, se han creado dos órganos: la Dirección de la Oficina y un Consejo Asesor. Así, además del director, existe un vocal asesor, Consejero Técnico y Encargada de Secretaria.

En cuanto al sistema de denuncias, las mismas podrán realizarse con identificación del denunciante por internet o presencialmente en una oficina de asistencia en materia de registro o en la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción. Estas denuncias, alternativamente, también podrán presentarse de forma anónima, y para ello se ha previsto la posibilidad de realizarlas mediante correo postal o a través de un formulario online que aparece en la propia página web del Ayuntamiento de Madrid.

La tramitación de las denuncias podrá finalizar con alguna de las siguientes opciones:

- Archivo en los casos de inexistencia de indicios razonables sobre la veracidad de los hechos o conductas denunciados, o que no aparezcan mínimamente fundados o que no sean competencia de la Oficina, previo informe razonado correspondiente.

- En el supuesto de hechos de los que pudiera derivarse única y exclusivamente responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de la Administración municipal, serán remitidos a los servicios municipales competentes en materia disciplinaria.

- En caso de que se tratara de conductas de fraude o corrupción que sean competencia de la Oficina y que aparezcan suficientemente fundados para justificar actuaciones de inspección, una vez concluidas, se emitirá informe razonado que será remitido a la autoridad, Administración u organismo público competente para la adopción de las medidas que resulten oportunas, ya que la Oficina Municipal carece de capacidad sancionadora.

- Si los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de delito se remitirán al Ministerio Fiscal o a la Autoridad Judicial.

5.2. Oficina para la Transparencia y las Buenas Prácticas del Ayuntamiento de Barcelona.

La Oficina para la Transparencia y las Buenas Prácticas del Ayuntamiento de Barcelona es un órgano independiente creado por el consistorio que tiene como función principal el control de gestión, análisis e impulso y coordinación de la transparencia municipal.

Una de las primeras acciones del OTBP fue poner en marcha, en diciembre de 2015, el portal Transparencia con un Buzón Ético. Se trata de un canal de participación ciudadana en que la sociedad va a poder comunicar malas praxis o información útil para la investigación de conductas irregulares. Asimismo, es importante destacar que se garantizará la confidencialidad y la indemnidad del comunicador. Asimismo, incorpora herramientas para garantizar los derechos de las personas a las que se atribuye una conducta que no se ajusta a las reglas éticas. Debe aclararse, que esto no quiere decir que no puedan presentarse denuncias de forma presencial a través de las oficinas de atención ciudadana (OAC), sin embargo, en estos casos no se puede asegurar la confidencialidad de la identidad del denunciante. Es por ello, que este Buzón va a ser el principal canal de denuncia en la ciudad de Barcelona. Debe destacarse que las Normas reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno se publicaron en el BOPB de 16 de enero de 2017.

En cuanto a la gestión del Buzón, la misma se atribuye a la Dirección de Servicios de Análisis, que tendrá como finalidad el análisis e investigación de posibles malas prácticas y conductas irregulares de la Administración municipal y de su sector público, y que está adscrita a la Gerencia de Área Agenda 2030, Transición Digital, Coordinación Territorial y Deportes.

En el ejercicio de las funciones relativas al Buzón Ético y de Buen Gobierno, la Dirección de Servicios de Análisis actúa con independencia funcional, sin que pueda estar sometida a órdenes jerárquicas que condicionen la actuación, especialmente con respecto al mantenimiento de la confidencialidad de los datos personales que trate. La Dirección de Servicios de Análisis y las personas que están adscritas a ella deben desarrollar las funciones vinculadas a la gestión del Buzón Ético y de Buen Gobierno en cumplimiento del deber de secreto, que se mantiene una vez que hayan cesado en estas funciones. La vulneración del deber de secreto será constitutiva de una infracción disciplinaria.

En cuanto a los requisitos de las personas que forman parte de la Dirección de Servicios de Análisis, se exige tener la condición de funcionario o funcionaria de carrera[606].

---

[606] El artículo 26 de las normas reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona señala que "Son funciones de la Dirección de Servicios de Análisis en la gestión del Buzón Ético y de Buen Gobierno las siguientes:

a. Hacer, por sí misma o a través del personal de su unidad, las tareas de comprobación que sean procedentes.
b. Gestionar las comunicaciones.
c. Formular la recomendación que pone fin a la comprobación de los hechos.
d. Asumir la gestión operativa del fichero de datos de carácter personal creado al efecto.
e. Promover la consolidación y la mejora de la gestión ética por parte de la Administración municipal.

Por lo que se refiere al ámbito de actuación, las comunicaciones deben referirse a acciones u omisiones de los órganos y las entidades que se identifican como Administración municipal. Entre otros, se incluyen los órganos administrativos y unidades integrantes del Ayuntamiento de Barcelona, y las entidades vinculadas o dependientes de la Administración municipal, como los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales locales o las sociedades mercantiles.

Respecto a la recepción de comunicaciones o "denuncias", se aplicarán criterios estrictos para admitir las comunicaciones y con la exigencia de responsabilidad civil, penal y administrativa de las personas que comuniquen hechos con abuso de derecho o vulnerando el principio de buena fe.

Una vez presentada la comunicación, el órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno, en caso de que resulte verosímil, comprobará los hechos objeto de la comunicación mediante las tareas de investigación que sean procedentes, de acuerdo con los principios de congruencia, necesidad, proporcionalidad, celeridad, eficacia y economía procedimental, respetando en todo caso el principio de máxima reserva.

Una vez realizadas las tareas de comprobación procedentes, el órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno formulará, si procede, la recomendación correspondiente en que se informa si considera que puede existir o no una conducta contraria al derecho, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno, y propondrá las medidas de mejora en la gestión pública que considere adecuadas. En su caso, también podrá proponer al órgano competente la incoación de expedientes administrativos para restaurar la legalidad alterada, adoptar medidas sancionadoras o disciplinarias o comunicar a la fiscalía las conductas que puedan ser constitutivas de ilícito penal. En caso de que quede acreditada la falta de vulneración en el ordenamiento jurídico o a los principios y reglas éticas y de buen gobierno, el órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno, esto es, la Dirección de Servicios de Análisis, podrá acordar que se archiven las comprobaciones.

6. RECOPILACIÓN Y SÍNTESIS: ¿DISPONEMOS DE UNA ORGANIZACIÓN ADECUADA PARA LA ACTUACIÓN PREVENTIVA Y CORRECTIVA EN MATERIA DE INTEGRIDAD?

f. Velar por que las personas y los servidores públicos de la Corporación puedan poner en conocimiento del Ayuntamiento las eventuales conductas contrarias a derecho y a los principios de buena administración o buen gobierno de manera confidencial y sin que puedan derivarse perjuicios para quien formula la comunicación de buena fe.
g. Otorgar la debida protección a los cargos y el resto de servidores públicos de la corporación en el proceso de comprobación de los hechos.
h. Formular recomendaciones y proponer mejoras en la gestión ética y la aplicación de los principios de buen gobierno o buena administración.
i. Elaborar una memoria anual y elevarla a la Tenencia de Alcaldía competente para su presentación en el Consejo Municipal, en pleno o en comisión, con informe previo a la Comisión de Gobierno.
j. Impulsar medidas de formación y de prevención de actuaciones contrarias a los valores éticos y las reglas de conducta y de buen gobierno.
k. Resolver las dudas interpretativas que puedan existir en relación con las conductas contrarias al derecho, las reglas y los valores mencionados.
l. El resto que le atribuyan la Alcaldía y la gerencia a la que está adscrita.

A lo largo de este capítulo hemos intentado dar cuenta de la organización administrativa de la integridad en nuestro país y en destacados ejemplos de nuestro entorno más próximo. Procede ahora que, sin perjuicio de las características que al principio de este capítulo enumerábamos respecto de éste y que ciframos en dos principales características la no homogeneidad del mismo y su complejidad, nos preguntemos por la idoneidad de la organización hasta ahora establecida. Y es que si atendemos a lo acontecido hasta el momento no parece que haya duda de que el protagonismo en la lucha contra la corrupción ha correspondido a las instituciones de tipo penal, o jurisdiccionales (jueces y fiscalía anticorrupción), o a las unidades operativas de los cuerpos policiales establecidas en esta materia (la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía Nacional y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil), lo que pugna con una adecuada gestión del buen gobierno y la buena administración que, como ha puesto de relieve COSTA GONÇALVES, ha de tener un papel relevante en esta materia[607].

Ciertamente, en el marco constitucional español, con niveles territoriales dotados de autonomía organizativa y competencial sobre los temas relativos a la integridad, al buen gobierno y a la buena administración, no cabe duda que existe competencia estatal, autonómica, pero inclusive local en la materia lo que es determinante para la complejidad del sistema a establecer y su necesaria, precisa y cuidada coordinación.

PONCE SOLÉ ha extractado, en base a la literatura internacional, las características que debe reunir un adecuado diseño de unidades especializadas para preservar la integridad. De esta forma, señala las siguientes: debe estar conectada a un marco con una estrategia más amplia de prevención y lucha contra la corrupción; diseño normativo cuidadoso con evaluación de impacto normativo, incluyendo análisis de costo-beneficio o similar y necesaria especialización de ésta; albergar expectativas realistas sobre sus posibilidades; conseguir en la medida de lo posible un apoyo político amplio y transpartidista; evaluar el desempeño real del organismo a posteriori*;* establecer la coordinación y cooperación con el sistema de integridad local, autonómico y estatal; reforzamiento de la independencia de presiones y exigencia de rendición de cuentas; un diseño de sus funciones lo más claro posible; contar con personal suficiente y preparado; y, por último, los presupuestos deberían ser los adecuados para el desempeño de las tareas requeridas[608].

En realidad, esas características, aunque siempre presentes, deberán existir con mayor o menor intensidad en atención a las funciones que se les asignen (a título de ejemplo no es igual que tuviesen competencia sancionadora no solo de autoprotección, sino con relación

[607] Explica dicho autor COSTA GONÇALVES, P. (2020): "Direito Administrativo e criminalidade administrativa" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 73 que "nuestro propósito radica en tratar de comprender la posible tarea y responsabilidad del Derecho Administrativo en materia de criminalidad administrativa. Plantear el problema cobra un perfecto sentido, una vez establecido el prepuesto de que se trata de un fenómeno delictivo que nace o que, al menos, crece dentro de la Administración Pública, dentro del propio sistema administrativo. Pues bien, dado que el Derecho Administrativo tiene la condición particular de ser el "Derecho de la Administración Pública", es razonable suponer que se le asigne un papel relevante en el "combate" a la criminalidad administrativa. Se trata ciertamente de un "combate" que operará en un plano diferente al que opera el Derecho Penal, pero que se muestra tan necesario y quizás, incluso, más eficaz que la represión penal".

[608] PONCE SOLÉ, J. (2017): "Las Agencias Anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 3. Puede verse también, a este respecto, BENÍTEZ PALMA, E. (2017): "La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción". *Auditoría Pública*, núm. 69.

al conjunto de infracciones relativas al buen gobierno) y a la adecuada instrumentación de la coordinación de las mismas con otras instituciones. En cualquier caso, la experiencia acumulada muestra que este tipo de organismos incrementa su utilidad y eficacia cuando las mismas, junto a una suficiente financiación y una adecuada dotación de personal, se diseñan para tener un fuerte liderazgo sobre los actores públicos y privados con incidencia en la integridad[609].

Si aterrizamos estas idea en el sistema español, a pesar de su complejidad que finalmente no es sino producto principalmente, aunque no solo[610], de nuestro orden de gobierno multinivel, es preciso admitir que existen amplios márgenes de mejora a pesar, y esto ha de resaltarse en positivo, de la evolución que se ha producido en los últimos años y que se sigue produciendo en la materia y que partiendo del ámbito autonómico parece alcanzará, más pronto que tarde dada las Directivas europeas existentes en la materia y los lineamientos internacionales, a la esfera estatal.

En cualquier caso, y a partir del análisis de los requerimientos internacionales, la experiencia comparada y lo ya realizado en el ámbito autonómico creo que los desafíos del sistema a establecer se centran en dos elementos o factores principalmente: independencia y coordinación.

En efecto, como seguidamente veremos al abordar la competencia para el inicio de los procedimientos sancionadores en esta materia, la dependencia del inicio de los mismos de órganos dependientes de la administración activa o directamente de los cargos públicos con responsabilidades de gobierno que inclusive han designado a los mismos no parece que haya funcionado de forma efectiva. La ausencia de aplicación del sistema sancionador es la mejor muestra de ello. En este sentido, y a fin de hacer efectiva la independencia de en el ejercicio de estas funciones[611], caben distintas soluciones que básicamente se

[609] CARDONA, F. (2015): *Anti-corruption policies and agencies*, Center for Integrity in the Defence sector, 2015, http://cids.no/wp-content/uploads/pdf/7250-DSS-Anti-corruption-GGG-3-skjerm.pdf.

[610] Y es que, como observa FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2018): "Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude", *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid, se puede observar "cómo las instituciones que han tenido a su cargo el control han ido orillando sus funciones originarias vinculadas a la lucha contra la corrupción. El Tribunal de Cuentas diseñado tras la Constitución de 1978 ha reemplazado la tradicional misión de censura y enjuiciamiento de las cuentas públicas por la renovada visión de la Declaración de Lima de 1977 de la INTOSAI sobre las Entidades Fiscalizadoras Superiores. En este documento se prioriza la fiscalización de legalidad y operativa, dirigida a coadyuvar en la buena gestión financiera basándose en recomendaciones, sobre la detección de anomalías en la gestión de los fondos públicos, aunque sigue explicando el autor referido que "En todo caso, la norma constitucional es heredera de la visión tradicional del Tribunal de Cuentas y ordena en el artículo 136 que "*cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido*". Esto ha motivado en los años 90 un intenso debate que, en el ámbito científico se ha decantado en favor de que la institución juegue un papel clave en la lucha contra la corrupción. Por el contrario, en el seno de la propia institución, ha contado con posturas encontradas, como se puede observar en el número monográfico de la Revista Española de Control Externo de 1999. Como conclusión, mayoritariamente se ha seguido la tesis, en línea con el criterio manifestado en la INTOSAI, de que el papel del Tribunal de Cuentas no era de protagonismo, sino complementario, pues únicamente podía detectar "*riesgos morales*", es decir, advertir de posibles indicios que correspondería investigar a las instituciones represivas".

[611] En opinión de JIMÉNEZ ASENSIO, R.: "La arquitectura institucional de la integridad en España", *Blog de la AVAF"*, En verdad, para que haya independencia funcional de un órgano se tienen que dar, al menos, las siguientes premisas: a) Que el nombramiento no se produzca por libre nombramiento o designación ni pueda comportar libre cese (durante el período de su mandato o ejercicio no pueda ser cesado más que por causas tasadas); b) Que en el proceso de designación se valoren objetivamente los méritos y competencias de los diferentes candidatos; y c) Que el órgano no esté dentro de la estructura jerárquica (goce, al menos,

reconducen a dos principalmente. La primera, que ya ha sido experimentada en el ámbito autonómico creando *ad hoc* instituciones especializadas con la necesaria independencia funcional se adscriban o no a las instituciones parlamentarias (a título de ejemplo Cataluña, Valencia o Andalucía). La segunda, que debiera explorarse de forma previa a la anterior para conseguir la mayor racionalidad posible, atribuir dichas funciones a órganos ya existentes que ya cuenten con la necesaria independencia en el ejercicio de sus competencias (a título de ejemplo, Galicia). La amplitud y la diversidad de las funciones que se le atribuyan será una de las claves a tener en cuenta para optar o no por un camino u otro. No es preciso, aunque sería deseable a fin de facilitar su coordinación, un modelo único en los distintos niveles territoriales, pero en cualquier caso mucho más relevante que la unidad de la solución adoptada será que el resultado final sea un modelo que funcione, tanto en lo que se refiere a la vertiente preventiva, como la que aquí hemos venido denominando, y es el principal objeto de este estudio, reactiva o sancionadora.

El segundo desafío a abordar, y no es menor, es la precisa coordinación entre las instituciones de control existentes ya se trate de órganos especializados en el control económico-financiero (Tribunal de Cuentas y Cámaras de Cuentas), en la defensa de los derechos de la ciudadanía (Defensor del Pueblo y similares), en la protección de principios y valores atinentes al buen gobierno (Consejos de Transparencia), con órganos internos cómo las inspecciones de servicio, etc. Pero ello requiere de algo más que declaraciones normativas en ese sentido que es lo que se ha realizado hasta ahora, requiere la delimitación de funciones con esos órganos, la articulación de instrumentos de coordinación entre los mismos y, me atrevo a proponer en este sentido, la creación de una instancia no personificada en la que participen esos distintos organismos existentes que establezca lineamientos en el ejercicio de las funciones de control que se ejercen, refuerce la cooperación en el ejercicio de sus funciones y evite al fin ese escenario de "jungla de los controles" como a veces se ha denominado a la situación existente en esta materia.

Pero existe un tercer desafío, en el que hasta ahora me temo nadie ha reparado, y es la necesaria previsión de mecanismos sustitutorios para aquellas entidades con escasa capacidad de gestión. Miles de pequeños y medianos municipios, entidades instrumentales como Mancomunidades, Consorcios, etc. has estado, hasta ahora, ajenas a estas preocupaciones, pero no exentas de los riesgos del fraude y la corrupción y del necesario impulso de una cultura ética y de integridad. Y será preciso buscar soluciones ya sea en el ámbito supramunicipal (Comunidades Autónomas o Diputaciones Provinciales) o mediante la creación de entes instrumentales que, como los Consorcios, permitan el desarrollo de estas funciones.

de un estatus efectivo de autonomía funcional) de los departamentos ministeriales ni esté sometido a directrices o subordinado a otros órganos". (Disponible en https://www.antifraucv.es/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-integridad-en-espana/)

BIBLIOGRAFÍA

AMENÓS ÁLAMO, J. (2020): "Descubrimiento e investigación de actuaciones administrativas ilícitas en supuestos de corrupción urbanística. El caso "Operación Pretoria" como paradigma", en CASTILLO BLANCO, F. (Dir.): *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel.

AMENÓS ÁLAMO, J. (2022): "El procedimiento de investigación e inspección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

BENÍTEZ PALMA, E. (2017): "La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción", *Auditoría Pública*, núm. 69.

BETANCOR, A. (2017): "Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, causas, consecuencias, reacciones y autoridades", en el vol. col. dirigido por el propio autor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

CARDONA, F. (2015): *Anti-corruption policies and agencies*, Center for Integrity in the Defence sector, 2015, http://cids.no/wp-content/uploads/pdf/7250-DSS-Anti-corruption-GGG-3-skjerm.pdf.

CARLONI, E. (2017): "El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos", *Reala. Nueva Época*, núm. 7.

COSTA GONÇALVES, P. (2020) en "Direito Administrativo e criminalidade administrativa" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2009): *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Tesis Doctoral, Salamanca.

FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2017): "El papel del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude en el proceso de lucha contra la corrupción", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad* (RITI).

FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2018): "Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude", *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid.

FUERTES, M. (2014): "La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, OLAF)", *Revista de Administración Pública*, núm. 195.

GARRIDO JUNCAL, A. (2019): "La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 12, octubre-marzo.

IRUZUN MONTORO, F. (2017): "Función pública, instrumento de prevención de la corrupción, en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

MAURI MAJÓS, J. (2022): "El perfil institucional de las agencias y oficinas contra el fraude y la corrupción. En particular, el caso de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

MIRANZO DÍAZ, J. (2019): "La nueva Directiva de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 49.

NIETO GARCÍA, A., (1997): *Corrupción en la España democrática,* Ariel, Barcelona.

ORDOÑEZ SOLIS, D. (2016): "La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, p. 249.

PAREJO ALFONSO, L. (2009): *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración,* Iustel, Madrid.

PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El estatuto de los altos cargos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2017): "Situación de los altos cargos tras el cese", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 45, mayo de 2017.

PONCE SOLÉ, J. (2017): "Las Agencias Anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 3.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (2017): "Elementos preventivos de la corrupción en los procedimientos administrativos autorizatorios", en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

SÁENZ DE ORMIJANA VALDÉS, P. (2014): *El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (AFCOS)*. Madrid: Seminario sobre medidas contra el fraude y la corrupción en los Fondos EIE (18 de noviembre).

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1991): *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España, Espasa Calpe, Madrid.

SCHIAFFO, F. (2019): “Las estrategias para prevención de la corrupción en la reciente legislación italoiana: función y límites de la prevención situacional”, en el vol. col. dirigido por RODRÍGUEZ-DRINCOURT, Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2020): “Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19.

SINISI, M. (2019): “Las reformas de transparencia y legislación anticorrupción en Italia. Los contratos públicos y el papel jugado por ANAC”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 50.

VESTRI, G. (2022): “La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción: ámbito de actuación, funciones, deber de colaboración, confidencialidad, protección de datos y actividad estructural”, en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

CAPÍTULO QUINTO. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES DE LOS ALTOS CARGOS.

1. INTRODUCCIÓN: NATURALEZA Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LAS INFRACCIONES DE LOS ALTOS CARGOS.

En este capítulo iremos desgranando las infracciones y sanciones de los cargos públicos. Debemos de advertir desde el inicio que el legislador estatal de la LTBG denomina como "infracciones disciplinarias" a aquellas acciones u omisiones basadas en conductas individuales irregulares o directamente contrarias a la Ley, diferenciándolas de las infracciones y sanciones en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades, y de las previstas en materia económico-financiera.

No obstante, en nuestro análisis dejaremos a un lado las infracciones relativas al régimen de transparencia por dos tipos de razones: en primer lugar, por la singularidad de la materia que, aunque atinente en muchos casos a los cargos públicos objeto de nuestro estudio, tiene una vocación y un régimen singular al propio de la actuación del cargo público; en segundo lugar, porque las mismas no son exclusivas de los cargos públicos sino que, asimismo, son de aplicación con carácter general al conjunto de los empleados públicos.

Como ya se ha apuntado el legislador titula, en efecto, de disciplinarias exclusivamente a un grupo de infracciones, pero creo que dicha denominación, si bien es correcta para los tipos que ahora vamos a analizar, no integra todas las infracciones que de esta naturaleza estamos analizando. En realidad, y al menos desde mi punto de vista, todas las infracciones reguladas en el Título II de la LTBG son disciplinarias a pesar de que, para caracterizarlas y distinguirlas entre sí, se les de otra denominación[612]. Esta cuestión que, en principio, podría parecer carente de relevancia, exclusivamente reducida a efectos conceptuales, en realidad no lo es en absoluto. Realmente, y por una cuestión de rigor, todas las infracciones recogidas deberían haberse conceptuado como disciplinarias. No me cabe duda de que esa es su naturaleza dado que se trata de reprimir conductas que, aunque tengan cierta relevancia *ad extra* de la Administración, se producen en el marco de una relación interna administrativa a la que se ha accedido como consecuencia principalmente de un nombramiento, aunque también, y esto las dota de cierta singularidad, de un proceso electoral de acuerdo con el ámbito de aplicación de las normas referidas en el sector público.

La denominación, sin embargo, es muy relevante. Tiene su importancia práctica cuando nos referimos, en concreto, al principio *non bis in ídem*, es decir a la prohibición de doble

[612] Y es que, en efecto, esa es su verdadera naturaleza. Lo muestra, por ejemplo, el legislador navarro que al tipificar infracciones en materia de transparencia (incumplimiento de obligaciones de publicidad activa o pasiva) califica a estas infracciones como disciplinarias en el artículo 56 de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
La misma opinión puede encontrarse en PALOMAR OLMEDA, A. (2016): "Buen Gobierno Económico", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, nº. 10, pp. 169 para quien "Con carácter previo a la consideración y análisis del régimen de infracciones podemos señalar que el modelo legal parte de considerar que las que se transcriben seguidamente son infracciones disciplinarias, esto es, infracciones en el marco de una relación especial de carácter específico que están fundadas en la existencia de un vínculo específico que une al interesado con la Administración. Normalmente se ha identificado la disciplina como una consecuencia o una herramienta de la relación jerárquica. Esta posición se presenta como difusa en el presente supuesto ya que la existencia de una relación jerárquica, en función de los sujetos obligados, su dispersión y su diferente extracción (pruebas selectivas, designación, elección) hacen muy difícil reconducir a la unidad el proceso. De ahí que sea más razonable ligar el régimen disciplinario a la existencia de un vínculo específico que liga al obligado con la respectiva Administración en la forma que sea acorde con la naturaleza del respectivo vínculo".

sanción que nuestro ordenamiento contempla y su distinto radio de acción como en un capítulo posterior se analizará. Y es que no es preciso extenderse mucho para saber que, según conceptuemos a estas clases de infracciones y sanciones (disciplinarias *stricto sensu* o de carácter general), el alcance y la vigencia del principio *non bis in ídem* podría distinto. Así, lo afirma GONZÁLEZ CUSSAC[613], al exceptuar la vigencia del principio *non bis in idem* en las "relaciones especiales de supremacía" o de "especial sujeción"[614], pues suponen una naturaleza cualitativa distinta a la de los delitos. De modo, que al no darse identidad de fundamento está perfectamente legitimada la imposición de ambos castigos. Bien es cierto que, como ha puntualizado MARINA JALVO[615], los Tribunales han venido apreciando la identidad de bienes jurídicos protegidos en los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones y las sanciones disciplinarias que pudieran recaerles por esos hechos, por lo que no cabría la doble sanción. Sin embargo, en los supuestos de delitos cometidos por los funcionarios al margen de sus funciones, los Tribunales han identificado bienes jurídicos diferentes.

Es decir, en el derecho disciplinario este principio presenta ciertos matices. Se ha entendido por la Jurisprudencia que existe[616], en muchos casos, un fundamento distinto o bien jurídico protegido diferente en la sanción disciplinaria y en la sanción penal o administrativa ordinaria y, por tanto, no tendría cabida el principio *non bis in ídem*. En palabras de LAFUENTE BENACHES: "A diferencia de aquella – la potestad sancionadora -, la potestad disciplinaria se justifica en un poder de coacción que necesita la Administración para proteger su propia organización como titular de la misma frente a determinadas conductas de sus miembros (...) Esta tiene, pues, un marcado carácter instrumental (...). Ontológicamente podrá defenderse, pues, la identidad entre ilícito penal, administrativo o disciplinario, pero el fundamento jurídico que justifica la imposición de una u otra sanción es radicalmente diferente"[617].

Y es que, en efecto, si de acuerdo con el principio *non bis in idem* resulta como consecuencia necesaria que por unos mismos hechos no pueden exigirse simultáneamente responsabilidades penales y administrativas sancionatorias, dicha calificación resulta trascendental. Si son disciplinarias resulta perfectamente admisible, exigir responsabilidad en ambos espacios punitivos[618], ya que el bien jurídico protegido es

---

[613] GONZÁLEZ CUSSAC, J. (1997): *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Edit. Tirant lo Blanch. Madrid.

[614] Una cuestión de especial relevancia en este ámbito es la del concepto de funcionario público en el derecho penal, que incluiría no solo a los cargos públicos, sino también a toda aquella persona que, incluso, solo participe de algún modo en la función pública (STS de 28 de febrero de 2014). Así, en el ámbito penal se parte del concepto de funcionario público del art. 24.2 del Código Penal que señala que: "se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". De modo, que tanto la propia legislación penal, como la jurisprudencia no son tan exigentes como el derecho administrativo al conceptuar al funcionario público, de ahí que haya tantos tipos penales en los que puedan incurrir también los cargos públicos.

[615] MARINA JALVO, B. (2015): *El Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos,* Edit. Aranzadi, Pamplona, p. 91.

[616] *Vid.* SSTS de 20 de mayo de 2002, de 16 de marzo de 2004, STC 180/2004, o más recientemente la SAN 72423/2018, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de febrero, (F.J. 4º).

[617] LAFUENTE BENACHES, M. (1996): *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Edit.Tirant lo Blanch, Colección Administrativo, núm 1, Valencia, pp.16-17.

[618] Es necesario hacer referencia a ciertos límites que ha impuesto el Tribunal Supremo respecto al principio *non bis in ídem* en las que existe una relación de sujeción especial. De esta forma, afirma el Tribunal en su Sentencia 701/2009, de 16 de diciembre, que "la mera existencia de una relación de sujeción especial a la

distinto. Si no lo son, con carácter general, no sería admisible, aun cuando, como se dará cuenta oportunamente, tras la evolución de la jurisprudencia tanto europea cómo española, dicha afirmación clásica en nuestro ordenamiento ha sido matizada[619].

La Ley tan solo prevé la solución común en nuestro ordenamiento jurídico de suspender el procedimiento administrativo sancionador hasta que termine el proceso penal incoado. Y cuando lo que concurre como consecuencia de unas mismas irregularidades es una posible responsabilidad administrativa de naturaleza punitiva y otra responsabilidad jurídica de carácter patrimonial, la Ley reconoce que los procedimientos administrativos para exigir una y otra se pueden tramitar de forma simultánea sin tenerse que suspender ninguno de ellos[620].

En cuanto a los bienes jurídicos que pretende proteger el sistema establecido en la LTBG hay que poner de relieve que, si bien genéricamente todas las infracciones y sanciones están dirigidas a la protección de la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas mediante un comportamiento honorable, recto e íntegro de las personas designadas para el ejercicio de los altos cargos, en cada uno de los subgrupos contemplados en la LTBG opera una específica protección que actúa en una triple dirección: la conducta de los cargos públicos con arreglo a principios y valores que se consideran necesarios en su comportamiento individual; un segundo grupo, en el caso de las incompatibilidades y los conflictos de interés, más específicamente orientado a

---

Administración no basta por sí misma, como ha proclamado el Tribunal Constitucional, para justificar la dualidad de sanciones, penal y administrativo".

[619] Y es que, con todo, PICÓN ARRANZ, A. (2019): "El principio «*non bis in idem*» en la protección del medio ambiente", *RVAP*, núm. 114, mayo-agosto, pp. 386 y 387, destaca que desde la STC 2/2003, que supuso una vuelta de tuerca respecto a la doctrina precedente en torno al principio *non bis in ídem*, en los casos en que "la Administración sanciona a un sujeto por unos hechos que, posteriormente, son enjuiciados y sancionados en un procedimiento penal, no se vulnera, en principio, la prohibición del «*bis in idem*». En estos supuestos se han sustanciado dos procedimientos sobre los mismos hechos —primero administrativo y posteriormente penal— y, sin embargo, no se vulnera el «*non bis in idem*» si, al imponer la pena, se tiene en cuenta la sanción administrativa para que la sanción resultante no sea desproporcionada. Ambas infracciones, penal y administrativa, tendrán que obedecer al mismo fundamento y proteger el mismo bien jurídico, pues de lo contrario no se plantearía polémica alguna en relación a la vulneración del «bis in idem» ya que no concurriría la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sí se vería automáticamente vulnerado el «*non bis idem*» si después de una condena penal a un sujeto por unos hechos, éstos se sancionan posteriormente en vía administrativa. La sentencia penal condenatoria excluye la ulterior posibilidad de cualquier procedimiento administrativo sobre los mismos sujetos, hechos y fundamento".

Por su parte, en el ámbito europeo, el TJUE en la Sentencia de 22 de marzo de 2018 (Asuntos acumulados Enzo Di Puma, C-597/16 y C-596/16, sentencia Garlsson Real Estate, C-537/16, y sentencia Menci, C-524/15), admiten explicar las razones de la compatibilidad de las sanciones administrativas y penales en materia de manipulación de mercados, información privilegiada y tributos. El Tribunal de Justicia aplica el artículo 50 de la Carta y cita el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ambos relativos al principio *non bis in idem*, que reconducen el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces, concluyendo que la Carta prohíbe la acumulación tanto de procesos como de sanciones de carácter penal por los mismos hechos contra la misma persona. Ahora bien, tras afirmar dicho axioma, argumenta que la prohibición de esta acumulación puede ser limitada siempre que sea establecida por la ley, respete el contenido esencial de dichos derechos y libertades y cumpla el principio de proporcionalidad, es decir, cuando las limitaciones sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

[620] Muy crítico con esta visión ha sido TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. (2020): "La responsabilidad administrativa y penal de los empleados públicos: una visión actual", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 213. Este autor entiende que este sistema y esta postura del Tribunal Supremo que permite "no solo la doble sanción penal y disciplinaria, sino también que el procedimiento disciplinario y el proceso penal puedan discurrir de forma autónoma, rectificando la doctrina tradicional" crea una enorme inseguridad jurídica.

garantizar las obligaciones de integridad y objetividad en el ejercicio de sus funciones; y, por último, un tercer grupo de infracciones, en materia económico-financiera, dirigido a proteger principios como la estabilidad presupuestaria o el correcto manejo de los caudales públicos. En cualquier caso, y como ahora tendremos oportunidad de observar, a pesar de la específica finalidad de cada subgrupo lo cierto es que, desde mi punto de vista, todas ellas pueden reconducirse a solo un bien jurídico a proteger, a saber: la protección de la confianza en el actuar objetivo, íntegro y recto de los altos cargos en las instituciones públicas con arreglo al ordenamiento jurídico.

Y es que, en la actualidad, la regulación del funcionamiento de la sociedad exige, inclusive en mayor medida que en otras etapas, la creación y conservación de un cierto umbral de seguridad y de confianza social en las instituciones. En este sentido, ya señalaba en su momento ORTEGA Y GASSET que "partimos a la conquista de una seguridad radical que necesitamos porque, precisamente, lo que por lo pronto somos, aquello que nos es dado al sernos dada la vida, es radical inseguridad" [621]. Lo cierto es que el mundo actual ha reforzado dichas exigencias en la denominada sociedad del riesgo que, como puso de manifiesto GIDDENS, alude a "una sociedad cada vez más preocupada por el futuro (y también por la seguridad), lo que genera la noción de riesgo" o, como también ha advertido BECK, se trata de "una forma sistemática de lidiar con peligros e inseguridades inducidos e introducidos por la propia modernización"[622]. En realidad, puede decirse que el Estado, como forma concreta de ejercicio del poder en nuestra sociedad, descansa en gran medida sobre la idea de la seguridad y la creación de la necesaria confianza en el correcto desenvolvimiento de los sistemas[623].

Pues bien, puede afirmarse que no hay correcto funcionamiento de las instituciones, la sociedad y el mercado sin confianza social. La situación arquetípica sería la confianza en la actuación racional y ajustada a Derecho de los actores públicos y privados, pero la realidad demuestra que para poder confiar en el comportamiento de los demás, y más específicamente del poder público en nuestro caso, es necesario tomar medidas institucionales y de carácter normativo, junto a articular principios que disciplinen el funcionamiento de las instituciones, de tal forma que se posibilite y garantice la fiabilidad de ese comportamiento para los ciudadanos.

En este sentido, el cumplimiento de la ley y el respeto a esta, aunque no solo a esta, obliga en primer término a los poderes públicos. Consecuencia, esta última, que no hace sino responder a la clásica formulación de la noción de Estado de Derecho que en su momento realizasen VON MOHL y VON GNEIST. Expresivamente POSADA, nuestro ilustre administrativista, señaló que "el Estado tiene su justificación racional y su explicación histórica en la necesidad de atender al establecimiento de un orden de derecho en un régimen de justicia: vive -y debe vivir- por y para el Derecho. Concebido el Derecho

[621] ORTEGA Y GASSET, J. (1998): "Unas lecciones de metafísica", en *Obras Completas,* Alianza editorial y Revista de Occidente, Madrid, 1ª reed., tomo XII, p.108.

[622] Puede verse, respecto de este punto, GIDDENS, A. y PIERSON, C. (1998): *Making Sense of Modernity. Conversations with Anthony Giddens*, Cambridge, Cambridge University Press, y BECK, U. (1992): *Risck Society. Towards a New Modernity* (en inglés), Sage Publications, Londres.

[623] En este sentido, PEREZ LUÑO, A.E. (1994): *La seguridad jurídica*, 2ª ed. revisada, Ed. Ariel, Barcelona, p. 9 expone que *"*es probable que no existan términos tan asiduamente invocados hoy como la seguridad" y cita las continuas menciones al término que son utilizadas en todos los órdenes como tema protagonista de nuestro tiempo.

como condición formal de la vida racional, se elabora y se realiza en la esfera política mediante la construcción de la sociedad en un verdadero Estado jurídico"[624].

En suma, lo que pretende conseguir la específica regulación del régimen jurídico de los altos cargos y su correspondiente responsabilidad, es preservar la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos, muy deteriorada en los últimos años y que, cada vez más, se produce una progresiva articulación de un Derecho del Buen Gobierno o, si así se prefiere con una visión negativa de un Derecho Administrativo de la corrupción, impregnado de principios y de valores propios que lo informan como lo ha puesto de manifiesto COSTA GONÇALVES que señala a la confianza como el principal valor a preservar en este sector del ordenamento jurídico[625]. Y es que, si nos fijamos en la legislación sobre buen gobierno, transparencia, integridad y participación surgida en la última década todo indica que éste ha sido el principal objetivo del legislador. Al respecto, es muy clarificador remitirnos al célebre filósofo francés ROSANVALLÓN que, a

[624] POSADA, A. (1923): *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva,* Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, pp. 85 y 86.

[625] Lo ha expuesto con rigor COSTA GONÇALVES, P. (2020): "Direito Administrativo e criminalidade administrativa" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 88 argumentando que "O valor primeiro e essencial a realizar pelo Direito Administrativo da corrupção é a *confiança*; em concreto, a confiança dos cidadãos na vida pública e no funcionamento correto e íntegro da Administração Pública. Sintomática do crescente e irrecusável relevo do valor da confiança é, por exemplo, a referência que o Código do Procedimento Administrativo de 2015 faz à exigência de "preservação da isenção administrativa" e de "confiança nessa isenção".

A proteção e realização desse valor da confiança no funcionamento correto e integro da Administração Pública exigem a adoção de soluções concretas, que, de várias formas, concretizam princípios que vamos considerar *princípios fundamentais do Direito Administrativo da corrupção*.

Eis o que ocorre, desde logo e talvez em primeiro lugar, com o *princípio da imparcialidade administrativa*. A primeira exigência do princípio da imparcialidade reside em determinar que a Administração prossiga o interesse público de uma forma imparcial, isenta, sem distorções patológicas, sem favorecimentos pessoais, preferências ou discriminações em benefício de interesses particulares, parciais ou de grupo. O sistema jurídico-administrativo não pode deixar de reclamar, como exigência primária, essencial e irrenunciável da sua *moralidade*, uma atuação imparcial e isenta dos agentes da Administração. Trata-se de garantir o respeito pela *ética pública*, ou seja, pela exigência de um comportamento íntegro dos agentes públicos ("integridade"), de serviço ao interesse público e à coletividade. Neste âmbito, e correlacionado com o princípio da imparcialidade, pode identificar-se um princípio de integridade e de ética pública.

Surge depois o *princípio da transparência*: o Estado Administrativo democrático tem de ser um Estado transparente e aberto. Não existe uma democracia administrativa efetiva e real sem acesso do público à informação sobre o funcionamento do Estado. As sociedades do nosso tempo são "sociedades de informação", que não convivem com o segredo dos negócios públicos (*arcana imperii*), pelo que a boa governação dos sistemas administrativos impõe a garantia da máxima acessibilidade à informação detida pela Administração Pública. Em rigor, mais do que um princípio, a transparência referencia uma característica da Administração à qual se aspira: a Administração transparente (a Administração Pública como "casa de vidro"). O princípio da transparência mistura-se, assim, com o "princípio da administração aberta", a que se refere, no direito português, o artigo 2.º da Lei de Acesso à Informação Administrativa e Ambiental. A interiorização de uma cultura de transparência na Administração Pública cria estímulos positivos e diminui, ou pode diminuir, o espaço para a ocorrência de fenómenos patológicos, de corrupção e de tráficos de influências e outras práticas de desvio da prossecução do interesse público. Tem também um *efeito moralizador*, na medida em que alerta os responsáveis sobre a exigência de não seguirem opções que não podem explicar ou que, de antemão, sabem que a opinião pública não vai assimilar ou vai reprovar. Por outro lado, a divulgação e a facilitação do acesso à informação administrativa potenciam as formas de controlo social (cívico), realizado de forma espontânea, difusa e dispersa, fora dos esquemas institucionais de controlo: "a luz do dia é o melhor desinfetante". Como a doutrina enfatiza, a transparência, *passiva* e *ativa*, é um instrumento crucial para a realização do valor da imparcialidade da atuação de quem serve a Administração Pública e que pode atuar como uma espécie de *remédio preventivo* contra a corrupção e, em geral, contra a "má administração".

nuestro juicio con acierto, se ha referido a la necesidad de construir una "democracia de confianza" [626]. Y, para ello, no parece que quepa la menor duda de que es preciso reforzar la integridad institucional y la responsabilidad de las autoridades y cargos públicos, ya que esta se convierte en una condición *sine qua non* para garantizar esa "institución invisible" que, como también señala ese autor, es la confianza de la ciudadanía en sus instituciones, la cual hoy sufre en nuestro país, aunque no solo en este, una degradación hasta ahora desconocida[627]. Puede decirse que, como acertadamente señaló PUTNAM, los sistemas legales necesitan de la confianza para mejorar su efectividad. En efecto, allí donde existen mayores niveles de confianza y capital social, la eficacia estatal y la legitimidad es mayor[628]. Y de esta forma, HERREROS ha puesto de manifiesto que una sociedad con mayores niveles de confianza social, es una sociedad donde los ciudadanos pueden organizarse mejor para plantear demandas a sus conciudadanos y donde se puede ejercer mejor la *accountability* a los gobernantes[629].

Concretado el bien jurídico protegido en esta materia conviene analizar, aunque sea someramente, la específica protección con la que opera la triple dirección de los subgrupos contemplados en la LTBG, de la que nos hacíamos eco anteriormente. En cuanto al primero de los supuestos citados, esto es, el de las infracciones y sanciones "disciplinarias", creo que puede ser comúnmente compartido que el término "disciplina", entendido como sujeción a un estándar conductual exigible a las personas que se desempeñan en cualquier organización, ya sea esta pública o privada, resulta necesaria e imprescindible para garantizar su buen funcionamiento. Más en el caso de tratarse de un alto cargo, dada la específica responsabilidad y la relevancia de las funciones que desempeña, y que sin duda suponen un plus de exigencia en las actitudes y conductas que se esperan del mismo. Más allá, inclusive, que el estricto cumplimiento de las normas. Así se proclama, a título de ejemplo, en el Código de Buen Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia que no duda en aludir a que "la ética nos demanda exigir más que la estricta observancia de las leyes vigentes. El impacto que pueden tener las actuaciones de nuestros responsables políticos sobre la percepción que la ciudadanía murciana tiene sobre la institución autonómica es inmenso. Por eso estamos convencidos de que los altos cargos han de dar ejemplo. De ahí la necesidad de establecer un espacio de autorregulación que incorpore un plus de exigencia y que demande la adecuación de sus conductas a una serie de principios y valores éticos como modo de reforzar la confianza pública de la ciudadanía en las instituciones autonómicas y en sus gobernantes".

Es decir, estamos ante unos tipos infractores en que el bien jurídico a proteger, más que el cumplimiento de distintos parámetros atinentes al ejercicio del cargo público, que también, se sitúa un poco más allá. Se trata de proteger la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas mediante un ejercicio de las funciones del cargo público con arreglo a principios y valores que ejemplifiquen y muestren un correcto desempeño de la dignidad referida al desempeño de puestos de alta responsabilidad en nuestro sector público.

---

[626] ROSANVALLON, P. (2015): *Le bon gouvernement*, Seuil, París.

[627] De ineludible lectura es, en este punto, el trabajo de VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. (2016): *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Buenos Aires / Caracas.

[628] PUTNAM, R., (1993): *Making Democracy Work. Civic traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton.

[629] HERREROS, F. (2002): *¿Por qué confiar? El problema de la creación de capital social*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, CEACS, Madrid.

De otro lado, y en segundo lugar, cualquier régimen de incompatibilidades y de regulación de los conflictos de interés de quienes ocupen los cargos públicos parece que debe inspirarse y guiarse por principios éticos y de conducta que impidan la puesta en riesgo de la objetividad e imparcialidad en su actuación, valor esencial así proclamado por nuestra Constitución, junto con reforzar la protección de la integridad exigible en el desempeño del cargo; principios por tanto que, al margen de otras medidas o actuaciones tendentes a reforzar los valores éticos en su conducta, deben informar la conducta de todo servidor público

Por último, y en lo relativo a las infracciones en materia económico-financiera, la protección se dirige al correcto uso de los fondos y caudales públicos y, en general, de los recursos de la Hacienda Pública mediante una adecuada gestión presupuestaria y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación de estabilidad presupuestaria que, como se sabe, se alzó como un valor primordial en el momento en que se dicta esta legislación.

2. LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ALTOS CARGOS.

2.1 Las infracciones disciplinarias de los altos cargos en la legislación estatal.

Una vez que nos henos referido a la naturaleza de estas infracciones y sanciones y los bienes jurídicos que se protegen, es preciso destacar que el legislador estatal no ha sido en el caso de las infracciones referidas a la conducta individual de los cargos públicos muy novedoso, en realidad nada novedoso, al abordar su regulación.

Desde este punto de vista, la norma realiza una traslación casi literal de las infracciones previstas en la legislación de régimen disciplinario de los empleados públicos, lo que resulta un tanto sorpresivo, dada la singularidad de las funciones y actividades que desarrollan los altos cargos, distintas netamente a la burocracia profesional, aunque ciertamente existan zonas grises en que pueden existir elementos comunes. En este sentido, la doctrina ha sido bastante crítica con ese modo de operar del legislador estatal y así DESCALZO GONZÁLEZ ha señalado que "esta operación de la LTBG de configurar una buena parte del código de buen gobierno de los responsables públicos sobre la base de aplicar una serie de infracciones ya previamente establecidos para los empleados públicos suscita la duda acerca de la corrección de tal opción, pues como dice la doctrina "Gobierno y Administración son instituciones distintas y también lo son la ética del político y la del funcionario profesional"[630]. En efecto, la no distinción entre gobierno y administración que subyace en la norma, netamente diferenciadas constitucionalmente, que además tiene una plasmación constitucional concreta, y que debiera ser un presupuesto de partida de la regulación, puede plantear problemas interpretativos en algunos casos. En concreto, y muy específicamente, al aludir a los tipos disciplinarios cuando estos se ocupan de las conductas de los cargos públicos o electos. Es decir, será preciso redimensionar el alcance y extensión de estos tipos al referirlos a los cargos públicos y a las funciones por estos ejercidas.

[630] DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "El buen gobierno de los altos cargos", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 44.

Como decía unas líneas atrás, el legislador, poco imaginativo en este asunto, ha acudido para la tipificación de estas conductas "disciplinarias" a la normativa de régimen disciplinario de los empleados públicos[631]. Y si bien es cierto que muchas de esas infracciones reguladas en el TREBEP son perfectamente aplicables a los cargos públicos, la realidad es que el legislador no ha realizado ningún esfuerzo por analizar las distintas responsabilidades y funciones propias de los cargos públicos lo que, sin duda, se hubiera traducido en un régimen más adecuado -más claro y más propio respecto de la función que ejercen- a la singularidad de las tareas desempeñadas por estos cargos de los que nos ocupamos en este trabajo.

Debe destacarse, además, que el trasvase de estos tipos de la legislación funcionarial provocará los mismos problemas interpretativos, ampliamente criticados por la doctrina, en el caso de la representación política y al ejercicio de los cargos públicos. Y todo ello, a pesar de la remisión a los principios generales y de actuación que se regulan en la norma para su interpretación.

En este sentido, debe mencionarse que la norma sujeta la aplicación e interpretación de este régimen disciplinario a los principios generales y de actuación previstos en el artículo 26 LTGB[632]. Estos principios se refieren, con carácter general, a los necesarios rasgos de

[631] La doctrina, con carácter general, ha sido crítica con esta opción realizada por la Ley. Véase BASSOLS COMA, M. (2015): "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, p. 49; CASTILLO BLANCO, F.A. (2015): "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, p.153.

[632] El artículo 26 de la LTBG señala que: Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de este título (…) adecuarán su actividad a los siguientes:
a) Principios generales:
1.º Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general.
2.º Ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios.
3.º Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.
4.º Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.
5.º Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.
6.º Mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección.
7.º Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente.
b) Principios de actuación:
1.º Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses.
2.º Guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.
3.º Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.
4.º Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones.
5.º No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad.
6.º No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.
7.º Desempeñarán sus funciones con transparencia.

integridad y rectitud que deben tener los cargos públicos. Así, se refiere expresamente a la transparencia, imparcialidad, plena dedicación, cumplimiento de las incompatibilidades, la buena gestión económica, el cumplimiento de las normas sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como tomar decisiones en asuntos en los que hay conflictos de intereses o aceptar regalos que excedan de los "usos habituales, sociales o de cortesía" o favores o servicios que se puedan calificar de ventajosos, señalando expresamente el precepto que los obsequios de mayor relevancia deben pasar al patrimonio de la Administración de que se trate[633]. La cuestión en realidad es, ¿si se era plenamente consciente de la importancia de estos principios por qué no haber articulado y gravitado sobre los mismos la mayor parte de los tipos infractores y no acudir, sin embargo, a la legislación de empleo público? [634].

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la aplicación de dichos tipos disciplinarios no ha estado, como decimos, exenta de crítica en el caso de los funcionarios públicos, sobre todo en lo relativo a su aplicación práctica. Y es que, como puso de manifiesto NIETO[635], el que sea la autoridad política la encargada de acordar la incoación del procedimiento disciplinario, cuando, en ciertas ocasiones, como puede ser que la inactividad de dicho cargo pudiera tener algún tipo de culpabilidad o intervención mediata en la comisión de la falta o infracción por parte del funcionario condiciona la exigencia de responsabilidad. Asimismo, se ha destacado la complejidad del aparato burocrático que, en numerosas ocasiones, dificulta y ayuda a diluir la exigencia de responsabilidad disciplinaria que, además, tienden a autoprotegerse escudándose en diferentes causas de justificación (falta de medios, imposibilidad técnica, etc.) que dificultan la exigencia de responsabilidad[636].

8.º Gestionarán, protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación.
9.º No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.

[633] Cabe destacar respecto a este último punto que el Dictamen del Consejo de Estado 707/2012, de 19 de julio de 2012, criticó la dicción del artículo al considerarlo demasiado abierto y vago, en concreto, realizó las siguientes consideraciones: "La última de las observaciones que se considera preciso realizar a este precepto tiene por objeto la regla contenida en el número 6 del apartado 2.b), que establece que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del título II de la Ley proyectada "no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que pueden condicionar el desarrollo de sus funciones". El elevado grado de indeterminación de los términos en que está redactado este subapartado plantea numerosas dudas interpretativas, agravadas además por el hecho de que la conducta que a través de esta regla se intenta evitar guarda una notable similitud con algunas de las descritas en el Código Penal en materia de cohecho (artículos 420 y 422). De este modo, una conducta que en la legislación penal se encuentra tipificada como delito, con las consiguientes consecuencias punitivas, pasa a convertirse en el anteproyecto en un mero principio de actuación que se limita a servir como guía o elemento de graduación en la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en su Título II (artículo 23.2). Teniendo en cuenta que la referida conducta posee un régimen específico en el Código Penal, no se acierta a comprender la utilidad de incluirla en el anteproyecto en términos parcialmente coincidentes pero no idénticos y sin que se asocie a tal conducta ninguna consecuencia sancionadora".

[634] Y es que, aceptar regalos puede poner en muchos casos en entredicho la imparcialidad, integridad y objetividad que debe tener un cargo público, tal y como la norma prevé que deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta. Asimismo, hay otras cuestiones que podrían poner en tela de juicio su actuación, como son los conflictos de interés.

[635] NIETO GARCIA, A. (1997), *Corrupción en la España democrática*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, p. 129. Cabe destacar también, y respecto de la inactividad, el trabajo de GÓMEZ PUENTE, M., "El silencio y la inactividad de la Administración", en QUINTANA LÓPEZ, T. (2006) (coordinador), *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p.114.

[636] Denunciando dicha situación puede verse AGUADO CUDOLÀ, V. (2001): *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid, p. 57.

En el caso de los altos cargos la situación se agrava. A las anteriores razones cabe añadir un hecho esencial que dificulta cualquier tipo de optimismo sobre la virtualidad de dicho régimen disciplinario. En efecto, la competencia sancionadora para castigar las infracciones cometidas por autoridades y altos cargos se atribuye a la propia Administración incumplidora a la que pertenecen. La consecuencia es clara: en solo contadas ocasiones siendo optimista se exigirá cualquier tipo de responsabilidad[637]. Ya se hacía eco de ello CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR proponiendo que las potestades de incoación y sanción correspondiera al Congreso de los Diputados[638]. El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma ha corroborado la subsistencia de dicho problema y, al menos hasta ahora, su falta de solución.

Entrando de lleno en la regulación de los tipos infractores a que nos referimos, y como acontece en la mayoría de las normas punitivas el legislador acoge una distinción de las infracciones, por relación a la gravedad de las mismas derivado del reproche que la conducta tipificada merece.

En cuanto a las infracciones muy graves, el artículo 29 de la LTBG tipifica las siguientes conductas con idéntico tenor que lo realiza la legislación funcionarial:

a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de sus funciones.

b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

c) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.

d) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.

e) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido.

---

[637] De hecho, los análisis realizados por el Tribunal de Cuentas ponen de relieve dicho aspecto. Puede verse, a título de ejemplo, el Informe del Tribunal de Cuentas sobre fiscalización del cumplimiento de la LTBG en las entidades locales (Nº 1418) a propósito de las infracciones en materia económico-financiera. Si nos referimos a este tipo de infracciones no existen datos que puedan ser objeto de análisis, pero, si nos referimos a los conflictos de intereses, y atendiendo a los informes de esta oficina que han de ser emitidos con carácter semestral son no solo escasos, sino absolutamente insuficientes y demostrativos del fracaso de las normas dictadas. La escasez o ausencia de datos, sin embargo, no dejan de poner de relieve la creencia creo que generalizada de una exigua exigencia de este tipo de responsabilidades.

[638] CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2010): "Ética pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril, pp. 20 y 33.

f) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.

g) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.

h) La prevalencia de la condición de alto cargo para obtener un beneficio indebido para sí o para otro.

i) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.

j) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.

k) El acoso laboral.

l) La comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones graves a lo largo del año anterior contra las que no quepa recurso en la vía administrativa[639].

El apartado 2 de dicho artículo establece que son infracciones graves:

a) El abuso de autoridad en el ejercicio del cargo.

b) La intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas.

c) La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan infracción muy grave.

d) No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio.

f) La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves a lo largo del año anterior contra las que no quepa recurso en la vía administrativa.

e) El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad[640].

---

[639] Esta infracción es nueva respecto al régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Asimismo, desaparecen del listado otras infracciones que sí están reguladas en el TREBEP, como son: el abandono de servicio; el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga; el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad (que pasa a la LACAGE pero que no es de aplicación, por ejemplo, en las entidades locales); la incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas; las que queden tipificadas como tales en ley de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral.

[640] Al igual que sucede con las infracciones muy graves, esta es, asimismo, nueva respecto al régimen disciplinario de empleados públicos.

En este tipo de infracciones desaparecen algunas de las previstas para los funcionarios, como son las siguientes: la falta de obediencia debida a los superiores y autoridades; las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados; la tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de sus subordinados; la grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados; causar daños graves en los locales, material o documentos de los servicios; la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave; el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de diez horas al mes; la tercera falta injustificada de asistencia en un período de tres meses, cuando las dos anteriores hubieren sido objeto de sanción por falta leve; la grave perturbación del servicio; el atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración; la grave falta de consideración con los administrados; las acciones u omisiones dirigidas a evadir los sistemas de control de horarios o a impedir que sean detectados los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo.

Cabe destacar, que la eliminación para los cargos públicos de muchas de estas infracciones tiene sentido respecto a la posición que ostentan como, por ejemplo, la evasión de los sistemas de control horario. Sin embargo, en otros casos, no se puede estar de acuerdo, como sucede con eliminación de la grave falta de consideración con los administrados, que tan solo se va considerará falta leve. En este sentido, no creo que haya diferencia respecto al trato debido a los administrados, ya se trate de un cargo público o de un funcionario.

Finalmente, y en relación a las infracciones leves, el apartado tercero del artículo 29 establece las siguientes:

a) La incorrección con los superiores, compañeros o subordinados.

b) El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2.b) cuando ello no constituya infracción grave o muy grave o la conducta no se encuentre tipificada en otra norma.

De forma similar a cómo acontecía en el caso de las infracciones graves, el legislador no ha previsto algunas que sí se establecen en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, como son: el incumplimiento injustificado del horario de trabajo, cuando no suponga falta grave; la falta de asistencia injustificada de un día; y el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave

Veamos cada una de ellas.

2.1.1 Infracciones muy graves.

a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de sus funciones.

Se trata de una infracción muy grave prevista en el artículo 29.1.a) de la LTBG[641]. No debe extrañar, en efecto, que una de las cuestiones esenciales a preservar en el ejercicio de las funciones atribuidas a los cargos públicos sea respetar la Constitución y el bloque de constitucionalidad vigente, sus valores, sus principios y las reglas que fundamentan y articulan el funcionamiento de la sociedad española. En este sentido, como ha señalado LAFUENTE BENACHES[642], el deber de "fidelidad" a la Constitución en el ejercicio de la Función Pública -tal y como figura en la mayor parte de la legislación sobre función pública de las Comunidades Autónomas-, se encuentra implícito en el artículo 103.1 de la Constitución Española. El deber de "respeto" a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía en el ejercicio de la función pública es una concreción del deber de la Administración Pública de servir con objetividad los intereses públicos impuestos por el citado precepto constitucional.

Esta infracción tiene su conexión con los principios de buen gobierno del artículo 26 de la LTBG, que señala en su apartado primero que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de este título observarán en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

Por su parte, SÁNCHEZ MORÓN[643], refiriéndose a los empleados públicos (que como decíamos, tienen un régimen disciplinario prácticamente igual) aunque de idéntica validez en nuestro caso, señala que "el deber de respeto a la Constitución se anuda al de legalidad y observancia del ordenamiento jurídico en su conjunto". Los cargos públicos deben actuar en el ejercicio de sus funciones conforme a los valores y principios constitucionales y estatutarios, y es por ello por lo que se prevé como una infracción muy grave.

Consecuencia directa de esta previsión del artículo 26 LTBG, el mismo precepto se refiere también a que promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Aludiendo a estos mismos conceptos, SÁNCHEZ MORÓN ha destacado que la manifestación del deber cualificado de respeto a la Constitución incluye el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, puesto que los derechos fundamentales son fundamento del orden político y la paz social (artículo 10 CE) y tienen por ello un valor preferente en nuestro ordenamiento[644].

Con relación al respeto de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, el Tribunal Supremo ha señalado que las conductas que vulneren esta obligación deben referirse a una "eficaz y positiva infidelidad a la Constitución entendida en su conjunto y como

[641] El art. 95.2.a) del TREBEP la prevé para los empleados públicos en idénticos términos.
[642] LAFUENTE BENACHES M. (2009): "Infracciones y sanciones disciplinarias", en el volumen colectivo *Manual de Empleo Público*. (dirigida por CASTILLO BLANCO F. y coordinada por QUESADA LUMBRERAS J.) Edit. Iustel. Madrid, p. 843.
[643] SÁNCHEZ MORÓN M. (2017): *Derecho de la Función Pública.* Edit. Tecnos. Madrid, p. 305.
[644] SÁNCHEZ MORÓN M. (2017): *Derecho de la Función Pública.* Edit. Tecnos. Madrid, p. 306.

norma básica reguladora de la convivencia ciudadana[645]. Lo que no parece sino que pueda traducirse por una actitud abiertamente contraria al orden constitucional".[646]

Es necesario poner de relieve, que la existencia de esta infracción, no se refiere a un desajuste de la conducta de un cargo público con cualquier precepto de la Constitución[647], debe tratarse de una conducta en el ejercicio la función pública, y no "fuera de servicio", como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN[648]. Y es, en este mismo sentido, donde se plantean los problemas interpretativos, por el amplio abanico de conductas que podría abarcar. De este modo, ha destacado PALOMAR OLMEDA[649] que esta infracción, y dado el carácter difuso de las conductas que pudieran quedar subsumidas en el tipo, plantea en la práctica no pocos problemas de aplicación e, incluso, puede llegar a convertirse en un "cajón de sastre". De la misma forma se pronuncia LAFUENTE BENACHES[650], que señala que, pese a las exclusiones mencionadas, la variedad de conductas que tienen cabida en este supuesto de hecho, tan genéricamente descrito, obliga a considerar que sólo podrán serlo aquellas producidas con ocasión de la relación de servicio. Lo contrario, convertiría al tipo descrito en una cláusula en blanco. Por lo tanto, no cabe sino criticar el carácter excesivamente abierto e impreciso de esta infracción que el legislador ha trasvasado sin más del TREBEP. Si bien la jurisprudencia se ha ido encargando de acotar un poco más el tipo infractor, lo cierto es que, tratándose de una norma sancionadora y de carácter muy grave, el legislador debería haber sido mucho más preciso.

Otra de las infracciones muy graves prevista en el artículo 29.1 LTBG es la recogida en el apartado b) [651] que se refiere a:

b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

Se trata de dos conductas diferenciadas, por un lado, una serie de conductas discriminatorias y, por otro, ciertas modalidades de acoso.

En relación a las conductas discriminatorias, debe apuntarse que este apartado hay que ponerlo en relación con el artículo 14 de la Constitución en donde se establece el derecho

[645] STS de 28 de noviembre de 1991 (RJ 1991,8831). De esta forma, dicha sentencia señalaba que esta infracción no se puede equiparar con la apropiación de un funcionario de unos billetes de lotería pertenecientes a otro, ya que de aceptarse esa calificación se podría incluir en este tipo cualquier incumplimiento de un deber funcionarial, por nimio que fuese.

[646] En este sentido, la SSTS de 25 de noviembre de 2002. (RJ 2002, 10511), señala que este tipo de incumplimiento requiere "conductas manifiestamente contrarias a lo que la Constitución es y representa, así como a los principios del sistema democrático de gobierno que instituye"

[647] Así lo señaló el Consejo de Estado, en su Dictamen de 20 de octubre de 1993 (nº 693) referido a la infracción equivalente de los funcionarios públicos.

[648]SÁNCHEZ MORÓN M.: (2017): *Derecho de la Función Pública.* Edit. Tecnos. Madrid, p. 328.

[649]PALOMAR OLMEDA A (2009).: *Derecho de la Función Pública*. Edit. Dykinson. Madrid, p. 557.

[650]LAFUENTE BENACHES M. (2009): "Infracciones y sanciones disciplinarias", en el volumen colectivo *Manual de Empleo Público*. (dirigida por CASTILLO BLANCO F. y coordinada por QUESADA LUMBRERAS J.) Edit. Iustel. Madrid, p. 843.

[651] Encontramos esta infracción con idéntica dicción en el art. 95.2.b) del TREBEP para los empleados públicos

a la igualdad de todos los españoles, con el art. 1.1, que dispone que la igualdad es un valor superior de nuestro ordenamiento, con el art. 9.1, que señala su vinculación a la Administración y al resto de poderes públicos y, finalmente, con el art. 53.1 de la Constitución, que reitera que el respeto a este derecho vincula a todos los poderes públicos. Atendiendo al mandato de dichos preceptos constitucionales, el artículo 26 LTBG incluye entre los principios generales "un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones". De esta forma, el cargo público, como el elemento subjetivo de estos poderes públicos, está obligado a ello también.

Para la correcta integración del tipo es preciso necesariamente hacerlo en relación a la recientemente aprobada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que expresamente establece, en su artículo 4, que queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad considerando vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

Bien es cierto que la norma, sin embargo, advierte que podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad.

Dicho ello la norma define en su artículo 6 qué es discriminación directa[652], indirecta[653], discriminación por asociación, por error, múltiple o interseccional. Y distingue estos supuestos de la represalia[654]. Es preciso poner de manifiesto que dichas conductas son, asimismo, objeto de sanción en dicha norma lo que planteará, como más adelante veremos, el problema de la conciliación entre la sanción administrativa y la disciplinaria

[652] El artículo 6.1 a) establece que se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos

[653] El artículo 6.1 b) se refiere a la discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

[654] El artículo 6.6 establece que, a los efectos de esta ley, se entiende por represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto. Y excluye de estos los supuestos que pudieran ser constitutivos de ilícito penal.

que, al menos desde mi punto de vista, no parece haber tenido en cuenta la responsabilidad disciplinaria prevista en la LTBG para los altos cargos o, al menos, no ha tenido previsión alguna al respecto[655].

Por lo que se refiere a la infracción constitutiva de acoso, también podemos distinguir dos tipos, el discriminatorio –de carácter racial, religioso, ideológico, por edad, discapacidad y orientación sexual[656]– y el acoso moral, el sexual y por razón de sexo. Estas conductas de acoso tienen en común que pretenden humillar coactivamente al sujeto pasivo[657].

---

[655] A estos efectos, el artículo 46, apartados 3 y 4 de la norma dispone que:
3. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.
4. Si se archivase un procedimiento judicial de carácter penal o la persona fuera absuelta por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, pero pudieran ser constitutivos de infracción administrativa con arreglo a la presente ley, el Juez o Tribunal competente, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o la acusación particular o popular, lo comunicará mediante el oportuno testimonio a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, competente a los efectos de incoar en su caso el expediente administrativo sancionador que corresponda.
Y añade en el artículo 52.3 que:
3. En los casos en que se aporte un principio de prueba del que se infiera que una de las infracciones previstas en esta ley y en la legislación específica en materia de igualdad de trato y no discriminación hubiera podido ser cometida por una autoridad o personal al servicio de las Administraciones públicas, el órgano administrativo competente, en cuanto tenga conocimiento de las mismas, adoptará las medidas provisionales que sean oportunas para que desaparezca la situación de discriminación creada.
En el supuesto previsto en el párrafo anterior, el órgano administrativo competente iniciará el correspondiente procedimiento disciplinario respecto de la persona responsable, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación que le sea aplicable. Asimismo, se instruirá el procedimiento sancionador previsto en esta ley en los supuestos en los que el presunto autor fuese una autoridad o cargo público que no ostentase la condición de personal al servicio de las Administraciones públicas.

[656] La Ley citada se refiere a éste estableciendo en su artículo 6.4 que constituye acoso discriminatorio, a los efectos de esta ley, cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

[657] Para acotar más el concepto, resulta interesante acudir a algunos textos internacionales. De esta forma, el art. 1 del Convenio de la OIT sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) señala que: "A efectos del presente Convenio:
a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y
b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual"
Por su parte, la Recomendación de la Comisión, 1992/131/CEE, de 27 de noviembre, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, establece en el Anexo dedicado al Código de Conducta, que "El acoso sexual es la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados.
Por consiguiente, hay un tipo amplio de comportamiento que puede ser considerado como acoso sexual y resulta inaceptable si: dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como

Es preciso destacar que el concepto de acoso sexual o por razón del sexo ya ha sido definido por el art. 7 de la Ley Orgánica, 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Según esta norma, acoso sexual sería "cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo". Y constituiría acoso por razón de sexo "cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo"[658]. En este sentido, la STS 721/2015 de 22 octubre de 2015 (Rec. 888/2015) señaló que "el acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse

base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional o al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma.

La principal característica del acoso sexual es que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo. La atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, si bien un único incidente de acoso puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave. Lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo".

[658] El Proyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual va a introducir algunos cambios en estos conceptos. De esta forma, su propósito es seguir la línea del Convenio de Estambul en el que las expresiones "violencia de género" o "violencia contra la mujer por razones de género" no se refieren solo a la cometida en una relación de pareja. Así, el artículo 3 de dicho Convenio entiende:

- 3 a) "Por "violencia contra la mujer" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".
- 3 c) Por "género" se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.
- 3 d) Por "violencia contra la mujer por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

En este sentido, cabe mencionar que el referido Proyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual se refiere en su artículo 12 a la prevención y sensibilización en el ámbito laboral, señalando que:

"Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital".

El Dictamen del Consejo de Estado de 10 de junio de 2021 referido al Proyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual ha sido crítico con este aspecto al destacar que se trata de conductas ya reguladas en la LO 3/2007. Así señala que "como ocurre en muchos de los preceptos de este título, lo previsto en este artículo resulta ya exigible a las empresas, con arreglo a la legislación laboral y a las normas de *compliance*, lo que contribuye a las reiteraciones y solapamientos aludidos en las observaciones generales. Por lo demás, cabe señalar que, pese a la remisión expresa que el precepto proyectado hace al artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, aquel prevé la inclusión de supuestos más amplios (promover condiciones de trabajo que eviten todo tipo de conductas contra la libertad sexual, con referencia específica a las cometidas en el ámbito digital) que este último, que se refiere exclusivamente a los casos de acoso. Como consecuencia de esa incoherencia, la remisión introduce cierta confusión. Para evitarla, el Anteproyecto debería trasladar esas nuevas obligaciones del artículo proyectado al artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, algunos de cuyos preceptos ya se modifican en la disposición final octava del Anteproyecto".

involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, pero también produce un daño en el trabajo o en el estudio, no es solo individual, sino colectivo porque afecta al status de todos los trabajadores o estudiantes, principalmente a las mujeres, aunque no solo a ellas, y perjudica a la sociedad en su conjunto"[659].

Debe tenerse en cuenta, de acuerdo con la jurisprudencia relativa a la función pública que, al tratarse de una infracción muy grave, el hecho debe ser ostensible y manifiesto, no meras suspicacias o presunciones, debiendo haber prueba plena sobre los hechos[660].

Siguiendo con las infracciones muy graves el apartado c) del artículo 29.1 LTBG[661] incluye:

c) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.

En la apreciación de esta infracción la jurisprudencia ha sido muy restrictiva y ha exigido que se cumplan cada uno de los requisitos que vamos a ir analizando a continuación y que, aunque han sido referidas a los empleados públicos, *mutatis mutandis* nos sirven en nuestro caso para desgranar el tipo.

Dicho análisis debemos comenzarlo concretando el ámbito objetivo de aplicación, en el que la jurisprudencia ha entendido que no se trata necesariamente de una decisión que comporte una voluntad plural o colegiada que marque una elección entre distintas alternativas, sino que basta que se trate de una conducta o comportamiento singular[662]. El concepto es muy amplio y puede bastar simplemente la adopción de "actos resolutorios de contenido positivo". Es más, ni siquiera es necesario que se trate de un acto administrativo en sentido formal, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo al señalar que "el hecho de que una decisión se realice verbalmente o mediante la materialización de la misma no altera su condición de tal" [663].

---

[659] Existen otras muchas sentencias relevantes sobre el concepto de acoso sexual. Así, puede nombrarse la STSJ Canarias, de 18 de septiembre de 2015 (Rec. 582/2015), que se remitía a la STC 13 diciembre 1999, en la que se expresa que: "Para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su victima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tal solo de la sensibilidad de la victima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, es decir previamente deseada y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas".

[660] STSJ de Madrid, de 21 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 153024).

[661] El art. 95.2. d) TREBEP la prevé de igual forma para los empleados públicos.

[662] Véase las SSTS de 8 de octubre de 1986, de 19 de septiembre de 1994 y de 16 de diciembre de 2003.

[663] SSTS de 29 de octubre de 2001 y 8 de marzo de 2002.

Respecto a la ilegalidad del acuerdo, la jurisprudencia ha reiterado que esta debe ser manifiesta, de carácter notorio, sin necesidad de hacer un esfuerzo de comprobación, excluyéndose las meras irregularidades administrativas[664]. Es decir, deben ser decisiones administrativas susceptibles de ser declaradas nulas de pleno derecho o anulables[665].

Finalmente, el perjuicio causado a la Administración o a los ciudadanos derivado de la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales ha de ser calificado de "grave". Es decir, este perjuicio debe ser directo y efectivo, no un mero riesgo o daño potencial.

Cabe destacar que, en el ámbito penal, art. 404 del Código penal se refiere al delito de prevaricación, que podría confundirse en muchas ocasiones con esta infracción muy grave. Así dicho artículo señala que "a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años". Es por ello que, en general, la jurisdicción penal ha realizado un esfuerzo por ser más restrictiva al contemplar si se cumplen los elementos del tipo, aludiendo al principio de intervención mínima y la posibilidad del recurso a la respuesta administrativa, en defecto de la penal. Sin embargo, es cierto que en los últimos años esta tendencia ha ido cambiando y, en la práctica, las líneas divisorias entre la infracción penal y la administrativa no son siempre muy visibles. Este último aspecto ha sido criticado comúnmente por la doctrina administrativista señalando que el derecho penal debe ser la ultima ratio a la que acudir, además de la convicción de que no debe criminalizarse toda conducta del funcionario o cargo público que se aparte en sus resoluciones de la normativa aplicable[666].

---

[664] SSTS de 14 de febrero de 1984, de 31 de enero de 1996 y de 19 de febrero de 1992.

[665] En algunos casos, esta conducta podría constituir un delito de prevaricación (art. 404 CP), pero se exigiría que se tratara de una "resolución arbitraria", es decir, sin fundamento legal, y adoptada a sabiendas de su injusticia.

[666] Crítico con la intervención del juez penal es JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2011):"El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, asunto "Andratx"", en el volumen colectivo *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* / coord. por LÓPEZ MENUDO, F., Edit. Iustel. Madrid, pp. 689-714, bien es cierto que también hay opiniones en contra. De esta forma, REBOLLO PUIG, M. (2010): "Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores", *Diccionario de sanciones administrativas* (Dir. LOZANO CUTANDA, B.), Madrid, p. 327, cree que la invocación habitual de los penalistas a favor de la mínima intervención penal, delegando la respuesta retributiva en la sanción de la Administración, no tiene fundamentos sólidos y conduce a consecuencias indeseables desde la perspectiva de los principios del Estado de Derecho, siendo más conveniente que el castigo lo impongan los jueces en un proceso penal con garantías. También se manifiesta en un sentido parecido ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014): "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración pública*, núm. 195, sept-dic., p. 162. Según esta autora, la preferencia debería ser el castigo penal, y de forma excepcional debería acudirse a la opción de la sanción administrativa, pues hay que asegurar al acusado y a las víctimas que la respuesta esté a cargo de "personas independientes, imparciales, inamovibles, responsables y sometidas únicamente al imperio de la ley. Y estas cualidades las reúnen los jueces, pero no los políticos, que no son neutrales". En forma más reciente es de recomendable lectura para analizar las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador el trabajo de REBOLLO PUIG, M. (2020): "Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: conciliación y conflicto" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 71 que destaca que "Pese a todo lo dicho hasta aquí, en donde hemos contrapuesto como dos bloques el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, hay que observar que no siempre la punición administrativa es igual sino que hay que tener en cuenta el género de Administración a la que se otorga la potestad sancionadora o, más

Referente a la diferenciación entre la infracción penal y la disciplinaria JAREÑO LEAL ha destacado acertadamente que "en cuanto a las infracciones administrativas correspondientes, los acuerdos o informes manifiestamente ilegales deben causar "perjuicio" a la Administración o los ciudadanos (grave o no) (…). Siendo así, parece razonable concluir que sólo los acuerdos o informes que vulneran aspectos "esenciales" del procedimiento de contratación son capaces de causar el perjuicio "grave" que se requiere (lo cual identifica este objeto material y el de la prevaricación), mientras la vulneración del resto de requisitos podrá o no producir un perjuicio, dependerá de cada caso (los arts. 29.1.c y 29.2.c de la Ley 19/2013, de Transparencia, establecen el criterio del perjuicio grave o no para diferenciar la infracción muy grave de la grave)"[667].

El art. 29.1 d) de la LTBG[668]considera también como infracción muy grave:

d) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.

Esta infracción muy grave es complementaria a la establecida en la letra e) para las actuaciones que supongan negligencia en la custodia de secretos oficiales. Consiste en la publicación o utilización indebida de la documentación o información conocida por razón del rango o función del cargo, lo que, como bien ha señalado MARINA JALVO[669], no significa que el acceso haya tenido lugar con motivo del estricto ejercicio de tareas propias del puesto, pues también podría tener lugar a consecuencia de un uso indebido de las facultades del cargo o puesto de trabajo.

Esta infracción debe ponerse en relación con el principio de actuación segundo del artículo 26 LTBG que establece que "guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias".

Por otra parte, es necesario que esta información la utilice en beneficio propio o de terceros o en perjuicio del interés público y, además, que la publicación o utilización de la información o documentación sea indebida, esto es, sobre la que concurra un especial deber de sigilo Y es que, como señala SÁNCHEZ MORÓN, si existe un simple deber de reserva, solo existirá falta muy grave cuando la publicación o utilización indebida de secretos tenga esa finalidad de beneficio particular o ese efecto lesivo.

---

exactamente, el tipo de órgano al que se da la competencia para ejercerla. Así, por sólo aludir al caso más claro, no es lo mismo prever sanciones para que las imponga el Ministro del ramo o el Delegado del Gobierno o un Consejero o un Alcalde que atribuir la competencia a una autoridad administrativa independiente (como la Agencia de Protección de Datos o la Comisión Nacional del Mercado de Valores): si efectivamente es independiente, si tiene una verdadera especialización en una materia que la requiere y si cuenta con la cualificación jurídica suficiente para manejar correctamente los conceptos del Derecho Administrativo sancionador, atribuirle competencia para sancionar puede eventualmente ser una opción preferible a la de los delitos, las penas y los jueces".

[667] JAREÑO LEAL, A. (2018): "El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-17, p 13. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-17.pdf
ISSN 1695-0194 [RECPC 20-17 (2018), 14 nov]

[668] De igual forma, el art. 95.2.e) del TREBEP la establece para los empleados públicos.

[669] MARINA JALVO, M. (2015): *El Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos,* Edit. Aranzadi, Pamplona.

Lo cierto y, sin embargo, es que como en el caso de los empleados públicos deja un cierto sinsabor -o sentimiento de ausencia- que el legislador que se muestra preocupado, y con razón, porque no se divulgue información que ha de permanecer sin ser pública no tenga la misma diligencia para tipificar y exigir el cumplimiento de justo lo contrario, es decir, no atender los requerimientos que impone la legislación general de transparencia y acceso a la información pública.

En efecto, la LTBG no tipifica infracciones en materia de transparencia y acceso a la información pública en el Código de Buen Gobierno recogido en la misma. Solo se refiere a que actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos y desempeñarán sus funciones con transparencia como principio general. Mayor sensibilidad ha tenido el legislador autonómico que sí que ha contemplado en materia de transparencia un régimen sancionador aplicable a los altos cargos que cometen infracciones en materia de transparencia y acceso a la información pública y que en Andalucía (artículo 52 de la Ley 1/2014); Canarias (artículo 67.2.a de la Ley 12/2014); Cataluña (artículo 80.1.a de la Ley 19/2014); Castilla-La Mancha (artículo 52.1.a.1 de la Ley 4/2016); Murcia (artículo 43 de la Ley12/2014); y Valencia (artículo 31 de la Ley 2/2015).

Encontramos también una infracción muy grave en el art. 29.1. e) LTBG[670] que constituye, por su dicción, en una norma sancionatoria en blanco al remitir a lo dispuesto, a estos efectos, a otro ámbito normativo ya vetusto: la legislación de secretos oficiales[671]:

e) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido.

La Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales dispone en su artículo 13 que "las actividades reservadas por declaración de Ley y las "materias clasificadas" no podrán ser comunicadas, difundidas ni publicadas, ni utilizado su contenido fuera de los límites establecidos por la Ley. El incumplimiento de esta limitación será sancionado, si procediere, conforme a las leyes penales, y por vía disciplinaria, en su caso, considerándose en este último supuesto como falta muy grave".

[670] El art. 95.2.f) TREBEP prevé idéntica infracción muy grave para los empleados públicos.

[671] También cabe mencionar que en el artículo 417 del Código Penal encontramos el delito de revelación de secretos. Dicho precepto señala que "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".
En cuanto a la distinción entre el ilícito penal y el administrativo, el Tribunal Supremo ha declarado en Sentencia 1249/2003, 30 de septiembre de 2003 (Rec. núm. 749/2002) que: "Precisamente es la mayor o menor relevancia de la información revelada la que se tendrá en cuenta, junto al principio de mínima intervención del Derecho Penal, o "última ratio", para resolver la distinción del ilícito penal en relación con el ilícito administrativo del hecho concreto enjuiciado.
En el supuesto que examinamos, el Tribunal sentenciador razona sobre la concurrencia de cuantos elementos caracterizan esta figura delictiva, y en concreto se refiere a que el daño generado al servicio público o al tercero ha adquirido una cierta relevancia en cuanto se tratan de datos sensibles como son las informaciones relativas a operaciones comerciales intracomunitarias de diversas compañías mercantiles y satisfacción de tributos, información reservada que lógicamente estaba destinada a informar a otras compañías competidoras. Información que fue transmitida a terceros consumándose la conducta delictiva".

Para que esta infracción tenga lugar, a diferencia de la anterior, es necesario que el ámbito objetivo se refiera a materias que hayan sido clasificadas como reservadas y, además, que haya un resultado lesivo de garantía legal del secreto[672]. Por tanto, tratándose de una infracción muy grave, esta negligencia que consiste en una omisión deberá ser manifiesta y grave, teniendo en cuenta al respecto las normas relativas a la custodia y seguridad de estos documentos[673].

Al igual que en el supuesto anterior, en ocasiones, esto puede chocar frontalmente con las exigencias de transparencia actuales. Sin embargo, en este caso, sí pueden estar en juego otros parámetros como la seguridad nacional o la defensa. De esta forma, debemos tener en cuenta que el propio art. 14.1 LTBG establece un listado de aquellas materias en las que es posible limitar el derecho de acceso a determinados documentos, como es el caso que nos ocupa.

En el ámbito autonómico, algunas Comunidades Autónomas directamente se remiten a lo establecido en la norma estatal (como es el caso de Andalucía, Canarias, Comunidad Valenciana, Murcia, Castilla León o Castilla la Mancha, entre otras)[674], añadiendo la Ley de Madrid, la normativa europea[675]. Otras Comunidades Autónomas, como Navarra, Aragón, Cataluña o Extremadura, prevén expresamente este límite al derecho de acceso a la información[676].

Aunque sea una evidencia y obviedad, los cargos públicos, por la condición que ostentan, deben cumplir los deberes esenciales asociados a la función que desempeñan. Por ello el artículo 29.1.f) LTBG[677] tipifica como infracción grave:

f) *El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.*

El contenido de esta infracción es complementario al contenido del principio de buen gobierno establecido en el artículo 26 LTBG apartado quinto donde se señala que las personas comprendidas en su ámbito subjetivo de aplicación "actuarán con la diligencia

[672] SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017): *Derecho de la Función Pública.* Edit. Tecnos. Madrid.

[673] Además de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero.

[674] Art. 25 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; art. 14 de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública de Canarias; art. 12 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana; art. 25 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; art. 5 de la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; art. 25 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha; art. 25 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia; art. 12 de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés; art. 11 de la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja.

[675] Art. 34 de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid

[676] Art. 31 de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; art. 10 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; art. 21 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña; art. 16 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura

[677] El art.95.2. g) del TREBEP la establece de igual forma para los empleados públicos.

debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos".

Para que se cumpla el tipo es necesario que el cargo o empleado público tenga una conducta reiterada, manifiesta y notoria de incumplimiento[678], que no se trata de una simple negligencia y, además, que se refiera a las tareas esenciales e inherentes a la función desempeñada. Es decir, que el cargo o empleado no incumpla cualquier actuación del puesto de trabajo, sino que abandone los deberes esenciales asociados al mismo. Para apreciar dicho incumplimiento, la STS de 11 de junio de 1992 dispone que debe acudirse a criterios como el trabajo realizado o al dejado de desarrollar[679]. Pero estos criterios, referidos a los empleados públicos, necesariamente han de ser matizados en el caso de los cargos públicos.

En efecto, en el ámbito de los cargos públicos dicha infracción plantea problemas adicionales a los que puede presentar en el caso de los empleados públicos. Y es que, en primer lugar, en lo que se refiere a las "funciones" a diferencia de los empleados públicos en que las relaciones de puestos de trabajo describen (o pueden hacerlo) las funciones propias de cada puesto de trabajo, en el caso de los cargos públicos más que funciones nos encontramos con competencias en las normas organizativas que contemplan dichas unidades orgánicas, lo que hubiera aconsejado una mayor precisión del tipo. En segundo lugar, el instrumento objetivo que puede acreditar un incumplimiento, a diferencia de los empleados públicos en que se cuenta (o puede contarse) con la evaluación del desempeño por aplicación del TREBEP, no existe dicho instrumento en el caso de los cargos públicos.

Es decir, el defecto apuntado con anterioridad de la necesaria distinción entre gobierno y administración que la norma no ha tenido en cuenta pone de manifiesto la dificultad de aplicación de estos tipos disciplinarios.

Como principio general de buen gobierno el artículo 26 LTBG (apartado tercero) establece que los cargos públicos "respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular". Ante ello especifica el artículo 29.1.g) LTGB[680] como infracción grave:

g) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.

A pesar de que el artículo 103.1 de la Constitución impone a la Administración pública servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, la imparcialidad exigida en la infracción que comentamos viene exclusivamente referida a los procesos electorales. Ha de tratarse, por tanto, tal como indica el artículo 29.1.g) LTBG, de una violación de la imparcialidad ante la existencia de un proceso electoral, con la finalidad de influir en el desarrollo del proceso. No bastaría, por consiguiente, que el sujeto ostentara un cargo público y que realizase cualquier tipo de

[678] STS de 18 de agosto de 2001.
[679] También puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de agosto de 2001 que señala que esta infracción exige tres elementos: la no realización o el indebido cumplimiento de las tareas encomendadas; que se haya materializado en un resultado de falta de rendimiento; y que las circunstancias concurrentes hagan aparecer dicho resultado como algo ostensible y, por ello, no dudoso ni susceptible de polémica.
[680] El art. 95.2.h) del TREBEP la establece para los empleados públicos.

acción u omisión que pudiera afectar a un proceso electoral, sino que debería utilizar las facultades públicas propias de su cargo para ello[681].

Si bien, como señala MARINA JALVO[682], para el caso de los empleados públicos, aunque de nuevo debe advertirse que dicha reflexión puede ser plenamente de aplicación en nuestro caso, no se entiende que la norma se refiera solo a los procesos electorales y no haga extensiva esta responsabilidad a todos los ámbitos y sectores directamente relacionados con el interés general. Aunque en el caso de los cargos públicos, esta falta de imparcialidad referida a otros aspectos ya se prevé como infracción en otras normas, tanto en la LACAGE refiriéndose a las infracciones en materia de conflicto de intereses, como en el art. 23.1 de la LRJSP, al tratar la abstención y recusación.

Junto al artículo 26 LTBG que incluye como principios de buen gobierno, entre otros, el respeto al principio de imparcialidad, a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses, el ejercicio de los poderes que le atribuye la normativa con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados, la abstención en aquellos asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad, la prohibición de aceptación para sí de regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni la admisión de favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones o el no valerse de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales, el artículo 29.1.h) de la LTBG[683] tipifica como infracción muy grave:

h) La prevalencia de la condición de alto cargo para obtener un beneficio indebido para sí o para otro[684].

Para que esta conducta pueda constituir esta infracción deberá implicar un abuso de autoridad, es decir, cuando una persona se aprovecha de su cargo y sus atribuciones (prevalencia) para obtener un beneficio indebido, que podrá ser de cualquier tipo. Sin embargo, cabe mencionar que existen algunos delitos en el Código Penal que podrían dar lugar a la confusión con esta infracción, como son el cohecho, el tráfico de influencias y las negociaciones prohibidas[685].

---

[681] En este sentido, se ha venido manifestando la jurisprudencia en relación a la misma infracción muy grave por parte de los empleados públicos (STS de Cataluña 55/2003, de 24 de enero (JUR 2003, 208757), STS de Galicia 1646/2001, de 26 de diciembre (JUR 2002, 94951).

[682] MARINA JALVO, B. (2015): *El Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos*, Edit. Aranzadi, Pamplona, p. 146.

[683] El art. 95.2.j) del TREBEP la prevé con idéntico tenor para los empleados públicos.

[684] Cabe destacar que la enumeración de esos principios del art. 26 LTBG íntimamente relacionados con esta infracción muy grave, no debe considerarse una lista cerrada, ya que la expresión "obtener un beneficio indebido", puede incluir muy diversas conductas. Sin embargo, sí es cierto que el precepto podría concretar más estas conductas por los posibles problemas que pudiera haber con el principio de tipicidad.

[685] El artículo 419 CP se refiere al cohecho que conceptúa como aquella actuación en que una "autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar".

El artículo 428 CP se ocupa del tráfico de influencias, que define como la actividad de una autoridad o funcionario público consistente en influir "en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero".

La obstaculización por parte del cargo público de determinados derechos sociales y libertades públicas viene tipificada en los apartados i) y j) del artículo 29.1. LTBG como infracciones muy graves:

La infracción muy grave de obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales, por su parte, se prevé en el art. 29.1.j) de la LTBG[686]:

i) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.

Debido a la dicción de la norma, la obstaculización ha de recaer debe recaer sobre alguna de las libertades públicas reconocidas en los artículos 15 a 29 de la Constitución Española (Título I, Capítulo II, Sección 1ª)[687], entre las que se encuentra la libertad sindical a la que se refiere expresamente la norma que analizamos, y que comprende los derechos enumerados en el art. 2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, sobre libertad sindical[688].

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha determinado que la libertad sindical del art. 28.1 de la Constitución engloba, no solo los derechos de la actividad y los medios de acción de los sindicatos, sino también los de representación de candidaturas[689].

Por tanto, y como consecuencia de lo anterior, tal y como ha puesto de manifiesto GALLARDO CASTILLO[690], el derecho a la libertad sindical prohíbe cualquier

---

El artículo 439 CP define el delito de negociaciones prohibidas como aquellas actuaciones en que una "autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones".
En el ámbito de la función pública, puede verse, por ejemplo, la STSJ de Cataluña 3667/2011, de 25 de mayo, en un clásico supuesto de influencias para que determinadas personas aprobasen unas concretas oposiciones y que, en este caso, se sanciona por la vía disciplinaria y no penal.

[686] Se establece de igual forma en el art. 95.2.l) TREBEP para los empleados públicos.

[687] Por tanto, puede recaer esta infracción sobre multitud de actuaciones, lo que a veces, en la práctica, ha suscitado controversias en el ámbito judicial. Así, por ejemplo, en el caso de un profesor universitario que sistemáticamente accedió al correo electrónico de otros compañeros de forma indebida e ilegal, se le absolvió en el ámbito penal de los delitos de acceso y difusión de información confidencial y contra la propiedad intelectual. Sin embargo, se le sancionó por la Universidad Politécnica de Valencia a 4 años de suspensión de empleo y sueldo, lo que fue resuelto finalmente y, en última instancia, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera), de 3 de julio de 2018 (demanda nº 32754/16, Jorge Manuel Lázaro Laporta c. España) que declaró que, en este supuesto, no había lugar a la aplicación del principio *non bis in ídem*, puesto que los bienes jurídicos protegidos eran diferentes en el orden penal y en el administrativo (en este último, el ejercicio de libertades públicas).

[688] El art. 2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, sobre libertad sindical señala que **"**La libertad sindical comprende:
a) El derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos.
b) El derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato.
c) El derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato.
d) El derecho a la actividad sindical".

[689] Pueden verse las SSTC 9/1988 o 164/1993, entre otras.

[690] GALLARDO CASTILLO M. J.(2015): *Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos.* Edit. Aranzadi. Pamplona, p. 262.

discriminación en el empleo o condiciones de trabajo por razón del ejercicio de actividades sindicales.

j) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.

Esta infracción muy grave se prevé en el art. 29.1.j) de la LTBG[691]. Recordemos que el derecho de huelga es el derecho individual a adoptar medidas de conflicto colectivo[692] y, en este concreto apartado, el derecho de huelga es objeto de protección frente a conductas del cargo público que "coartan" su ejercicio[693].

Por lo que se refiere al régimen jurídico de la infracción, tenemos que acudir a las consideraciones hechas anteriormente respecto a la conducta de obstaculización de derechos y libertades.

Es preciso advertir la conexión del tipo con lo previsto en el Código Penal en los artículos 542 y 315 que declaran respectivamente: "Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes"; y "Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. Si las conductas reseñadas se llevaren a cabo con coacciones serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses. Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses". Como puede observarse, dada la dicción de estos preceptos, en ocasiones podría haber problemas de seguridad jurídica para establecer una línea divisoria entre el ilícito penal y la infracción administrativa.

Por último, el artículo 29.1. k) LTBG[694] tipifica como infracción muy grave:

k) El acoso laboral.

Se trata de una infracción que tiene una importante incidencia en el sector público como muestran los pronunciamientos de los distintos tribunales.

El acoso laboral o *moobing* consiste en una situación en la que se ejerce una violencia psicológica de forma sistemática y recurrente durante una etapa prolongada en el tiempo

[691] Se establece de igual forma en el art. 95.2.l) TREBEP para los empleados públicos.
[692] La STC 183/1993 considera que puede coartarse este derecho en el caso de que el empresario ofrezca incentivos económicos a los trabajadores que no la secunden y renuncien a la misma.
[693] En este sentido, al establecerse los servicios mínimos ha de intentarse que se trate de funcionarios no huelguistas (STC 123/1990, de 2 de julio, Recurso de Amparo nº 649/1988), para no menoscabar u obstaculizar su derecho a huelgo. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido los límites que tendrán que tener en cuenta las autoridades pertinentes para respetar este derecho y cumplir con la debida obligación de imparcialidad objetiva exigible: por un lado, el principio de proporcionalidad, definido por el Tribunal Constitucional como la razonable adecuación entre los servicios mínimos impuestos a los huelguistas y, en segundo lugar, los perjuicios a soportar por los usuarios de los servicios esenciales (STC 122/1990, de 2 de julio, Recurso de Amparo nº 643/1988).
[694] El TREBEP en su art. 95.2.o) se refiere a la misma infracción para los empleados públicos.

a otra persona en el lugar de trabajo que afecta a su dignidad, con el fin de que renuncie o abandone el trabajo.

De acuerdo con lo establecido en la Nota Técnica Preventiva 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el acoso puede ser considerado "una situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente –al menos una vez por semana- y durante un tiempo prolongado –más de seis meses- sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo".

Este supuesto va a ser difícil de distinguir en muchas ocasiones del acoso "por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo" a que nos hemos referido anteriormente. Teniendo en cuenta que acoso moral y acoso laboral son términos utilizados indistintamente por la jurisprudencia para referirse a la misma conducta.

Respecto a su régimen jurídico, es muy interesante hacer referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de noviembre de 2015 que relata muy hábilmente los elementos requeridos para que se produzca *moobing*[695].

Primeramente, un elemento material que consiste en la conducta de persecución, hostigamiento, sistemático y planificado e injustificado de un sujeto activo a un sujeto pasivo, en el marco de una relación laboral o funcionarial, exigiendo la STS de 16 de febrero de 2011 el carácter individualizado del destinatario.

En segundo lugar, un elemento temporal o de habitualidad, requiriendo que la conducta hostil sea reiterada en el tiempo. Así, señala que el *moobing* se trata de una conducta continua en el tiempo y cesa en cuanto cesan sus efectos, por tanto, dispone que existirá el plazo de un año para reclamar desde el supuesto hostigamiento. Además, advierte que, aunque los hechos sean leves individualmente considerados, se convierten en graves por la reiteración, excluyendo actos aislados.

Y, finalmente, exige un elemento intencional, excluyendo los hechos imprudentes o casuales, debiendo ser, en todo caso, una conducta hostil intencionada[696].

En cualquier caso, como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN[697], no basta con que se alegue acoso moral como base de un expediente disciplinario, sino que este acoso debe ser probado. Y ha de distinguirse asimismo del ejercicio de las relaciones de jerarquía, no bastando, por tanto, la reiteración de las obligaciones u órdenes e instrucciones por parte del superior jerárquico.

[695] (Rec.1684/2011). Véase también la STS de 21 de enero de 2021 (Recurso 889/2019) y el comentario sobre su contenido de SEMPERE NAVARRO A. V. (2021): "El restrictivo concepto de acoso laboral a efectos penales", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2.

[696] Es interesante destacar que la STJ de Castilla y León de 14 de noviembre de 2015, también rechaza la tesis de la Administración de que el afectado había consentido la firmeza de los actos que darían lugar al supuesto *moobing,* pues el recurrente no pretende la invalidez de aquéllos, sino que ejerce una acción de responsabilidad patrimonial para obtener una indemnización resultante del conjunto de actuaciones.

[697] SÁNCHEZ MORÓN M. (2013): *Derecho de la Función Pública.* Edit. Tecnos. Madrid, p. 332.

2.1.2 Infracciones graves.

En el marco de las infracciones disciplinarias, el artículo 29.2 de la LTBG incluye las infracciones graves, comenzando por:

a) El abuso de autoridad en el ejercicio del cargo.

Esta infracción grave está prevista en el art.29.2.a) LTBG[698]. El abuso de autoridad existe cuando hay una extralimitación de funciones por parte del cargo público mientras se encarga de ejercer su cargo. El artículo 26 LTBG, entre sus principios generales, menciona uno estrechamente relacionado con esta infracción, cuando señala que los cargos públicos "mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección".

Para que la conducta infractora sea subsumible en este tipo, es necesario que se trate de una actuación realizada en el ejercicio del cargo, de manera ilícita y para fines distintos del interés público. Y, como ha señalado el Tribunal Supremo "se trata de una infracción de mera actividad que se perfecciona con la realización de la conducta típica, sin necesidad de que produzca u ocasione cualquier resultado dañoso"[699]. En concreto, es necesario que se den los siguientes elementos: en primer lugar, hallarse el sujeto activo investido de la potestad necesaria para adoptar una decisión vinculante, aunque la investidura tenga carácter accidental; en segundo término, actuar en función del ejercicio de la autoridad que corresponde; en tercer lugar, que la actuación sea contraria al ordenamiento jurídico, por excesiva, desmesurada o extralimitada respecto de sus fines, es decir, abusiva; y, finalmente, comportamiento doloso equivalente al conocimiento de la extralimitación en que se incurre (elemento intelectual del dolo) y actuar en función de tal conocimiento (elemento volitivo)[700].

Este abuso de autoridad puede darse tanto en las relaciones con los subordinados, como respecto a los ciudadanos con los que se relaciona el empleado o cargo público.

Si las acciones de abuso de autoridad son constitutivas de delito, estas conductas serán una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, de acuerdo con el art. 22.7 Código Penal, o bien podrán constituir tipos agravados.

b) La intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas.

---

[698] En el caso de los empleados públicos encontramos esta infracción en el art. 7.1.b) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (en adelante, RRD). Debemos recordar que las infracciones graves y leves establecidas en el RRD han sido "rescatadas" por el TS en su Sentencia (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 30 de marzo de 2017 por considerar que no resultan contrarias al principio de legalidad, sino que tal norma tiene la cobertura legal que resulta de la aplicación integradora de los artículos 94 apartado 3º, 95 apartados 3º y 4º, Disposición derogatoria única, apartado g) y Disposición final cuarta, apartado 3º de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que mantienen en vigor el citado Reglamento hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo en el ámbito de cada Administración Pública.

[699] STS de la Sala de lo Militar 616/2022, de 14 de febrero (rec. núm. 47/2021).

[700] SSTS de la Sala de lo Militar, de 20 de marzo de 2014 y núms. 69/2020, de 20 de octubre de 2020 y 15/2021, de 1 de marzo de 2021.

Esta infracción grave la encontramos en el art. 29.2.b) de la LTBG[701], aunque es preciso advertir que para que podamos hablar de esta infracción basta con que se de alguna de las causas de abstención establecidas en el art. 23 de la LRJSP lo que excluye otros posibles supuestos en que la objetividad del alto cargo pueda estar comprometida cómo son los conflictos de interés[702].

El Tribunal Supremo ha explicado convenientemente la abstención al señalar que "la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común establece la obligación de abstenerse de las autoridades y del personal al servicio de las administraciones públicas en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas. Éstas pueden ser determinantes de la falta de imparcialidad subjetiva u objetiva necesaria para garantizar que los acuerdos se adopten o en cuya formación participen, se adecuen a los fines de interés público fijados por el Ordenamiento Jurídico y sean ajenos a cualquier circunstancia que pueda ser indicativa de sujeción a intereses ajenos al fin de la actividad administrativa o de la supresión o disminución de las garantías de imparcialidad y neutralidad establecidas por la ley para garantizar el acierto de las decisiones por parte de los órganos que integran las Administraciones públicas"[703].

Respecto a la participación, esta no tiene por qué ser en calidad de instructor, puesto que la norma señala simplemente la acción de "intervenir". En este sentido, la STJ de Castilla y León, 273/2003, de 5 de marzo, dispone que: *"*el precepto que tipifica la conducta no hace distinciones al respecto y que el deber de imparcialidad es independiente a la intensidad del actuar administrativo. Añadir que el tipo del artículo 7.1.g) solo define como conducta intervenir en un procedimiento administrativo, quehacer más amplio que el de dictar resolución y tiene o presenta diversas morfologías, pudiendo ser una la de control o visado o la inspección". Asimismo, no se requiere que los informes emitidos hayan sido incorrectos o desviados, ya que se trata de evitar el riesgo de que se produzca ese favorecimiento[704].

Hay que señalar, asimismo, que la LACAGE también se refiere en su art. 25.2 como infracción grave al "incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta ley". Llama poderosamente la atención que cuando se trata de altos cargos el incumplimiento del deber de abstención solo llegará a constituir una infracción en el

[701] El art. 7.1.g) del RRD la prevé para el supuesto de los empleados públicos.
[702] El art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dispone que: "Son motivos de abstención los siguientes:
a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar".
[703] STS de 15 de julio de 2003.
[704] STSJ de Galicia de 11 de noviembre de 1998 (RJ 4725).

supuesto de que sea reiterado. Mientras que en el resto de casos (otros cargos públicos, funcionarios…) bastará una sola ocasión para que se cumpla el tipo infractor. Este aspecto debería revisarse puesto que los principios inherentes que resultan inherentes a su cargo son incompatibles con esta benevolencia del legislador.

Debe destacarse que en el ámbito penal existe un delito similar en el art. 439 CP a esta infracción administrativa de la que hablamos, como es el de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. La diferencia estriba, según JAREÑO LEAL en "que el precepto penal es un tipo de resultado, mientras que el precepto administrativo sanciona una mera desobediencia formal: la infracción del deber de abstención, con independencia del resultado final"[705].

c) La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan infracción muy grave.

Esta falta grave la encontramos tipificada en el art. 29.2.c) de la LTGB[706], bien es cierto que es preciso advertir que esta infracción puede confundirse con la establecida como muy grave en el art. 29.1.c) de la LTBG; sin embargo, la diferencia estriba esencialmente en la gravedad de los hechos, siendo así que para que se cumpla este tipo, basta con que la emisión del informe o la adopción del acuerdo cause un perjuicio a la Administración o a los ciudadanos, no siendo necesario que este perjuicio sea grave, como se exige en el precepto referido de la LTBG. Cabe preguntarse, de todas formas, si es posible que existan vulneraciones de la legalidad en la tramitación del procedimiento administrativo que resulten inocuas para el ciudadano y la Administración.

d) No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio.

La LTBG tipifica esta infracción grave en el art. 29.2.d) y, como en el resto de casos anteriores, tiene su correspondencia en el régimen disciplinario de los empleados públicos[707].

Como ha destacado SÁNCHEZ MORÓN, esta falta solo sería aplicable en aquellos casos de violación del deber de reserva menos graves y no subsumibles en el art. 29.1.d) de la LTBG.

En el ámbito del empleo público encontramos alguna jurisprudencia interesante que se encarga de describir los distintos elementos que han de concurrir en el tipo infractor y que son perfectamente trasladables a los cargos públicos. Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de febrero de 2015, relaciona esta infracción con la obligación de sigilo que a los empleados públicos impone el artículo 53.12 del TREBEP cuando, entre los principios éticos, establece que los empleados públicos guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan

[705] JAREÑO LEAL, A. (2018): "El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-17, p 13. (Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-17.pdf).
[706] En el caso de los empleados públicos se regula en el art. 7.1.h) del RRD.
[707] El RRD la tipifica en su art. 7.1.j) para los empleados públicos.

hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

Por tanto, sigue señalando la citada Sentencia, que son elementos fundamentales para que surja esta infracción, en primer lugar, que el empleado público haya tenido acceso por razón de su cargo o función a determinada documentación o información y, en segundo lugar, que no guarde el debido sigilo.

El deber de sigilo es un concepto jurídico indeterminado, y la citada Sentencia dispone que debe cumplir los siguientes requisitos: el uso de una información reservada, sensible no accesible, que suponga la afectación de derechos de especial protección y que ponga al descubierto elementos o hechos de expresa protección.

Jurisprudencialmente se han venido señalando los elementos que deben concurrir en el tipo. Así, se ha exigido en primer lugar que una previsión normativa disponga este deber; en segundo lugar, se establece que no existe esta infracción si se trata de datos que la Administración deseaba dar a conocer o resultaban de conocimiento general; y, finalmente, que tampoco existiría infracción si los datos no han sido utilizados para una finalidad propia del empleado o cargo público, sino para la finalidad que le es propia[708].

Debe tenerse en cuenta también, en este sentido, el delito de negociaciones prohibidas previsto en el art. 442 del CP que castiga a la autoridad o funcionario público "que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado"[709].

e) El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad.

Encontramos esta infracción grave en el art. 29.2.e) de la LTBG[710] que se refiere a aquellos casos de inobservancia de los aspectos formales de la normativa reguladora de los procedimientos sobre incompatibilidades.

La norma no establece un plazo determinado, sino que exige que**,** con carácter previo a simultanear otra actividad, se haya obtenido autorización expresa.

En este supuesto, a diferencia del regulado en el art. 25.1.a) de la LACAGE referido al "incumplimiento de las normas de incompatibilidades", lo que se sanciona es el hecho de que el alto cargo se encuentre en una situación jurídica permitida, pero sin haber solicitado la respectiva autorización, es decir, un elemento formal consistente en que no se habría

[708] Puede verse, a estos efectos, la STSJ Navarra de 14 de abril de 2008 (rec. 83/2008), la STSJ Pais Vasco de 3 de junio de 2008 (rec. 1128/2008) y la STS de 11 de diciembre de 2017 (rec. 521/2017).
[709] La Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 2012 (rec.32/2012), condenó penalmente e inhabilitó a un funcionario que, trabajando en el Departamento de licencias municipales y teniendo acceso al ordenador donde figuraban los datos de las empresas de hostelería que habían solicitado licencia de actividad, comunicó a una empresa de máquinas recreativas el listado con los datos dichas empresas para que le ofreciera sus servicios.
[710] En el caso de los empleados públicos, en el art. 7.1.k) del RRD.

realizado la declaración de incompatibilidad si bien, y por tanto, no se estarían vulnerando los principios de imparcialidad y objetividad.

En el marco normativo de las infracciones disciplinarias contempladas en la LTBG, el artículo 29.3 se ocupa de la regulación de las infracciones leves comenzando por tipificar:

2.1.3 Infracciones leves.

a) La incorrección con los superiores, compañeros o subordinados.

Esta infracción leve recogida en el art. 29.3.a) LTBG[711] ha de ponerse en relación con los principios generales que regulan la actuación de los cargos públicos recogidos en el artículo 26 LTBG, como la imparcialidad, la dignidad de su conducta, la integridad, ejemplaridad, etc., ya que informarán la interpretación y la aplicación del régimen sancionador

b) El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2.b) cuando ello no constituya infracción grave o muy grave o la conducta no se encuentre tipificada en otra norma[712].

Esta infracción leve la encontramos en el art. 29.3.b) de la LTBG. Se trata de una conducta descrita de forma muy amplia y general en la que se requiere, para que sea subsumible en el tipo, que se dé una situación de descuido o negligencia y que sea leve, es decir, que no tenga una entidad suficiente como para poderse catalogar como grave, ni suponga, asimismo, el incumplimiento de los principios regulados en el art. 26.2.b) que se refieren específicamente a la observancia por el cargo público de aquellas actuaciones que tienen que ver con la dedicación al cargo.

2.2 Reiteración y reincidencia en la conducta infractora.

La LTBG introduce una cláusula de reiteración y reincidencia en materia de infracciones muy graves y graves. Así, el art. 29.1.l) señala que será una infracción muy grave "la comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado por dos

[711] El art. 8.c) RRD en el caso de los empleados públicos. También existe una infracción grave en el caso de los empleados públicos tipificada en el art. 7.1 RRD que se refiere a la "grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados". Por tanto, la diferencia entre una y otra infracción estribaría en la gravedad de la incorreción.

[712] En la normativa autonómica encontramos algunas infracciones parecidas que, sin embargo, están redactadas de forma mucho más amplia. De esta forma, la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco, establece en su artículo 28 que es una infracción muy grave "el incumplimiento de los principios generales que rigen el código de conducta de los cargos públicos a que se refiere el capítulo II". Este Capítulo II, que incluye los principios y valores de integridad y transparencia, principios de conducta individual, principios de calidad institucional y principios de relación con la ciudadanía. Asimismo, se ocupa de los conflictos de interés, los deberes de abstención y recusación y el Código de Ética y Buen Gobierno desarrollado por Resolución 67/2016, de 22 de noviembre, del Viceconsejero de Relaciones Institucionales, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Texto Refundido del Código Ético y de Conducta de los cargos públicos de Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público y se incorporan a dicho Código nuevas previsiones. Por su parte, la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, señala en su artículo 49, bajo la rúbrica de "Infracciones en materia de buen gobierno, buena administración y gobierno abierto", que es una infracción muy grave "incumplir gravemente los principios éticos y reglas de conducta asumidos en la declaración responsable prevista en el artículo 36 de esta ley".

infracciones graves a lo largo del año anterior contra las que no quepa recurso en la vía administrativa". Y, de la misma manera, prevé el art. 29.2.f) que será una infracción grave "la comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves a lo largo del año anterior contra las que no quepa recurso en la vía administrativa".

La introducción por el legislador de estas infracciones como corolario final a cada uno de esos apartados es poder castigar con mayor contundencia a aquellos cargos que, sin perjuicio de haber sido ya sancionados en el último año, siguen incumpliendo y realizando conductas contrarias a la integridad e idoneidad que debe llevar aparejado el cargo.

Es preciso, sin embargo, distinguir entre reincidencia y reiteración en la comisión de infracciones para delimitar el concreto alcance de las previsiones establecidas. Y es que reincidencia y reiteración no son sinónimos (STS de 23 de marzo de 2005, rec. 4777/2002). En efecto, con carácter general se entiende que existe reiteración de infracciones cuando se cometa más de una infracción de la misma naturaleza, sin que exista resolución o sentencia condenatoria firme. En un plazo determinado (normalmente en vía administrativa se utiliza el plazo de un año). De otro lado, existirá reincidencia cuando haya recaído sentencia o resolución firme y se vuelve a cometer una nueva infracción de la misma naturaleza. Al respecto, parece que lo que el legislador de buen gobierno ha querido penalizar es la reincidencia que tiene lugar cuando al cometer una infracción, el sujeto ha sido previamente castigado por comisión de una infracción de igual o mayor gravedad o de dos o más de gravedad menor.

Bien es cierto que no es un elemento que diferencie reincidencia y reiteración la necesidad de que la infracción haya sido declarada por resolución firme. Por lo que se refiere a la reincidencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 (rec. 4553/1996) admitió cierta vacilación en la propia jurisprudencia para concluir que: "parece preferible la interpretación de que, para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia para una calificación más grave de la conducta sancionable o para la agravación de la sanción prevista en la norma sancionadora, sólo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa, como ocurre en el supuesto del artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en el que corresponde al caso enjuiciado en este proceso. En estos supuestos bastará, por ende, la firmeza en vía administrativa de la resolución sancionatoria, determinante de la ejecutividad del acto decisorio".

2.3 Las infracciones disciplinarias de los altos cargos en la legislación autonómica.

En el caso de las Comunidades Autónomas es preciso referirnos a la existencia de distintos modelos que podemos encontrar en relación a las infracciones disciplinarias. Un primer grupo, como Valencia o Asturias[713], opta por no añadir nada nuevo a lo establecido en la norma estatal al no considerarlo necesario. Y un segundo grupo opta por complementar lo previsto en la legislación estatal acudiendo a la autoregulación a través de Códigos de Conducta sin prever un sistema sancionador, como es el caso de Navarra

[713] En efecto, el artículo 47 de la Ley Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de Asturias remite a los artículos 28 y 29 de la Ley estatal.

o Murcia[714], o bien previendo como infracción el incumplimiento del Código de Conducta[715]. Alternativamente a las opciones anteriores podemos encontrar otras Comunidades Autónomas que, o bien simplemente, realizan una leve matización al régimen general establecido en la legislación básica como acontece en Galicia[716], o aclaran el régimen competencial en esta materia como sucede en La Rioja o Valencia[717]. Por último, otras Comunidades Autónomas contemplan tipos infractores complementarios a los establecidos en la legislación estatal de los que seguidamente daremos cuenta.

Básicamente se trata del caso de Cataluña y las dos Castillas. Con más intensidad en el primer caso que en los dos restantes dado que, en realidad, en el caso de Castilla La Mancha y Castilla y León se van a entremezclar las infracciones disciplinarias (artículo 29 LTBG) con otras más propiamente incardinables en las que resultan calificadas en la normativa estatal cómo infracciones sobre incompatibilidades y conflictos de intereses (artículo 27 LTBG). Es de advertir, por ello, que en unos y otros tipos responden a un título competencial distinto. En el caso de las disciplinarias propiamente dichas constituirían legislación de desarrollo propiamente dicha -las básicas estarían en la legislación estatal- mientras que en las relativas a conflictos de intereses e incompatibilidades sería la norma autonómica la encargada de realizar la tipificación de

[714] La reacción frente al incumplimiento no se traduce en sanciones necesariamente o, al menos, no en todos los supuestos. Así el artículo 4 de la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por la que se establece un Código de Buen Gobierno, a la hora de regular el control de su cumplimiento prevé que anualmente el Gobierno de Navarra conocerá un informe elevado por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior sobre los eventuales incumplimientos de los principios éticos y de conducta, con el fin de analizar los procedimientos y actuaciones que con arreglo a lo dispuesto en otras leyes forales reguladoras de la incompatibilidad del Gobierno y sus altos cargos pudieran incoarse.
Por su parte la Comunidad Autónoma de Murcia, la reforma operada a la Ley 1/2014, de 26 de junio, mediante la Ley 7/2016, de 18 de mayo, contempló taxativamente obligaciones éticas y de conducta en el artículo 52 previendo en su apartado 3º que anualmente se presentará por el órgano de gobierno de cada Administración un informe relativo a su cumplimiento que se publicará en el portal de transparencia. Una solución muy parecida a estas Comunidades Autónomas podía encontrarse en un fallido Proyecto de Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre el estatuto de las personas que ocupan cargos públicos y buen gobierno (Boletín Oficial del Parlamento Canario nº 122, 2018).

[715] Es el caso del País Vasco que contempla como infracción en el artículo 28 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos como infracción muy grave el incumplimiento de los principios generales que rigen el código de conducta de los cargos públicos a que se refiere el capítulo II que, cómo declara su propia Exposición de Motivos, tiene como función no solo una pretensión declarativa o informativa del modelo de servidor público que se quiere preservar y garantizar, sino que se trata de un texto normativo que establece, con la fuerza de la ley, los deberes a mantener en el desempeño de la función pública que corresponde al cargo. De esta forma, aborda una diferenciación de los principios y valores que han de servir de guía que, partiendo de vectores básicos de actuación de la integridad y de la transparencia, se concretan estas en tres sectores interrelacionados:
– Los principios de conducta individual, como compromisos de naturaleza personal.
– Los principios de calidad institucional, para la obtención de los fines organizacionales.
– Los principios en relación con la ciudadanía, como destinataria de los servicios y políticas públicas.

[716] En efecto, en el artículo 55 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia, junto a remitirse a las infracciones establecidas en la legislación estatal, añade en su apartado 2 que se considera infracción grave el incumplimiento reiterado de las obligaciones en materia de transparencia previstas en esta ley cuando se produzca un daño manifiesto, e infracción leve el incumplimiento de las indicadas obligaciones cuando no sea reiterado y no se produzca daño manifiesto.

[717] El artículo 21 de la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja establece, de esta forma, los órganos competentes para incoar, el órgano competente para tramitar o prevé un régimen de actuaciones previas. Lo mismo sucede en el caso valenciano en que el artículo 65 de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana realiza idéntica operación limitándose a regular las infracciones en materia de transparencia.

los supuestos que han de considerarse infracción dada la remisión que, a este respecto, se contiene en el artículo 27 LTBG.

Su exposición se realizará en forma cronológica, no sin advertir los graves problemas interpretativos en su concreta aplicación como consecuencia de la reiteración de conductas que con distintos matices puede apreciarse en algunos casos respecto de los tipos estatales. Por ejemplo, la legislación estatal establece como infracción muy grave el incumplimiento de las funciones esenciales derivadas del ejercicio del alto cargo, y la legislación catalana no hace referencia a dicha característica de "funciones esenciales" sino tan solo a incumplirlas de forma pública y manifiesta lo que plantea la duda de a qué funciones incumplidas ha de atenderse si a todas o solo a las "esenciales" o, si alternativamente, para las esenciales no se requiere esas características de públicas y manifiestas y si para el resto. En fin, como fácilmente se podrá comprender en algunos tipos, y muy específicamente los que son reiterativos de la legislación estatal, la seguridad jurídica en la tipificación de conductas brilla por su ausencia en algunos concretos supuestos.

No obstante, es de destacar que algunas Comunidades Autónomas han llevado a cabo con mucho más acierto que la legislación estatal la necesaria adaptación de las infracciones disciplinarias al estatuto del alto cargo obviando la asimilación al estatuto funcionarial.

Por último, debe advertirse que en las singularidades que ofrece esta normativa autonómica se incluyen tipos que, en la normativa estatal, aparecen en el segundo grupo de infracciones referidos a las incompatibilidades y conflictos de intereses lo que ya nos permite adelantar, y a ello nos referiremos más adelante, a la conveniencia de introducir una cierta coherencia en la clasificación de las infracciones realizada a nivel básico en la legislación estatal incorporando, asimismo, ciertas tipificaciones relativas a los conflictos de intereses y las incompatibilidades.

En el caso de Cataluña, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, una de las primeras leyes aprobadas tras la legislación estatal, su Exposición de Motivos se hace eco de los bienes jurídicos que se pretenden proteger con las infracciones, señalando que: "Una sociedad democrática y la necesidad de que los intereses públicos sean servidos con objetividad, neutralidad e imparcialidad obliga a que la conducta de los servidores públicos, especialmente los altos cargos, se ajuste a unos parámetros que garanticen el cumplimiento de estos principios"[718].

Al respecto, y sin perjuicio de las infracciones establecida en la legislación estatal, se adopta también una triple clasificación en muy graves, graves y leves.

El artículo 77, al referirse a las infracciones muy graves, establece los siguientes tipos:

[718] En este sentido, como señala el Preámbuelo de la Ley 19/2014, la norma establece los principios de buen gobierno que deben hacerlo posible, los cuales deben ser desarrollados mediante códigos éticos y de buena conducta. El establecimiento de estos códigos se complementa con el principio de publicidad de las actividades, bienes e intereses de los altos cargos y la obligación de observancia del régimen de incompatibilidades. Otra medida a destacar es la obligación de dar publicidad a los criterios de acuerdo con los que se designa a los altos cargos, atendiendo a su competencia, cualificación y experiencia profesional.

a) Tomar decisiones o adoptar medidas manifiestamente contrarias a la Constitución o al Estatuto de autonomía.

b) Cometer actos u omisiones que vulneren el contenido esencial de los derechos y las libertades públicas.

c) Tomar decisiones, llevar a cabo actuaciones o cometer omisiones con finalidad discriminatoria, por razón de cualquier circunstancia personal o social.

d) Incumplir de forma pública y manifiesta las funciones inherentes al cargo.

e) Incumplir los principios éticos y reglas de conducta a los que se refiere el artículo 55.2 de la Ley.

f) Incumplir, las personas y organizaciones que tienen la condición de grupos de interés, las obligaciones establecidas por la presente ley o por el código de conducta que les sea de aplicación, de acuerdo con lo que se determina en el título IV de la misma.

Por su parte, el artículo 78 regula las infracciones graves recogiendo los siguientes tipos:

a) Adoptar acuerdos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico con perjuicio grave para la Administración, los interesados o los ciudadanos.

b) Adoptar decisiones o intervenir en asuntos si existe el deber de abstenerse o si se dan las circunstancias legales de conflicto de intereses.

c) No informar sobre los criterios seguidos para la designación de los altos cargos.

d) Incumplir los requisitos establecidos por la ley para el nombramiento de los altos cargos.

e) Rechazar sin motivación las propuestas de iniciativa normativa que cumplen los requisitos legales.

f) Cometer actos u omisiones que vulneren los derechos y las libertades fundamentales y los derechos estatutarios, siempre que no constituyan una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 77.3.b.

g) Incumplir los principios de buena conducta establecidos por las leyes y los códigos de conducta, siempre que no constituyan una infracción muy grave.

Por último, el artículo 79, referido a las infracciones leves, se hace eco de un tipo de carácter residual destinado a recoger todos aquellos actos y omisiones, que constituyendo descuido o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley y en la atención a los ciudadanos cuando ejercen los derechos que les garantiza la norma, no estén contempladas en apartados anteriores.

Como puede comprobarse, y sin perjuicio de lo referido anteriormente sobre la reiteración de conductas asimilables a las previstas en la norma estatal, se contemplan tipos infractores específicos derivados de concretas previsiones de la Ley no contempladas en

la norma estatal (Grupos de Interés, por ejemplo), o subsanando notables olvidos de esta (como las referidas al incumplimiento de las reglas sobre designación de estos), y con una abundante utilización de tipos en blanco como también ocurre en la legislación estatal.

En el caso de Castilla-León, la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos resulta mucho menos innovadora que la anteriormente analizada, y como ahora veremos recoge conjuntamente infracciones estrictamente disciplinarias -incumplimiento de lo establecido en el Código ético- con otras derivadas de los incumplimientos en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades. De esta forma, en su artículo 23.1, las siguientes infracciones muy graves:

a) El incumplimiento del régimen de incompatibilidades contenido en esta ley.

b) La presentación de declaraciones o documentos falsos.

c) El incumplimiento del deber de abstención, siempre que haya supuesto un beneficio para sus intereses personales.

d) El incumplimiento de las limitaciones tras el cese previstas en el artículo 14.1.

e) Incurrir en una infracción grave cuando, en los cuatro años inmediatamente anteriores a su comisión, hubiese sido el autor sancionado por una infracción, de las tipificadas en esta ley, calificada como grave por resolución firme en vía administrativa.

En su apartado 2 como infracciones graves enumera las que siguen:

a) El incumplimiento del deber de abstención, siempre que no suponga una infracción muy grave.

b) La omisión deliberada de algún dato en las declaraciones que deban presentarse conforme a lo previsto en esta ley.

c) La no presentación de alguna de las declaraciones o documentos exigidos por esta ley tras ser apercibido para ello.

d) El incumplimiento de lo previsto en el Código Ético y de Austeridad, siempre que no suponga una infracción muy grave.

e) El incumplimiento de las obligaciones y las limitaciones exigidas tras el cese, siempre que no supongan una infracción muy grave.

f) Incurrir en una infracción leve cuando, durante el ejercicio del cargo, hubiese sido el autor sancionado por dos infracciones, de las tipificadas en esta ley, calificadas como leves por resolución firme en vía administrativa.

Y, por último, en su apartado 3 considera infracción leve la presentación de las declaraciones o documentos exigidos en esta ley fuera del plazo previsto para ello.

En cualquier caso, la norma, y a diferencia de la anterior y de la que seguidamente daremos cuenta, es mucho más parca en materia estrictamente disciplinaria esforzándose en mayor medida en las infracciones relativas a conflictos de intereses e incompatibilidades.

Finalizando esta exposición en Castilla-La Mancha, la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno contempla, en su título III las normas sobre buen gobierno, buena administración y gobierno abierto y la propia norma, según confiesa en su Preámbulo, es consciente de que se emplean términos con múltiples zonas de concomitancia de los establecidos con carácter básico en el título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre[719]. De nuevo, en la norma, se acude a los códigos de conducta o éticos transcendiendo de lo que serían simples principios carentes de eficacia normativa, para consagrar auténticas reglas jurídicas de conducta reforzándose dicha opción con la previsión establecida en el artículo 36 que prevé la obligación de que los altos cargos y asimilados efectúen una declaración responsable sobre el cumplimiento de los principios de buen gobierno, cuya vulneración está prevista expresamente como infracción administrativa.

De esta forma, el artículo 49, con la denominación de infracciones en materia de buen gobierno, buena administración y gobierno abierto, contempla en su apartado 1 las infracciones muy graves:

a) Cometer actos u omisiones que vulneren el contenido esencial de los derechos y las libertades públicas.

b) Incumplir gravemente los principios éticos y reglas de conducta asumidos en la declaración responsable prevista en el artículo 36 de esta ley.

En su apartado 2 enumera, a su vez, las siguientes:

a) Adoptar decisiones o intervenir en asuntos si se dan las circunstancias legales de conflicto de intereses.

b) Incumplir los principios de buen gobierno y reglas de conducta a que se refiere esta ley, siempre que no constituyan una infracción muy grave, y, en particular, la no presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 36 de esta ley, transcurrido un mes desde que surgiera la obligación de hacerlo.

c) Rechazar sin motivación las propuestas de iniciativa normativa que cumplan los requisitos legales.

d) Incumplir notoriamente los compromisos mínimos de calidad en la prestación de los servicios públicos asumidos en las cartas de servicios.

[719] Como reconoce la propia Exposición de Motivos, esta Ley resulta particularmente exigente a los estrictos efectos de su ámbito de aplicación, y así, de esta forma, asimila a la condición de alto cargo a todos aquellos que ejercen funciones efectivas de dirección en el ámbito del sector público regional, con independencia del régimen jurídico aplicable a su relación de servicios. De esta manera, por ejemplo, se considera asimilado al alto cargo el personal sujeto a relación laboral especial de alta dirección e, incluso, a los que pudieran desempeñar estas mismas funciones en una posible relación administrativa, civil o mercantil, si existieren.

e) Suministrar información parcial o incompleta, con la voluntad de dificultar su comprensión o valoración sobre las propuestas sometidas a la consideración de la ciudadanía, o de forma que altere el resultado del proceso participativo.

f) No valorar, en la toma de la decisión final, el resultado del proceso participativo, cuando este se establezca normativamente con carácter preceptivo.

Por último, en su apartado 3 contempla como infracciones leves,

a) Los incumplimientos de las obligaciones y deberes establecidos por la presente ley y en la atención a los ciudadanos cuando ejercen los derechos que les garantiza la norma, si aquellos no son susceptibles de tipificarse como infracción muy grave o grave.

b) La no presentación de la declaración responsable prevista en el art. 36 de esta ley en el plazo de siete días naturales desde que surgiera la obligación de hacerlo.

c) Cualquier otro incumplimiento de los compromisos que constituyen el contenido mínimo del código de conducta establecido en el artículo 45 c) de la presente ley que no tenga la consideración de infracción grave.

Ciertamente la norma realiza un esfuerzo por no reiterar, con buena lógica, las conductas ya tipificadas en la legislación estatal de carácter básico y, de esta forma, se reitera en cada uno de sus apartados dicha salvedad enumerando, además de las tipificadas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, las propias tipificaciones establecidas en la norma autonómica y se centra, como debe de ser y con independencia de su mayor o menor fortuna, en tipos complementarios más adecuados al estatuto de los altos cargos.

Antes de continuar con el resto de infracciones y sanciones a las que nos referiremos en el presente capítulo es necesario realizar algún comentario adicional. Y es que, resulta un tanto dudoso la tendencia de las Comunidades Autónomas a remitir en sus leyes autonómicas la regulación de estas conductas a favor de Códigos Éticos o de Conducta, teniendo en cuenta el principio de reserva de ley constitucional (art. 25 CE) y legal (art. 27 LRJSP) de la tipicidad de las infracciones y sanciones, todo ello como consecuencia de la especial trascendencia del principio constitucional de seguridad jurídica –art. 9.3 CE–. De acuerdo con el principio de tipicidad, las infracciones y sanciones deben estar debidamente previstas en una norma jurídica que reúna los requisitos de *lex scripta, lex previa y lex certa*.

En efecto, la jurisprudencia ha permitido una cierta flexibilidad en esta materia y considera que, si esa remisión normativa es suficientemente determinada, será válida y aceptable. Ahora bien, de acuerdo con la STS de 21 de diciembre de 2005, lo que no se permite es una remisión indeterminada o genérica a normas poco delimitadas, a los reglamentos o a las normas técnicas sin una previa determinación de los elementos esenciales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito administrativo, no rigen las reglas tan estrictas que informan el derecho penal y, por tanto, la reserva de ley es, en cierta forma, "modulable"[720]. Por tanto, lo que se permite, es la colaboración del reglamento. No de cualquier forma, sino que se exige que exista una previa

[720] Puede verse al respecto, entre otras, las SSTC 77/1983, 87/1985, 2/1987.

determinación de los elementos esenciales de la infracción y sanción en la ley, esto es, se prohíbe la remisión en blanco a normas reglamentarias[721]. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, tratándose de "relaciones de sujeción especial", lo cierto es que existe aun mayor relajación en la aplicación de estos principios y se ha permitido que, aun existiendo cobertura legal, la ley remita al reglamento por completo la graduación de las sanciones[722]. Por tanto, habrá que valorar cada caso en concreto para dirimir si se están cumpliendo o no con los requisitos propios del derecho sancionador administrativo, en este caso, referido a altos cargos, sujetos a relaciones de supremacía especial.

3. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ESTABLECIDAS EN MATERIA DE INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERÉS.

El artículo 27 de la LTBG establece sobre las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses que "el incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de este título será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación". Por tanto, en el ámbito de la Administración General del Estado, debemos acudir a la LACAGE y, en el ámbito autonómico, a las respectivas normas que regulan dichas cuestiones atinentes a preservar la objetividad en el actuar del alto cargo. Más complejo es el caso de las entidades locales.

3.1. Las infracciones sobre conflictos de intereses e incompatibilidades en la normativa estatal.

Antes del análisis de los respectivos tipos, conviene hacer un apunte sobre el grado de cumplimiento de las previsiones establecidas en la LACAGE y su real incidencia. Y, desde este punto de vista, es preciso referirnos a qué es la Oficina de Conflicto de intereses, de acuerdo con el artículo 22 de la LACAGE, la que tiene la obligación, para asegurar mayor transparencia en el control del régimen de incompatibilidades, de elevar al Gobierno cada seis meses, para su remisión al Congreso de los Diputados, un informe detallado sobre el cumplimiento por parte de los titulares de los puestos incluidos en su ámbito de aplicación, de las obligaciones de declarar, así como de las infracciones que se hayan cometido y de las sanciones que hayan sido impuestas identificando a sus responsables.

Debe destacarse, en el sentido expuesto, que hasta la fecha no se han incoado demasiados procedimientos sancionadores a los altos cargos. De esta forma, la Resolución de 1 de septiembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LACAGE por el que se aprueba el Informe relativo al primer semestre de 2021, en relación con el grado de cumplimiento de la LACAGE establece que solo se ha incoado un procedimiento sancionador y 5 en virtud de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. De estos procedimientos incoados, tan solo el relativo a la LACAGE ha sido resuelto. Es más, en el periodo comprendido entre los años 2018 a 2020, tan solo se han incoado según la información suministrada por estos Informes semestrales obligatorios, 7 procedimientos. Todo ello, a pesar del gran número de altos

[721] SSTC 26/2002, 162/2008, 135/2010,13/2013; SSTS de 11 de abril de 2003, 15 de marzo de 2011.
[722] STC 2/1987.

cargos que existen en la Administración General del Estado.[723].Por tanto, nos encontramos ante un sistema que, o bien no está funcionando, o bien podría ser calificado de mera operación de imagen dada su escasa relevancia en la práctica.

Constatada esta sorprendente y preocupante realidad, entramos a realizar el correspondiente análisis de las infracciones que recoge la LACAGE. Su artículo 25 distingue entre infracciones muy graves, infracciones graves e infracciones leves:

Así, señala en su apartado primero, que son infracciones muy graves las siguientes:

a) El incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley.

b) La presentación de declaraciones con datos o documentos falsos.

c) El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18 en relación con la gestión de acciones y participaciones societarias.

d) El falseamiento o el incumplimiento de los requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo.

En cuanto a las infracciones graves, el artículo 25.2 establece las siguientes

a) La no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello.

b) La omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley.

c) El incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta ley.

d) La comisión de la infracción leve prevista en el apartado siguiente cuando el autor ya hubiera sido sancionado por idéntica infracción en los tres años anteriores.

Finalmente, el apartado tercero establece que "se considera infracción leve la declaración extemporánea de actividades o de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el requerimiento que se formule al efecto".

Veamos cada una de ellas.

a) Infracción relativa al incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley[724].

[723] Puede destacarse la Resolución de 10 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública, por la que se publica una sanción impuesta a través de un procedimiento incoado en 2019 por la comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 25.1.a) (incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades), obligándole al sancionado a la declaración de incumplimiento de la ley y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y la imposibilidad de volver a ocupar un alto cargo durante un periodo de 5 años.

[724] Recordemos que el régimen de incompatibilidades comprende:

Esta infracción se refiere principalmente a la imposibilidad de ejercer otras actividades como consecuencia de la dedicación exclusiva al cargo. Así, el artículo 13 de la LACAGE señala que "los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea". Para cometer esta infracción, basta con que el alto cargo realice alguna de las actividades que prevé el artículo 13 sin solicitar la oportuna autorización[725].

Sin embargo, tal y como recuerda PÉREZ MONGUIÓ,[726] las limitaciones relativas a las incompatibilidades también se deducen de las actividades posteriores al cese, durante dos años[727], tal y como indica el artículo 15 de la LACAGE al señalar que "los altos cargos,

1º. La limitación a un elenco tasado de las actividades públicas compatibles con el desempeño del cargo, con prohibición de percepción de cualquier otra remuneración distinta a las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados que correspondan de acuerdo con la normativa aplicable.
2º. La prohibición -que cuenta con excepciones- de i) compatibilizar (como efecto del deber de dedicación exclusiva) la actividad propia del cargo con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena; y ii) percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas o cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada.
3º. La prohibición de tenencia de participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de la Administración.
4º. La exclusión, durante los dos años siguientes al cese en el cargo, de: i) el ejercicio de actividades privadas, concretamente la prestación de servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado; ii) la celebración, por sí o a través de sociedades o empresas participadas directa o indirectamente en más del 10 por ciento, de contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones públicas, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas; y iii) formulación de declaración de actividades que pretendan realizar para obtener el pertinente pronunciamiento de compatibilidad o incompatibilidad. En el caso, además, de los ex altos cargos que reingresen a la función pública y presten servicios retribuidos de carácter privado: deber de inhibición en todas aquellas actuaciones privadas que guarden relación con las competencias del alto cargo ejercido.

[725] En el ámbito de la función pública, el Tribunal Supremo ha señalado que esta infracción tipificada como muy grave responde a la "finalidad de eliminar situaciones reales de pérdida de la debida independencia o neutralidad en la función, así como evitar el peligro de que ello pueda producirse, reforzando la credibilidad en las personas que desempeñan funciones públicas". (STS de 15 de octubre de 1994 (RJ 8034)).

[726] PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2020): "Conflicto de intereses y régimen sancionador de los altos cargos en la Administración General del Estado" en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F. *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 652.

[727] En este sentido, encontramos la STS 1170/2021, de 6 de abril (rec. núm. 73/2020) que ratifica la sanción impuesta a un alto cargo de la Administración General del Estado (Presidente de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife), que posteriormente al cese, pasó a desempeñar el cargo de Directivo de Loro Parque, empresa privada a la que él previamente, durante el ejercicio del alto cargo, había concedido autorizaciones para disponer de un local en las instalaciones portuarias y para anunciarse en su interior. También, la STS 3457/2017 (rec. núm. 4861/2016) ratifica la sanción impuesta por el Consejo de Ministros a un ex alto cargo que, tras renunciar a ser Consejera de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, durante los dos años posteriores al cese pasó a prestar servicios en la empresa privada *Digital Origin Technology, Ltd*, empresa que presta no solo servicios financieros, sino también sino también servicios de asesoramiento, consultoría y administrativos a empresas, todo ello sin comunicarlo a la Oficina

durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado"[728]. En este sentido, también BETANCOR destaca que cualquiera de las infracciones que se cometan por el alto cargo relacionadas con el Título II de la LACAGE, relativo al Régimen de conflictos y de incompatibilidades, podría encajar en este tipo infractor, siempre que el legislador hubiese sido mas cuidadoso en su redacción al señalar cuáles conductas específicamente podrían tener consecuencias sancionadoras[729]. Así, por ejemplo, en el caso de los empleados públicos, se distingue claramente en su régimen sancionador aquellas conductas que dan lugar a una incompatibilidad por falta siquiera de solicitar una autorización, calificadas de muy graves, de aquellas otras, en las que esta incompatibilidad puede derivar de la falta de solicitud o reconocimiento en plazo (falta grave) o, incluso, de aquellos casos no deliberados en que la Administración se retrasa en resolver sobre la cuestión (que no sería sancionable). Quizá un régimen regulado con más detalle hubiera sido deseable también en el caso de los altos cargos[730], aunque es preciso poner de relieve que, en las infracciones disciplinarias de la LTBG, se prevé en el art. 29.2.e) como falta grave "el incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad".

b) Infracciones relativas a la presentación de las declaraciones a que están obligados a presentar los altos cargos.

Dentro de esta infracción encontramos dos variantes: por un lado, la presentación de declaraciones con datos o documentos falsos, que está calificada como infracción muy grave y, por otro, la no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello y la omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley, descritas como infracciones graves.

La primera variante de esta infracción muy grave se refiere al falseamiento de las declaraciones obligatorias del alto cargo conforme a lo establecido en los artículos 16 y 17 de la LACAGE, esto es, por un lado; la declaración de actividades que hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo o las que vayan a iniciar tras su cese. Y por otro lado, la declaración de bienes y derechos, es decir, la presentación de un certificado de la última declaración anual del impuesto sobre el patrimonio, si tiene obligación de presentarla, o si no tiene tal obligación, la presentación de un formulario cumplimentado equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de la Administración

de Conflictos de Intereses y cobrando la compensación económica tras el cese, todo ello, a pesar de no constar remuneración.

[728] En alguna norma autonómica sí encontramos expresamente esta puntualización entre las infracciones muy graves. Así, en la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León se señala el artículo 23.1.d) que será infracción muy grave "el incumplimiento de las limitaciones tras el cese previstas en el artículo 14.1".

[729] BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2016): "Puertas giratorias: regulación y control", en el vol. col. dirigido por VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: Ámbitos, causas y remedios jurídicos,* Atelier, Barcelona, p.181.

[730] En la normativa balear, la Ley 2/1996, 19 noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la comunidad autónoma de las Illes Balears sí prevé expresamente en el artículo 15.1.a) que será una infracción muy grave "el incumplimiento de disposiciones en materia de incompatibilidades" siempre que esta suponga el mantenimiento de una situación incompatible.

Tributaria, así como una copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio y al de cese y una certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes.

En cuanto a las infracciones graves, la no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello, se trataría de una conducta en la que el alto cargo no envía al Registro de Actividades de Altos Cargos y al Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión o cese, según corresponda, una declaración de las actividades que, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo o las que vayan a iniciar tras su cese, y , en el otro caso, el certificado de su última declaración anual presentada del impuesto sobre el patrimonio, o un formulario cumplimentado equivalente quienes no tengan tal obligación, y que, tras haber transcurrido dicho plazo y haber sido requerido para que lo realice, insiste en su comportamiento.

Por lo que se refiere a la infracción grave de la omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley, este tipo puede incluir desde documentos o datos necesarios para completar estas declaraciones o la declaración responsable de idoneidad, así como la omisión de datos y circunstancias relevantes para que la Oficina de Conflicto de Intereses pueda elaborar el informe de comprobación de la situación patrimonial del alto cargo tras su cese, conforme al artículo 24 de la LACAGE.

Por último, se sanciona como una infracción leve aquellos casos en los que, tras cumplir el plazo y después del requerimiento por los Registros de que se traten en cada caso, finalmente, el alto cargo remite la declaración de actividades o de bienes y derechos patrimoniales.

c) El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1 8LACAGE en relación con la gestión de acciones y participaciones societarias.

Con esta remisión al artículo 18 LACAGE, que se refiere específicamente al control y gestión de valores y activos financieros, por el que los altos cargos deberán contratar a una empresa autorizada a prestar servicios de inversión, siempre que la cifra sea superior a 100.000 euros, el legislador ha dejado vacía la obligación establecida en el artículo 14 LACAGE respecto a las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias por las que los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas (o subcontratas de empresas) en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública; o que se tratase de una sociedad anónima con capital social superior a 600.000 euros. Si sucediese esto de forma sobrevenida, el alto cargo deberá notificarlo a la Oficina de Conflictos de Intereses, quien deberá informar sobre las medidas a adoptar para garantizar la objetividad en la actuación pública. Si el alto cargo poseyese estas participaciones al ser nombrado o las obtuviese por sucesión hereditaria u otro título gratuito, deberá enajenarlas o cederlas a un tercero independiente. Esta cesión o enajenación deberá ser declarada a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos

Patrimoniales y deberá contar con el informe favorable previo de la Oficina de Conflictos de Intereses.

La realidad es que debería hacerse una interpretación extensiva, pues el propio nombre de la infracción se refiere a las participaciones societarias. Sin embargo, y de acuerdo con el principio de tipicidad en materia sancionadora, esto podría resultar dudoso. Por tanto, la conducta que describiría el artículo 14 LACAGE, también podría entrar dentro la infracción grave de no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello. Se trata de un olvido del legislador, que debería ser solventado.

d) El falseamiento o el incumplimiento de los requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo[731].

Esta infracción supone que el alto cargo no habría contado en ningún momento con los requisitos mínimos para ser nombrado como tal (esto es, la honorabilidad o la debida formación y experiencia en la materia), o que hubiera falseado los documentos que así lo acreditaran, o que le hubiera sobrevenido alguna causa para su pérdida. Esta idoneidad, en el momento de su acceso al cargo, será apreciada tanto por quien propone como por quien nombra al alto cargo, por lo que no hay un verdadero control y existe una discrecionalidad demasiado amplia que podría suponer un problema a la hora de detectar de determinadas conductas irregulares.

Respecto a la honorabilidad exigida al alto cargo, implica que éste no haya sido condenado por sentencia firme de determinados delitos, inhabilitado o sancionado por falta muy grave de acuerdo con la LTBG. La realidad es que, a menos que esta falta de honorabilidad haya surgido de forma sobrevenida, es complicado que el alto cargo pueda llegar a falsear estos datos o acceder a un cargo en esas condiciones. Máxime cuando la Oficina de Conflictos de Intereses debe realizar un informe cada seis meses sobre el cumplimiento por los altos cargos de las obligaciones de declarar, de acuerdo con el artículo 22.2, en el que se incluiría la declaración responsable de idoneidad que está obligado a realizar y remitir el alto cargo a dicha Oficina, y que supondría, por tanto, una verificación de los extremos y obligaciones que impone la norma.

[731] En la normativa autonómica encontramos algunas infracciones parecidas que, sin embargo, están redactadas de forma mucho más amplia. De esta forma, la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco, establece en su artículo 28 que es una infracción muy grave "el incumplimiento de los principios generales que rigen el código de conducta de los cargos públicos a que se refiere el capítulo II". Este Capítulo II se refiere a los principios y valores de integridad y transparencia, principios de conducta individual, principios de calidad institucional y principios de relación con la ciudadanía. Asimismo, se ocupa de los conflictos de interés y de los deberes de abstención y recusación, el Código de Ética y Buen Gobierno, desarrollado por Resolución 67/2016, de 22 de noviembre, del Viceconsejero de Relaciones Institucionales, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Texto Refundido del Código Ético y de Conducta de los cargos públicos de Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público, y se incorporan a dicho Código nuevas previsiones. Por su parte, Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, señala en su artículo 49, bajo la rúbrica de "Infracciones en materia de buen gobierno, buena administración y gobierno abierto", que es una infracción muy grave "incumplir gravemente los principios éticos y reglas de conducta asumidos en la declaración responsable prevista en el artículo 36 de esta ley". El que se refiere a los principios de buen gobierno.

Cuestión diferente es la relativa a la debida formación y experiencia en la materia que, siendo cierto que en determinados casos puede llegar a tratarse de una cuestión muy subjetiva, se han detectado, en demasiadas ocasiones, exageraciones o títulos no superados en los *curriculum vitae* de algunos cargos y representantes políticos, así como de altos cargos.

e) Infracción relativa al incumplimiento reiterado del deber de abstención.

A pesar de que la objetividad debería considerarse como un requisito inexcusable en el ejercicio del alto cargo, al recaer su incumplimiento sobre el derecho fundamental de igualdad, la neutralidad, la transparencia, etc., el artículo 25.2 apartado c) de la LACAGE exige para el incumplimiento del deber abstención que la conducta del alto cargo se realice de forma reiterada, no siendo suficiente que dicho deber se incumpla en una sola ocasión para poder cumplir el tipo. Por lo que no cabe sino rechazar la redacción dada en la LACAGE a esta infracción. Teniendo en cuenta que la propia Oficina de Conflicto de Intereses, tras comprobar la declaración de actividades, le informará de aquellos asuntos en los que no debe intervenir y que, por tanto, debe abstenerse. El hecho de realizar esta conducta tras el previo aviso de la Oficina, debería ser motivo suficiente para constituir una infracción, tal como ha puesto de relieve BETANCOR[732].

Sin embargo, el artículo 29.2.b), LTBG establece, aunque circunscrito en el marco normativo de las infracciones disciplinarias, que será una infracción grave "la intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas". Por tanto, y aun siendo compatibles ambas sanciones, podría haber supuestos conforme a la regulación de la LACAGE que quedaran fuera del ámbito sancionatorio. En este sentido, PÉREZ MONGUIÓ ha destacado que sería más correcto modificar este aspecto, de forma que la infracción con el factor de reiteración pasase a ser una infracción muy grave añadiendo dentro de las mismas la falta de abstención en contra del informe de la Oficina de Conflicto de Intereses, y dejando como infracción grave únicamente la regulada en la LTBG[733].

3.2 Las infracciones sobre conflictos de intereses e incompatibilidades en la normativa autonómica.

Anteriormente nos referimos a que la LTBG reenvía a la normativa propia de las Comunidades autónomas la tipificación de las infracciones sobre conflictos de intereses e incompatibilidades renunciando a establecer unos tipos de carácter básico, a diferencia de otros subgrupos de infracciones que sí se prevén en dicha norma. La explicación a este proceder de la norma básica, que en principio no parece encontrar justificación alguna, podría basarse en la existencia con carácter previo a la aprobación de la LTBG de distintas normas autonómicas que ya contemplaban infracciones en esta materia tanto para cargos públicos como para miembros de los parlamentos autonómicos[734].

[732] BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2016): "Puertas giratorias: regulación y control", en el vol. col. dirigido por VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: Ámbitos, causas y remedios* jurídicos, Atelier, Barcelona, p.181.

[733] PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2020): "Conflicto de intereses y régimen sancionador de los altos cargos en la Administración General del Estado" en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F. *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 653.

[734] En cumplimiento del artículo 15.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, el Código de Conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña establece, en el capítulo V (Instrumentos de garantía del Código de conducta), un régimen sancionador para éstos. Se atribuye a la Mesa la iniciación y la resolución

A la vista de dicha normativa y de las consideraciones realizadas cabe destacar distintas características de las que, seguidamente, pasamos a dar cuenta.

La primera, ya lo apuntábamos con anterioridad al analizar las infracciones denominadas cómo disciplinarias, es que en general en la normativa autonómica este tipo de infracciones relativas a conflictos de intereses e incompatibilidades se entremezclan con infracciones disciplinarias *stricto sensus* lo que ya puede ser indicio de que, en realidad, no estamos hablando de infracciones cualitativamente distintas o de distinta naturaleza.

En segundo lugar, que dicha operación de reenvío normativo a las Comunidades Autónomas produce un resultado asimétrico, es decir, producto de ese reenvío no encontramos un cuadro uniforme de infracciones, lo que es producto, lógicamente, de la propia configuración competencial del alto cargo como un elemento atribuido a la potestad organizatoria de cada administración. Veamos, a este respecto, dos ejemplos en distinta dirección.

Algunas normas autonómicas son bastante más completas que la LACAGE en la redacción dada a las infracciones muy graves que prevén. En este sentido, la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia incluye entre las infracciones de incompatibilidades y conflictos de intereses el incumplimiento de la prohibición de la tenencia de fondos en paraísos fiscales. También se prevé este mismo aspecto en la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, tras la modificación operada por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante.

---

de dicho procedimiento, mientras que la instrucción del preceptivo expediente corresponde a la Comisión del Estatuto de los Diputados.

Las infracciones se clasifican en muy graves, graves y leves y así el artículo 28 contempla las siguientes:

4. Son infracciones muy graves:

a) Facilitar intencionadamente información parcial u omitir o manipular información relevante en aquello que afecta el cumplimiento de las obligaciones que establece este Código de conducta.

b) Incumplir el deber de abstención en caso de conflicto de intereses.

c) Aceptar obsequios o regalos de valor ostensiblemente superior al que establece el artículo 22.1. Se entiende por valor ostensiblemente superior el que supera cuatro veces el importe máximo que establece dicho artículo 22.1.

5. Son infracciones graves:

a) Dar información incompleta sobre el cumplimiento de las obligaciones que establece este Código de conducta.

b) Incumplir los plazos establecidos para la presentación de las declaraciones que deben formular los diputados de acuerdo con el Reglamento y este Código de conducta.

c) Incumplir el deber de publicidad de la agenda parlamentaria a que refiere el artículo 9.2.

d) Facilitar datos parciales o incompletos en el caso de las declaraciones complementarias.

e) Aceptar obsequios, regalos, favores, ofertas de hospitalidad u otros servicios de carácter personal que contravengan las reglas que establece este Código de conducta, sin perjuicio de lo que establece la letra c del apartado 4.

6. Son infracciones leves las conductas que comporten incumplimiento de otros principios y reglas de conducta distintos a los establecidos por los apartados 4 y 5.

Las sanciones, por su parte, pueden ir desde la amonestación pública hasta una multa de 600 a 12.000 euros. Para las infracciones muy graves se prevé la posibilidad de que la Mesa del Parlamento acuerde la suspensión temporal del ejercicio de la función parlamentaria «mientras el diputado no resuelva la situación de incumplimiento».

Tanto los informes de la Comisión del Estatuto de los Diputados como las resoluciones de la Mesa deben publicarse en el Portal de la Transparencia.

Bien es verdad que, por otro lado, y en distinta dirección, cabe destacar que la LACAGE es más estricta en cuanto a determinadas incompatibilidades que lo que establecen algunas normas autonómicas como sucede con la compatibilidad con funciones docentes[735].

La tercera característica resulta de las preocupaciones que muestra dicha legislación autonómica, más centrada en las incompatibilidades y las obligaciones de abstención en las normas primigenias, y más atenta a las nuevas previsiones relativas a los conflictos de interés, lobbies, etc. en la normativa más reciente.

Un repaso por los distintos tipos previstos en la legislación autonómica pone de manifiesto las características señaladas. Y, en este último sentido, un buen ejemplo del primer grupo de Comunidades Autónomas, resulta ser el caso de Andalucía, cuya Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, contempla en el artículo 15 el siguiente cuadro de infracciones[736].

---

[735] Así, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley 3/2005, de 8 de abril de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones de altos cargos y otros cargos públicos, dedicado a la dedicación exclusiva, y modificado por Disposición final 2ª de la Ley 2/2021, de 18 de junio de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, permite que los altos cargos puedan compatibilizar sus funciones con el ejercicio retribuido o no de la docencia en la enseñanza universitaria, siempre que no suponga detrimento de su dedicación y, en todo caso, con un límite no superior a las setenta y cinco horas anuales o su equivalencia con el régimen de dedicación del profesorado expresado en créditos ECTS. En Cataluña, la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, señala en su artículo 11 "los altos cargos al servicio de la Generalidad pueden compatibilizar su cargo con el ejercicio de funciones docentes universitarias retribuidas, de carácter reglado, siempre y cuando no sea en detrimento de la dedicación al ejercicio del cargo público, en régimen de dedicación a tiempo parcial y con una duración determinada". En Galicia, la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno, señala en su artículo 41 que "se podrá compatibilizar, cumplidas las restantes exigencias de la presente ley, el ejercicio de funciones docentes, de carácter reglado, siempre que no supongan menoscabo de la dedicación en el ejercicio del cargo público y se realice en régimen de dedicación a tiempo parcial". En el País Vasco, la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, señala en su artículo 17 que "los cargos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley podrán compatibilizar sus funciones con el ejercicio retribuido de la docencia en la enseñanza universitaria, siempre que no suponga detrimento de su dedicación y, en todo caso, con un límite no superior a las sesenta horas lectivas anuales". En Baleares, la Ley 2/1996, 19 noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la comunidad autónoma de las Illes Balears señala en su artículo 7 bis que el ejercicio del cargo será compatible con "la impartición de clases en la universidad con carácter de profesor asociado o profesora asociada". En Canarias, la Ley 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Comunidad Autónoma de Canarias, señala en el artículo 7 que "los altos cargos podrán compatibilizar sus actividades propias con funciones universitarias en régimen de dedicación a tiempo parcial".

[736] Otro buen ejemplo lo encontramos en la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros de la Comunidad Autónoma de la Rioja, que contempla el siguiente cuadro de infracciones en los artículos 64 y ss.:

Se considerarán infracciones muy graves:

a) El incumplimiento del deber de dedicación exclusiva establecido en el artículo 52 de esta Ley.

b) La falsedad u ocultación de los datos de importante trascendencia económica que deban ser incluidos en las declaraciones y en los documentos que hayan de ser presentados en el Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses.

c) La omisión de presentación en el Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses de las correspondientes declaraciones, habiendo mediado requerimiento expreso.

d) El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 59 en relación con la gestión de valores y activos financieros que revista importante trascendencia económica.

Se consideran infracciones muy graves:

a) El incumplimiento, por los titulares de altos cargos, de las normas sobre incompatibilidades y sobre abstención e inhibición, a que se refieren los artículos 3 y 6, y 7, respectivamente, de la presente Ley, cuando se haya producido daño manifiesto a la Administración de la Junta de Andalucía.

b*)* La falsedad de los datos y documentos que deben ser presentados conforme a lo establecido en esta Ley.

c*)* La omisión de datos y documentos que sean relevantes por su importancia o trascendencia social, y que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta Ley.

Por su parte, se consideran infracciones graves:

a*)* El incumplimiento, por los titulares de altos cargos, de las normas sobre incompatibilidades y sobre abstención e inhibición, a que se refieren los artículos 3 y 6, y 7, respectivamente, de la presente Ley, y no constituyan infracción muy grave de las previstas en la letra *a)* del apartado anterior.

b*)* La omisión de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo previsto en esta Ley y no constituyan infracción muy grave de las previstas en la letra *c)* del apartado anterior.

---

e) La reincidencia en la comisión de una falta grave. Existirá reincidencia cuando, antes de transcurrir un año desde la firmeza administrativa de la resolución sancionadora de una falta grave, se cometa una infracción del mismo tipo y calificación.
Se considerarán infracciones graves:
a) La falsedad u ocultación de los datos, que deban ser incluidos en las declaraciones y en los documentos que hayan de ser presentados en el Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses, salvo en aquellos casos en que la infracción tenga la consideración de muy graves.
b) El incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 54 de esta Ley, en relación a las participaciones accionariales.
c) La inobservancia del deber de abstención establecido en el artículo 53 de esta Ley.
d) El incumplimiento de obligaciones a que se refiere el artículo 59 en relación con la gestión de valores y actividades financieras, salvo en aquellos casos en que el incumplimiento tenga la consideración de muy grave.
e) La reincidencia en la comisión de una falta leve. Existirá reincidencia cuando, antes de transcurrir un año desde la firmeza administrativa de la resolución sancionadora de una falta leve, se cometa una infracción del mismo tipo y calificación.
Se considerarán infracciones leves:
a) La omisión de presentación de las declaraciones en el Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses dentro del plazo establecido.
b) El incumplimiento del deber de comunicación al Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses, dentro del plazo establecido, de las participaciones de que hubiere debido desprenderse el alto cargo conforme al artículo 54 de esta Ley.
c) La no remisión al Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses, dentro del plazo establecido, de los contratos a que se refiere el artículo 59 de esta Ley.
d) La no subsanación de defectos formales que, tanto en las declaraciones como en cualesquiera comunicaciones que deban efectuarse al Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses de altos cargos, hayan sido puestos de manifiesto al interesado por el órgano directivo competente.

c*)* La no declaración de actividades, bienes e intereses y retribuciones, en el correspondiente Registro, tras el requerimiento para ello.

d*)* La comisión de dos infracciones leves en el periodo de un año.

Por último, se considera infracción leve:

La no declaración de actividades, bienes e intereses en el correspondiente Registro, dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto.

En cuanto al segundo grupo de Comunidades Autónomas a las que nos referíamos con anterioridad, esto es, aquellas con una legislación dictada recientemente más novedosa y acorde al rumbo que está tomando a nivel internacional esta materia, cabe referirse a la Comunidad Autónoma de Aragón, cuya Ley 5/2017, de 1 de junio, de integridad y ética públicas, contempla en su artículo 61 un cuadro de infracciones más completo en esta materia. Al respecto, y con relación a las infracciones muy graves, contempla las siguientes:

a) La obstaculización o incumplimiento de las actuaciones y resoluciones de la Agencia de Integridad y Ética Públicas.

b) El incumplimiento de los principios de conducta establecidos en el artículo 40.4 de la presente ley.

c) El ejercicio de actividades incompatibles.

d) La presentación de declaraciones con datos o documentos falsos.

e) La inducción, por parte de personas físicas, a un cargo o empleado público del sector público autonómico a la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en este capítulo, aun cuando no haya obtenido el beneficio particular pretendido.

Considerando, por su parte, como infracciones graves:

a) El incumplimiento por los lobistas y lobbies de las obligaciones del Código de conducta reguladas en la presente ley o la comisión de tres o más infracciones leves durante el desempeño de su actividad.

b) La vulneración de la confidencialidad garantizada por el estatuto del denunciante.

c) La no presentación de la declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros tras el apercibimiento para ello.

d) La omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley.

e) El incumplimiento del deber de abstención cuando determine la nulidad de la actuación de que se trate.

f) La comisión de tres o más infracciones leves durante el ejercicio del cargo.

En último lugar, dicha norma considera como infracciones leves:

a) La falta de colaboración injustificada ante los requerimientos de la Agencia de Integridad y Ética Públicas.

b) El incumplimiento por los lobistas y lobbies de las obligaciones del Código de conducta reguladas en la presente ley cuando este, siendo posible su subsanación, se haya subsanado tras el requerimiento que se formule al efecto.

c) La no presentación de la declaración de actividades o de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes registros, dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto.

Es de destacar, sin embargo, que algunas normas autonómicas distinguen dentro de estas infracciones, a su vez, distintos subgrupos. En concreto nos referimos al Principado de Asturias cuya Ley 8/2008, de 14 de septiembre, de transparencia, buen gobierno y grupos de interés, regula, de un lado, las infracciones en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades y de otro las relativas a grupos de interés. Y contempla un cuadro de infracciones por cada una de estas materias.

En materia de conflicto de interés e incompatibilidades, la norma asturiana contempla como infracciones muy graves las siguientes:

1.º El incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere este título.

2.º La presentación de declaraciones con datos o documentos falsos.

3.º El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 40 en relación con la gestión de acciones y participaciones societarias.

4.º El falseamiento o el incumplimiento de los requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo.

Contemplando, por su parte, cómo infracciones graves:

1.º La no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello.

2.º La omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta Ley.

3.º El incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

4.º La comisión de la infracción leve cuando el autor ya hubiera sido sancionado por idéntica infracción en los tres años anteriores.

Y previendo como infracciones leves: la declaración extemporánea de actividades o de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el requerimiento que se formule al efecto.

Y respecto de los grupos de interés dedica, como se ha dicho, en el artículo 55 un cuadro específico dedicado a dicho fenómeno enumerando como infracciones muy graves

a) El incumplimiento por parte de los grupos de interés de la obligación de inscribirse en el Registro de grupos de interés.

b) El consentimiento reiterado por parte de altos cargos a que accedan a ellos grupos de interés no inscritos en el Registro de grupos de interés. Se entenderá que existe reiteración cuando se hayan consentido tres o más accesos en un período de referencia de dos años.

c) El incumplimiento reiterado por parte de los grupos de interés de los compromisos del contenido mínimo del Código de conducta. Se entenderá que existe reiteración cuando el incumplimiento se haya producido más de dos veces en un período de referencia de dos años.

Estableciendo como infracciones graves las siguientes:

a) El consentimiento puntual por parte de altos cargos a que accedan a ellos grupos de interés no inscritos en el Registro de grupos de interés.

b) El incumplimiento puntual por parte de los grupos de interés de los compromisos del contenido mínimo del Código de conducta.

Y, como infracción leve, el incumplimiento por parte de los grupos de interés de los contenidos adicionales del Código de conducta.

En definitiva, y como puede desprenderse de lo hasta aquí expuesto, en esta materia más que en otro tipo de infracciones encontramos un cuadro asimétrico en la regulación del régimen sancionador que, conviene ir apuntando, merecería quizás una cierta reflexión. Y es que, aunque siendo conscientes de que cada Comunidad Autónoma tiene potestad de autoorganización, lo cierto es que, tratándose de materias sancionadoras, esta desigualdad genera inseguridad jurídica. Quizá sería conveniente que aquellas autonomías con una legislación más "anticuada", iniciasen la reforma de sus normas para adecuarse al nuevo paradigma que conllevan los principios de buen gobierno y buena administración.

3.3 ¿Existen infracciones en el ámbito local en materia de incompatibilidades y conflictos de interés?

En lo relativo a las incompatibilidades y conflictos de interés, los miembros electos de las entidades locales se rigen por dos normas veteranas: de un lado, por la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 1985; y de otro, por la Ley de Bases de Régimen Local del mismo año que la anterior con algunas modificaciones esta última introducidas en 2007[737]. Dichas normas se complementan por algunas otras reglas en una norma de ínfimo

[737] Estas modificaciones introducidas en la Ley del Suelo de esa fecha contemplan nuevos controles e incompatibilidades para los electos locales y para los directivos locales (sean funcionarios o laborales) así

y discutido rango: el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. En cuanto a los empleados públicos locales hemos de referirnos a la, sin duda, vetusta Ley de incompatibilidades de 1984; norma, esta última, que por insuficiente para prevenir los conflictos de intereses en el ámbito privado esta llamada a ser sustituida próximamente[738].

como para los funcionarios de habilitación nacional. En concreto, en su Disposición Adicional Novena 3 se modifica el artículo 75.7 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local estableciendo que: «Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos. Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades. Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así cuando se modifiquen las circunstancias de hecho. Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal. Tales declaraciones se inscribirán en los siguientes Registros de intereses, que tendrán carácter público: a) La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá, en el Registro de Actividades constituido en cada Entidad local. b) La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada Entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto. Los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local respecto a los que, en virtud de su cargo, resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones. En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad una certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses y expedidas por el funcionario encargado del mismo.
De otro lado, en el número 4 de tal Disposición Adicional se produce la inclusión de un nuevo apartado 8 en el artículo 75 de dicha Ley de Bases que establece: «8. Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este
artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (que hay que entender ahora referidas a lo dispuesto en la LACAGE). A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese periodo para aquellos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.

[738] En efecto, de hecho y derivado del IV Plan de Gobierno Abierto (eje de integridad), en abril y mayo de 2021 se abrió el preceptivo trámite de información pública para la elaboración de un Anteproyecto en esta concreta materia que tiene como objetivo, junto a constatar la insuficiencia de la norma para la prevención de conflictos de intereses, dar cumplimiento al conjunto de recomendaciones realizadas en esta materia por el Grupo de Estados contra la corrupción del Consejo de Europa (GRECO) y en la que se establecen como objetivos de la misma:

- Establecer un nuevo sistema de incompatibilidades y de prevención de conflictos de intereses en el sector público.
- Regular el desempeño de nuevas actividades profesionales no previstas en la norma vigente.
- Establecer una nueva regulación de las actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades.
- Establecer limitaciones al ejercicio de actividades privadas en supuestos distintos al servicio activo.
- Establecer un nuevo y más riguroso sistema de conflictos de intereses para el personal eventual.

Dicho marco normativo presenta insuficiencias notorias tal cual se entiende en la actualidad la garantía de la objetividad en el ejercicio de cargos públicos y para la prevención de los conflictos de interés. En efecto, comenzando por las dificultades que plantea el propio ámbito de aplicación de las citadas normas, pero siguiendo por la propia regulación que puede decirse se encuentra todavía anclada en una visión idílica del desempeño de las responsabilidades públicas.

Todo ello, además, a pesar de las recomendaciones que en esta materia se vienen sucediendo en el marco del Consejo de Europa que, como es suficientemente conocido, tiene desde 2002 un Código Europeo de Conducta para la Integridad Política de los Representantes locales y Regionales Electos que, en sus artículos 4 y ss., contempla una serie de medidas y prohibiciones para garantizar la integridad y la ética pública comenzando por reivindicar la aprobación de un Estatuto de los cargos públicos locales[739]. Y, ciertamente, todo ello ha influido para que distintas entidades locales, grandes, medianas y pequeñas hayan aprobado modificaciones de su Reglamento Orgánico incluyendo obligaciones y compromisos de conducta en el ejercicio de los cargos públicos (Barcelona, Sevilla, Vigo, Victoria-Gasteiz, Bilbao, Alcantarilla, etc.) impulsados, sin duda, en este concreto aspecto por el Código de Buen Gobierno Local aprobado por la Federación Española de Municipios y Provincias. Bien es cierto que hasta ahora se carece de un mecanismo coercitivo para impulsar el respeto a los principios del Código Europeo de Conducta para la Integridad Política de los Representantes locales y Regionales Electos. Veámoslo.

Como es conocido el principio de legalidad en materia sancionadora, recogido en la actualidad en el artículo 25 de la LRJSP, establece, sin excepción alguna al respecto (a salvo de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas), que la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley. Y en el caso de las entidades locales expresamente el apartado 1 de dicho artículo remite a lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

[739] El Código Europeo cuenta con un total de veinticinco artículos. El artículo 4, que, desde mi punto de vista, es especialmente relevante, contempla la primacía de la Ley y el servicio al interés público como norte de acción en el actuar de estos cargos públicos. A lo largo de su articulado recoge, asimismo, un conjunto de principios entre los que podemos poner de relieve los siguientes por su conexión con la materia que estamos analizando. A saber:
a) Las campañas electorales se deben centrar en dar información sobre programas y no en difamar a los otros candidatos.
b) Se prohíbe el favoritismo y se evita todo conflicto de intereses.
c) Las decisiones discrecionales se deben motivar y deben ser imparciales.
d) Respeto a la disciplina presupuestaria y financiera
e) Prohibición de garantizarse cargos después de finalizar su mandato.
f) Publicidad y proporcionalidad de los gastos de campaña.
g) Declaración pública de intereses y patrimonio.
h. Sometimiento leal a las supervisiones y controles legalmente establecidos.
i) Fomento de la transparencia y responsabilidad durante el mandato.
j). Respeto del mérito en los nombramientos y respeto de las funciones del personal del gobierno local.
Asimismo, contempla una serie de recomendaciones (elaboración de estadísticas sobre corrupción, control de incompatibilidades a nivel central, etc.)

Por otro lado, el apartado 3º del artículo 25 de la LRJSP indica que las disposiciones de ese Capítulo (principios de la potestad sancionadora) serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo. Y, de otro lado, nos encontramos con que el artículo 27 LTBG remite a la normativa propia de cada una de las Administraciones públicas que resulte de aplicación la tipificación de las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses. Por lo que, lógicamente, nos surge la siguiente pregunta: ¿Cuál es la normativa de rango legal que permite sancionar las infracciones en esta materia en el ámbito local?

Si bien, no cabe duda que el artículo 139 LRBRL permite establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones en las correspondientes ordenanzas locales, por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones con la finalidad de conseguir una adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, en defecto de normativa sectorial específica, no parece que ello habilite, sin embargo, a que dicha habilitación legal introducida en la legislación local en 2003 acoja la materia objeto de nuestro análisis.

Por su parte, la disposición final novena LTBG determina que los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley. ¿Serviría, a estos efectos, el Reglamento Orgánico Municipal para la tipificación de infracciones en esta materia que estamos abordando? Me temo que no[740], las disposiciones ya aludidas tal vez permitan, a través de este instrumento normativo, algunas disposiciones en materia procedimental como luego aludiremos, pero en lo que se refiere a la tipificación de infracciones y sanciones estimo que se produciría una falta de rango legal, no amparada por la habilitación antes enunciada, y sería preciso una modificación de la legislación básica de régimen local para permitir que los entes locales pudiesen proceder a la tipificación de infracciones y sanciones en materia de incompatibilidades y de conflicto de intereses que, por ello, queda huérfana en principio en este concreto ámbito.

La legislación de algunas Comunidades Autónomas sí que ha procedido a salvar la omisión normativa en ese aspecto. Pero la verdad, han sido las menos ciertamente.

De esta forma, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña establece en su artículo 3, al regular el ámbito de aplicación de la norma que la presente ley es de aplicación: a) A la Administración de la Generalidad y los entes que integran la Administración local en Cataluña. Pero no ocurre igual en todas las Comunidades Autónomas, la mayoría de ellas.

[740] De distinta opinión parece resultar PONCE SOLÉ, J. (2017): "Códigos Éticos y de conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales", *Buen Gobierno, Transparencia e Integridad Institucional en el Gobierno Local*, Editorial Tecnos, Diputación de Barcelona, p. 266, que propone una colaboración en esta materia de la figura del Reglamento Orgánico", a efectos de complementar las deficiencias del actual marco normativo regulador de los "conflictos de intereses" en que pueden incurrir los cargos públicos locales.

Así pasa, en efecto, en Cantabria[741], País Vasco[742], Baleares [743]o, cómo acontece en Asturias, que también contempla expresamente a los entes locales, pero solo a efectos de transparencia y no de las disposiciones relativas al buen gobierno[744]

Por último, cabe señalar que, en algunos casos, la situación dista de ser clara. Es el caso, por ejemplo, de Castilla-La Mancha, que contempla en el artículo 34.2 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno, que las responsabilidades se extenderán a los altos cargos y asimilados que, de acuerdo con la normativa básica estatal de Régimen Local, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno. Circunscribiéndose, por tanto, el ámbito de aplicación de las disposiciones relacionadas con el buen gobierno a las que les sean aplicables conforme a la legislación básica estatal que, como anteriormente adelantamos, no incluye nada en este concreto aspecto en materia de incompatibilidades y conflictos de interés.

En definitiva, y a modo de conclusión, subsiste en el ámbito de las entidades locales graves insuficiencias en cuanto a la reserva de ley para poder establecer un sistema coercitivo con garantías de objetividad e integridad, al no haber sido atendidos los requerimientos constitucionales y legales por parte de la normativa estatal ni por la normativa autonómica, y que, por las razones antes expuestas, no puede atender la normativa local[745].

4. LAS INFRACCIONES EN MATERIA ECONÓMICO-FINANCIERA.

El bloque normativo relativo a las infracciones en materia económica financiera, recogido en el artículo 28 de la LTBG, pretende alcanzar determinados objetivos con la finalidad de garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y reforzar el

[741] La Ley 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración de Cantabria ciñe su ámbito de aplicación exclusivamente al ámbito autonómico.

[742] Tampoco la Ley Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco extiende su ámbito de aplicación a este Comunidad Autónoma. Es más, la disposición derogatoria se refiere expresamente a la Ley 32/1983, de 20 de diciembre, de Incompatibilidades por el Ejercicio de Funciones Públicas en la Comunidad Autónoma del País Vasco siendo que esta ley tenía una pretensión globalizadora, pues abarcaba a todo el personal, fuera cargo –tanto electivo como no electivo– o fuera empleado público, y a todas las administraciones públicas vascas.
Por su parte, la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi recoge en su artículo 35, la posibilidad de elaboración de un Código de conducta de las entidades locales, pero cuya adhesión es voluntaria y, en su apartado 7, prevé que a los miembros de las entidades locales (solo a miembros) les serán de aplicación los principios de actuación y de conducta previstos en la disposición adicional segunda de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, pero no se establece expresamente la aplicación del régimen sancionador. En suma, en el ámbito local el cumplimiento de los requerimientos queda al albur de las buenas intenciones.

[743] Así puede verse en el artículo 2 de la Ley Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.

[744] Así puede verse en el artículo 2 de la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés que, sin embargo, no se extiende al Título II en relación al Buen Gobierno

[745] En el mismo sentido se pronuncia PALOMAR OLMEDA, A. (2016): "Buen Gobierno Económico". *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril – septiembre, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 166 – 178 y BEJARANO LUCAS, J. M. (2019): "Obligaciones de buen gobierno en el ámbito local", *GABILEX (Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*), núm. 19, p. 57 que mantiene que "en el ámbito local tales previsiones devienen prácticamente en inaplicables dada la ausencia en la legislación básica de una regulación específica que incorpore un régimen sancionador en tales materias para el conjunto de los "altos cargos públicos locales"

compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. Por lo que la introducción de estos tipos disciplinarios busca asegurar el cumplimiento por parte de las distintas Administraciones, y muy singularmente por las autonómicas y locales de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante LOEP), que desarrolla lo previsto en el artículo 135 de la Constitución[746].

Porque, si bien es cierto que la LOEP contempla un amplio repertorio de medidas preventivas, correctivas y coercitivas para asegurar la consecución de sus objetivos, y que su ámbito subjetivo se extiende a la mayoría del sector público, su incumplimiento no implica responsabilidad personal alguna de las personas físicas titulares de los órganos de gobierno. Ha sido la LTBG la llamada a cubrir o subsanar dicha laguna legal de la LOEP[747], al proyectar y extender la responsabilidad personal, y no solo la meramente institucional, a su incumplimiento.

---

[746] El art. 135 dispone que:

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.

[747] Puede verse, en el citado sentido, PALOMAR OLMEDA, A. (2017): "Infracciones y sanciones en el ámbito de la gestión económica-presupuestaria y de orden general", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, p. 1582. Y es que, para este autor "En punto a la valoración cabe indicar que, sin duda, haber centrado las responsabilidades derivadas de la Ley de Estabilidad presupuestaria en una serie de empleados públicos –utilizando esta denominación en su concepto más amplio– es, sin duda, una garantía del cumplimiento de dicha norma. Únicamente cabe la duda de si, realmente, estas obligaciones son o tienen un alcance general en materia de buen gobierno como para haber trascendido de la norma concreta a la

Tal como indica LAVILLA RUBIRA se trata con ello de reaccionar frente a conductas, por parte de responsables públicos, de intolerable laxitud en el empleo de fondos públicos o de abierta corrupción, complementando los regímenes de responsabilidad penal, patrimonial y contable ya existentes con un régimen sancionador administrativo encaminado a dar visibilidad a tales conductas (de forma que el reproche social se sume al jurídico); de que la realización de dichas conductas entrañe un coste económico para su autor (no se tipifican sanciones pecuniarias, pero sí la pérdida del derecho a percibir la indemnización que pudiera estar prevista para el caso de cese en el cargo); y también de impedir la prosecución o reiteración en la comisión de la infracción (mediante la destitución y la prohibición de ser nombrado para un puesto de alto cargo o asimilado durante el plazo que se establezca)"[748].

Lo cierto, sin embargo, es que la experiencia acumulada en la materia muestra un rotundo fracaso en la introducción de estos tipos. Sin duda en la esfera local como ahora veremos, pero mucho me temo que, aún sin datos que avalen esta afirmación dada la escasez de éstos, creo que podría extenderse a otros ámbitos.

En efecto, cabe referirnos en este sentido al Informe del Tribunal de Cuentas sobre fiscalización del cumplimiento de la LTBG en las entidades locales (nº 1418), de 22 de diciembre de 2020, donde se realiza un análisis, en relación a las infracciones económico-financieras, y su correlativa exigencia en las entidades locales a partir de la información remitida por los órganos de intervención local en materia de gestión económico-presupuestaria, así como como de la información suministrada por una muestra de entidades que no habían rendido la cuenta general del ejercicio 2018. Los resultados resultan auténticamente escandalosos, permítasenos utilizar dicha expresión, en relación a la exigencia de responsabilidad por las infracciones tipificadas en el artículo 28 de la LTBG en el sector local. Veámoslo.

- En 743 expedientes, de un total de 35 entidades, se apreciaba la existencia de indicios de posibles responsabilidades por infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria de la LTAIBG y en 454 se comunicaron los hechos advertidos por la Intervención al órgano competente para exigir dichas responsabilidades.
- En los expedientes tramitados con omisión de la fiscalización previa preceptiva correspondientes a un total de 429 entidades, los órganos de Intervención comunicaron la apreciación de indicios de la existencia de posibles infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria en relación con 1.070 expedientes, de un total de veinte entidades, de los cuales fueron puestos en conocimiento del órgano competente, por parte de la Intervención, un total de 145 expedientes, relativos a ocho entidades.
- De las 194 entidades sobre las que se habían comunicado anomalías en materia de ingresos, únicamente el órgano de Intervención en una de ellas había apreciado

general que supone la Ley 19/2013. Pero realmente se ha cubierto el hueco que dejaba aquella norma al señalar una serie de obligaciones que, finalmente, no tenían un responsable identificado y concreto y cuya desobediencia, hasta la publicación de la Ley 19/2013 carecía de efectos en el plano del estatus personal del incumplidor".

[748] LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid, p. 718.

presuntas infracciones tipificadas en el artículo 28 de la LTAIBG, y también en un solo caso se habían comunicado tales anomalías al órgano competente.

- Ninguno de los expedientes en los que los órganos de Intervención habían apreciado la existencia de posibles infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria fueron comunicados al Tribunal de Cuentas, a través del procedimiento previsto para ello en la Plataforma de Rendición de Cuentas, a los efectos de la eventual incoación de un procedimiento de responsabilidad contable.
- En los restantes acuerdos y resoluciones contrarios a reparos, en los que el órgano de Intervención no había apreciado posibles indicios de infracción en materia de gestión económico-patrimonial, el Tribunal de Cuentas ha verificado la existencia de un total de 1.658 expedientes, de un total de 317 entidades locales, en los que el motivo del reparo era la realización de gastos sin crédito adecuado y suficiente o bien gastos efectuados por órganos que carecían de la competencia para su aprobación, hechos que podrían corresponderse con la infracción tipificada en el artículo 28.c) de la LTAIBG.
- En el caso de los expedientes tramitados con omisión de la fiscalización previa, sin haber apreciado el órgano de Intervención la existencia de una posible infracción en materia de gestión económico-presupuestaria, se han analizado los motivos aducidos por la Intervención, entre los que figuraban 152 expedientes por insuficiencia de crédito, 5.886 por falta de tramitación del correspondiente expediente, 104 por incumplimientos no justificados, 249 por motivos de urgencia, 1.210 expedientes por incorrecta utilización del procedimiento de contratación y otros 23 por exceso de obra ejecutada; supuestos todos ellos susceptibles de incardinarse en la infracción tipificada en el artículo 28.d) de la LTAIBG.

Como fácilmente se advertirá, ya fuere porque advertidos hechos irregulares y puestos en conocimiento del órgano competente para incoar los procedimientos correspondientes para la exigencia de responsabilidad pertinente éste no hizo nada, ya fuere porque la anterior circunstancia no fue realizada, los procedimientos sancionadores ni siquiera fueron iniciados. Triste balance después de los esfuerzos realizados por la norma por garantizar un debido cumplimiento de las obligaciones en materia económico-financiera y presupuestaria.

La conclusión del Tribunal de Cuentas en este aspecto es sencillamente demoledora, en relación a la eficacia de la norma, dado que concluye: "Ninguna de las entidades a las que se solicitó información había incoado un procedimiento sancionador por infracción en materia de gestión económico-presupuestaria por el incumplimiento de la obligación de rendir cuentas regulada en la normativa presupuestaria aplicable. Únicamente tres entidades, de las 235 que cumplimentaron la solicitud de información efectuada por el Tribunal de Cuentas, informaron haberlo iniciado, si bien, del análisis de la documentación remitida, se verifica que en ninguno de los tres casos se trataba realmente de expedientes sancionadores por la infracción tipificada en el artículo 28.p) de la LTAIBG. Por lo que se refiere al resto de infracciones de buen gobierno del artículo 28, letras a) a o), del mismo texto legal, no se comunicó la iniciación de procedimiento sancionador alguno por las entidades a las que se había solicitado la información"

En lo que se refiere a las infracciones en materia económica financiera el Tribunal de Cuentas centra su explicación, a este inusitado incumplimiento, en tres tipos de causas en

las que en su mayor parte coincido, pero que no dejan de dejar perplejo a quien se acerque a su estudio, y en caso contrario léase lo que literalmente dice dicho organismo:

"a. Falta de definición del concepto de "alto cargo" en la normativa estatal reguladora del ámbito local, lo que implica que, salvo definición expresa de aquel en la normativa autonómica o en el reglamento orgánico de la propia entidad local, únicamente cabría la aplicación del régimen sancionador previsto en la LTBG a los miembros de la Junta de Gobierno Local.

b. Dificultad para determinar el órgano competente para la incoación del procedimiento sancionador cuando el posible responsable sea un cargo electo, pudiendo atribuirse dicha competencia al presidente de la Corporación (o la persona que ejerza, por delegación, la jefatura de personal), quien puede ser también el presunto responsable de la infracción.

c. Dificultad para determinar el órgano competente para la imposición de sanciones por infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, pudiendo interpretarse que dicha competencia corresponde al Pleno de la Corporación o, en el caso de los municipios de gran población, a la Junta de Gobierno Local; órganos que, asimismo, pueden haber acordado los actos determinantes de la infracción".

Coincidiendo en dichas apreciaciones como se pondrá de manifiesto, y ya se puso de relieve al aludir a los problemas que plantea la definición de alto cargo en la esfera local, creo que es precio poner de relieve, como se está realizando en este estudio, aún más carencias que son las que a la postre tienen que ver con ese incumplimiento reiterado y generalizado de las previsiones normativas en esta materia económica-financiera pero no solo en esta como a lo largo de este trabajo se han ido y se irán poniendo de manifiesto.

4.1 Un breve apunte sobre la conciliación entre la normativa presupuestaria y la de buen gobierno: procedencia o no de esta tipificación.

La inclusión en la LTBG de este tipo de infracciones, como con cierta razón se ha expuesto por DESCALZO, resta coherencia al régimen del buen gobierno que se pretende establecer[749]. Podríamos añadir que esta inclusión, asimismo, es incoherente respecto de

[749] DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "Buen gobierno, altos cargos y derecho disciplinario (comentario a los artículos 25, 27 y a la disposición final segunda)", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Madrid, p. 1469 expone que: "Por de pronto, no cabe ninguna duda que las infracciones previstas en materia de gestión económico-presupuestaria obedecen a la lógica preocupación por la correcta utilización de los caudales públicos –la incursión en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos es la primera de las infracciones– y, por tanto, enlazan sin dificultad con el valor de rectitud e integridad que identifica al buen gobierno, pero es igualmente cierto que restan cierta coherencia al código que quiere instaurarse. De un lado, por razones sistemáticas, ya que las conductas infractoras descritas están relacionadas con disposiciones presupuestarias concretas, por lo que parece más razonable que estuvieran en el texto legal correspondiente. De otra parte, y principalmente, por el sentido último que quiere darse al buen gobierno. Sí, como dice la propia exposición de motivos, el buen gobierno responde a la idea de establecer "un modelo de ejemplaridad" para todos los responsables públicos es evidente que debe nutrirse, como ya apuntaba el *Informe Nolan*, por una serie de valores o principios de carácter general, referidos a la integridad y rectitud personal de los cargos públicos, susceptibles de inspirar o guiar cualquier posible actuación de los mismos. No debería limitarse, por tanto, a realizar una detallada catalogación de conductas infractoras cuyo objetivo es prevenir y castigar la violación de ciertos mandatos normativos. Esa es la función reservada al Derecho administrativo sancionador. Dicho de otra manera, no parece que deba identificarse el buen gobierno, sólo y exclusivamente, con el Derecho disciplinario. Como ha señalado la doctrina para el caso específico de la función pública, la promoción de arquetipos éticos, enfatizando los valores y virtudes

la normativa presupuestaria y hasta podría decirse que lo hace de forma reiterada. Al menos en lo que se refiere al ámbito estatal. Subrayémoslo.

Y es que, en opinión de PALOMAR OLMEDA, no está muy claro el acierto o la utilidad de la reproducción de las infracciones que ya están previstas en otras normas (específicamente las previstas en el artículo 177 de la LGP) dado que puede suceder que unos mismos hechos puedan ser reprochados por las autoridades de hacienda y los órganos disciplinarios previstos en la Ley 19/2013[750]. Y es que, a juicio de este autor, de la lectura conjunta de los artículos 176 y 177 de la LGP se desprenden varias consecuencias al ponerlas en relación con lo dispuesto en la LTBG: la primera, se deriva del distinto alcance y ámbito de aplicación de ambas normas ya que el artículo 176 del LGP se extiende no sólo a cargos y autoridades públicas, sino también al resto de personal de la entidad[751]; una segunda, relativa a las distintas consecuencias derivadas de la comisión de las infracciones ya que en el artículo 177 del LGP sólo se contempla la obligación de indemnizar (sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria)[752]; pero, inclusive, una tercera puede desprenderse y es que los criterios para la exigencia de responsabilidad pueden ser distintos ya que frente al dolo o la culpa que aparecen en la norma presupuestaria el transcrito 178 de la LGP el artículo 30.5 de la Ley 19/2013 se refiere a otros elementos que pueden integrar el reproche, a saber: la naturaleza y entidad de la infracción, la gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado, las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción, las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva, la circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa, o la reparación de los daños o perjuicios causados[753].

Bien es cierto que, en opinión de LAVILLA RUBIRA, es preciso tener en cuenta, "que el citado artículo 177.1 no tipifica, pese al equívoco tenor de su frase introductoria ("constituyen infracciones") y pese a la dicción de su apartado 2 (que alude a "las

---

públicas, debe hacerse desde una óptica positiva que "incentive determinados comportamientos, si no mediante la gratificación económica, sí reconociendo a quienes demuestran una mejor predisposición al interés general y la mejora del servicio".
En el mismo sentido, OLMEDO PALACIOS, M. (2014): "La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Diario La Ley*, núm. 8237, Sección Doctrina, p. 8, quien señala que son un cuerpo extraño cuya introducción en la Ley es más que discutible".

[750] De esta forma, el artículo 28 incluye tipos cuya dicción es prácticamente igual a la que luce en la normativa presupuestaria. Así, por ejemplo, el apartado a) de dicho precepto se corresponde con lo establecido en el apartado a), del artículo 177.1 de la Ley General Presupuestaria. Y a idéntica conclusión podríamos llegar al referirnos a los apartados b) apartado c) o, por último, el apartado e). Todos ellos con identidad, como decimos, a los tipos correspondientes previstos en el artículo 177.1 de la LGP).

[751] Como es conocido, el artículo 176 del TRLGP establece como principio general que: "Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder". Lo que parece conducir a que, en estos supuestos, la responsabilidad si alcanza a interventores y ordenadores de pago (art. 179).

[752] Es preciso poner de relieve que las infracciones en materia económico-presupuestaria llevan siempre la obligación de restituir las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente (sin que se exija en este caso la apropiación de las sumas) y la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos de la legislación presupuestaria y las infracciones muy graves llevan aparejadas la destitución del cargo y la prohibición de asumir un puesto de alto cargo entre cinco y diez años.

[753] PALOMAR OLMEDA, A. (2016): "Buen Gobierno Económico". *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril – septiembre, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 179 a 172.

infracciones tipificadas en el número anterior"), infracciones administrativas susceptibles de ser sancionadas mediante la imposición de sanciones en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, sino infracciones (esto es, vulneraciones) de la LGP a efectos de generar responsabilidad patrimonial de sus autores, la cual se exigirá por los órganos y a través del procedimiento, no sancionador, referidos por el artículo 180 LGP (en particular, en el caso del alcance, conforme al apartado 1 de aquél, la responsabilidad se exige por el Tribunal de Cuentas mediante el oportuno procedimiento de reintegro por alcance). Y es que el artículo 177.1 LGP tipifica infracciones "a los efectos del artículo anterior", y éste (el art. 176) dispone que "las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder". Lo que, a juicio de este autor, tiene la consecuencia de que "no tipificando el artículo 177.1.a) LGP una infracción administrativa, ningún problema de concurso de infracciones ni de *bis in idem* en sentido estricto suscita, en relación con aquél, el artículo 28.a) LT"[754].

Una hipótesis interpretativa que podría explicar esta doble tipificación se debe a dos razones. La primera de ellas a que muchas conductas de las tipificadas pueden ser realizadas por personas que ostentan la condición de alto cargo, pero también por quienes no ostentan aquella por lo que habrá que entender que puede ser sancionada para unos (los altos cargos) por la LTBG y para otros (el resto de empleados públicos que realicen aquellas conductas) por el TREBEP y aunque no sea con carácter disciplinario por el procedimiento de resarcimiento de la LGP.

Y es que una eventual solución a esta doble tipificación con independencia de que pueda así ser o no caracterizada, que no se encuentra en la norma a pesar de que hubiese sido prudente su previsión, podría ser que, al menos en lo que se refiere a la tipificación, debe prevalecer lo dispuesto en la LTBG para los incluidos en su ámbito de aplicación y de esta forma el esquema resultante sería que se aplican las sanciones previstas en la LTBG, pero además habrá que entender que existe obligación de indemnizar conforme al artículo 176 LGP y para los no incluidos en el ámbito de aplicación de la norma de buen gobierno subsistirían los tipos previstos en el artículo 177 LGP. De esta forma, el esquema final es complejo, sobre todo en materia económico-financiera. En el supuesto de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la LTBG y la LGP, las mismas conductas estarían incluidas dentro del reproche disciplinario que se contiene en la propia LTBG. En este sentido, de acuerdo con el artículo 25 LTBG, quedan incluidas las personas que tienen la

[754] LAVILLA RUBIRA J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid, p. 720. Coincide en esta tesis el autor con parte de la doctrina española que ha ido reconstruyendo el concepto de sanción administrativa. En efecto, en este sentido puede destacarse a HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Editorial IUSTEL, Madrid, donde se aborda, en general y en distintos supuestos, la distinción entre las sanciones administrativas y otras medidas de gravamen impuestas por la Administración, que resultan tanto o más perjudiciales para sus destinatarios pero que no son sanciones porque no tienen una finalidad exclusivamente punitiva. Como se explica en dicha obra toda medida que, aunque afecte negativamente a un particular, sirva (también) para la protección de intereses públicos (revocaciones, prohibiciones de ejercicio de actividades, órdenes de restauración o reparación de daños), no puede ni debe ser calificada o utilizada como sanción, pues ello pone en peligro la satisfacción de esos intereses públicos al condicionarla a la concurrencia de circunstancias puramente personales del infractor.

condición de alto cargo en el ámbito de la AGE y a las personas que, conforme a legislación específica, tengan la condición de alto cargo en el ámbito autonómico y local. Por el contrario, en el caso del personal incluido en el TREBEP y en el ámbito de la LGP, se produce una disociación entre los tipos infractores contenidos en la LGP y en el TREBEP, de forma que el reproche disciplinario –en su configuración estructural– es diferente entre los que se someten a una y otra norma aunque se refunda, finalmente, en lo que se refiere al régimen de resarcimiento e indemnización.

Pero una segunda razón es aún más plausible para explicar esa tipificación en la LTBG que se encuentra, como ya podrá imaginarse, en el ámbito de aplicación de esa norma presupuestaria. Y es que, como resulta de los artículos 1 y siguientes de la norma presupuestaria estatal, esta reduce su ámbito de aplicación al sector público estatal. La reiteración de estas conductas en la LTBG es, sin embargo, procedente en el ámbito autonómico y local ya que la disposición final 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre modificó el artículo 2 y 3 de la LGP, con efectos de 2 de octubre de 2016, y con ello excluyendo a éstos -altos cargos autonómicos y locales- del ámbito de aplicación de las conductas previstas en la LGP que solo resulta de aplicación al sector público estatal (artículo 177)[755]. En este sentido, y de acuerdo con el artículo 25 LTBG, quedarían incluidas aquellas personas que tienen la condición de alto cargo en el ámbito de la AGE por referencia a la LACAGE y a las personas que, conforme a legislación específica, tengan la condición de alto cargo en el ámbito autonómico y local, lo que explicaría, al menos en este ámbito, la reiteración de tipos

Con todo, y a pesar de que como se indica resultaba procedente dicha inclusión por las razones expuestas, al menos en el ámbito estatal no estaría de más preguntarse por la idoneidad de que subsista esa doble tipificación, o al menos en la forma que se ha realizado, que, como también se ha puesto de relieve, revela y pone de manifiesto una cierta incoherencia que afecta de lleno y de forma directa a la seguridad jurídica que debe preservar todo sistema infractor.

4.2. Los tipos económico-financieros.

El conjunto de infracciones en esta materia aparece regulado en el art. 28 LTBG[756].

---

[755] Hasta la LTBG, en el ámbito local, solo regía el artículo 188 TRLHL que regula la responsabilidad personal y que establece que:
"Los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los interventores de las entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente".
Y para los cargos electos lo previsto en el artículo 223:
"3. Una vez fiscalizadas las cuentas por el Tribunal, se someterá a la consideración de la entidad local la propuesta de corrección de las anomalías observadas y el ejercicio de las acciones procedentes, sin perjuicio, todo ello, de las actuaciones que puedan corresponder al Tribunal en los casos de exigencia de responsabilidad contable"

[756] El art. 28 LTBG señala que:
"Constituyen infracciones muy graves las siguientes conductas cuando sean culpables:
a) La incursión en alcance en la administración de los fondos públicos cuando la conducta no sea subsumible en ninguno de los tipos que se contemplan en las letras siguientes.
b) La administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
c) Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable.

Junto a la conciliación con la normativa presupuestaria, los tipos previstos en esta materia plantean algunas dudas. Cabe comenzar refiriéndonos a que, como ya se ha puesto de manifiesto en algunos trabajos, los tipos previstos en esta materia plantean algunas o muchas carencias en ciertos supuestos. Desde luego, y como ya ha señalado por PALOMAR OLMEDA, la primera de omisión ya que no se abordan las situaciones en que no existe obligación formalizada (factura) o cuestiones centrales en el funcionamiento anómalo del sector público como el fraccionamiento de contratos, la utilización de facturas en contratos de suministro, la contratación verbal, etc.[757]

d) La omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria.
e) La ausencia de justificación de la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, la normativa presupuestaria equivalente de las administraciones distintas de la General del Estado.
f) El incumplimiento de la obligación de destinar íntegramente los ingresos obtenidos por encima de los previstos en el presupuesto a la reducción del nivel de deuda pública de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y el incumplimiento de la obligación del destino del superávit presupuestario a la reducción del nivel de endeudamiento neto en los términos previstos en el artículo 32 y la disposición adicional sexta de la citada Ley.
g) La realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que no cuenten con la preceptiva autorización o, habiéndola obtenido, no se cumpla con lo en ella previsto o se superen los límites previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, y en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.
h) La no adopción en plazo de las medidas necesarias para evitar el riesgo de incumplimiento, cuando se haya formulado la advertencia prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
i) La suscripción de un Convenio de colaboración o concesión de una subvención a una Administración Pública que no cuente con el informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas previsto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
j) La no presentación o la falta de puesta en marcha en plazo del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
k) El incumplimiento de las obligaciones de publicación o de suministro de información previstas en la normativa presupuestaria y económico-financiera, siempre que en este último caso se hubiera formulado requerimiento.
l) La falta de justificación de la desviación, o cuando así se le haya requerido la falta de inclusión de nuevas medidas en el plan económico-financiero o en el plan de reequilibrio de acuerdo con el artículo 24.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
m) La no adopción de las medidas previstas en los planes económico-financieros y de reequilibrio, según corresponda, previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
n) La no adopción en el plazo previsto del acuerdo de no disponibilidad al que se refieren los artículos 20.5.a) y 25 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, así como la no constitución del depósito previsto en el citado artículo 25 de la misma Ley, cuando así se haya solicitado.
o) El incumplimiento de las instrucciones dadas por el Gobierno para ejecutar las medidas previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
p) El incumplimiento de la obligación de rendir cuentas regulada en el artículo 137 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria u otra normativa presupuestaria que sea aplicable".

[757] PALOMAR OLMEDA, A. (2016), "Buen gobierno económico", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril – septiembre, p. 177. Bien es cierto que LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid, p. 726, ha matizado dicha consideración entendiendo que: "La primera de tales prácticas probablemente estaría comprendida en la infracción tipificada por la letra c) (pues supondría la asunción de compromisos de gasto sin crédito suficiente y con infracción de las disposiciones de la legislación presupuestaria), mientras que la segunda, formalmente prohibida por el artículo 99.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del

Y, desde este punto de vista, estimo que ya se puede indicar que, desde nuestro punto de vista, en la tipificación de las infracciones el legislador podría haber realizado un esfuerzo adicional en aras de una mayor coherencia y racionalidad de la norma y haber incluido una serie de conductas que realmente pueden tener pleno encaje en este ámbito, pero que no se aciertan con claridad a discernir en la dicción utilizada en la norma y cuya consecuencia podría no ser otra que una interpretación extensiva y analógica que pugna mal con un correcto entendimiento del principio de tipicidad en materia sancionadora.

Así, y por subrayar una primera cuestión, hubiese sido prudente haber contemplado dentro de las infracciones en las que eventualmente pueden incurrir los cargos públicos incluidos dentro de su ámbito de aplicación el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley de impulso de la factura electrónica y de creación del registro contable, cuando, como es conocido, uno de los problemas más graves que se han planteado en los últimos años en nuestras Administraciones públicas ha sido precisamente el derivado de la contabilización y el pago de facturas por parte de los sujetos del sector público.

Adicionalmente y en segundo lugar, tal cual se ha apuntado, existen otras conductas problemáticas en el ámbito administrativo, como son las que se refieren al fraccionamiento de contratos, a la contratación verbal o la contratación sin competencia del órgano de contratación que, como en el caso anterior, han sido moneda de cambio común en los últimos tiempos y que puestos a exigir un cumplimiento riguroso de las obligaciones económico-financieras y de las reglas de gasto hubiesen encontrado en esta enumeración un instrumento para garantizar, sin tener que acudir al ámbito penal, el más estricto cumplimiento de las normas contractuales y presupuestarias[758].

De otro lado, en numerosas ocasiones los tipos contemplados en la LTBG incluyen remisiones a otras normas, y tal como indica LAVILLA RUBIRA, si bien dichas remisiones no plantean dificultades, conforme a la jurisprudencia constitucional, desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio de tipicidad de las infracciones administrativas, siempre que las normas remitidas estén redactadas con el grado de precisión suficiente conforme a tal principio, sí que podrían plantear cierta dificultad las previsiones tan amplias contenidas en los apartados b) y k) del artículo 28 LTBG y su compatibilidad con el principio de proporcionalidad[759]. Ya que no es seguro en absoluto

Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sí podría ser considerada acreedora a su tipificación en este artículo 28 LT, ya que la Disposición Adicional Vigesimoctava de aquella Ley, rubricada "*Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas*", únicamente se refiere, por lo que atañe a las autoridades, a la responsabilidad patrimonial, mientras que, respecto del personal al servicio de las Administraciones Públicas, se contempla tanto aquélla como la responsabilidad disciplinaria.
Por otra parte, estando tipificado por la letra p) el incumplimiento de la obligación de rendir cuentas, no pareciera irrazonable valorar la posibilidad de ampliar la infracción a los supuestos en los que, habiéndose rendido aquéllas, se adviertan irregularidades o incluso falseamiento en las rendidas".

[758] Si bien es cierto que algunos tipos infractores de los previstos en la LTBG incluyen algunas de estas conductas en tanto en cuanto suponen la elusión de algunos de los trámites de ejecución presupuestaria que se delimitan en las normas de este rango, lo relevante es que ello exige una interpretación como se ha dicho extensiva y en ocasiones incompatible con los trámites del contrato que puede haberse cumplido, pero que dista de ser ajustado a la legalidad visto en perspectiva.

[759] Los apartados b) y K9 del art. 28 LTBG disponen que constituyen infracciones muy graves las siguientes conductas cuando sean culpables:

que todas y cada una de las vulneraciones de las variadísimas disposiciones remitidas por el artículo 28.b) LT revistan importancia y entidad tales como para merecer la calificación de infracciones muy graves y llevar asociadas las sanciones tipificadas por el artículo 30 LT (que únicamente permite graduar, mediante la aplicación de los criterios establecidos por su apartado 5, la duración de la prohibición de ocupar un nuevo puesto de alto cargo o asimilado)"[760]. El propio Consejo de Estado, en el Dictamen emitido a propósito del anteproyecto de la LTBG, puso de manifiesto la doctrina del Tribunal Constitucional ante las indeterminaciones en la fijación del tipo de infracción o por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sosteniendo que "su compatibilidad con el artículo 25.1 de la Constitución se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad jurídica, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada"[761]

Por último, cabe referirnos a la duda que plantean determinados supuestos respecto de su aplicación o no a ciertos sujetos del sector público, y en concreto a las entidades locales, como resulta ser la del apartado i) o las del apartado p) del artículo 28 que parecen exclusivamente referidas a las CCAA o a la Administración General del Estado respectivamente[762].

"b) La administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
k) El incumplimiento de las obligaciones de publicación o de suministro de información previstas en la normativa presupuestaria y económico-financiera, siempre que en este último caso se hubiera formulado requerimiento".

[760] LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid, p. 721.

[761] Véase el Dictamen del Consejo de Estado 707/2012, de 19 de julio, de 2012 sobre el anteproyecto de la Ley Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se subraya que se detecta una "cierta inclinación a la utilización de términos abiertos y flexibles, lo que en el caso concreto del régimen sancionador pueden provocar una perniciosa quiebra del principio de tipicidad"

[762] En el mismo sentido, lo señala LAVILLA RUBIRA J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid, p. 725, respecto del apartado ñ) argumentando que "Por último, no acaba de advertirse la razón por la que, estando tipificadas por la letra ñ) del artículo 28 LT "*la no adopción de un acuerdo de no disponibilidad, la no constitución del depósito que se hubiere solicitado o la falta de ejecución de las medidas propuestas por la Comisión de Expertos cuando se hubiere formulado el requerimiento del Gobierno previsto en el artículo 26.1 de la* [LOEP]" (precepto este último que se refiere al caso de que quienes incurran en tales conductas omisivas sean las Comunidades Autónomas), no estén tipificadas exactamente las mismas conductas cuando sea una Corporación Local quien no adopte el acuerdo, no constituya el depósito o no ejecute las medidas y se hubiera formulado el correspondiente requerimiento, previsto en el artículo 26.2 LOEP, por el Gobierno o por la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera. Es cierto que, conforme al apartado 3 del propio artículo 26 LOEP, "*la persistencia en el incumplimiento de alguna de las obligaciones a que se refiere el apartado anterior, cuando suponga un incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, podrá considerarse como gestión gravemente dañosa para los intereses generales, y podrá procederse a la disolución de los órganos de la Corporación Local incumplidora, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local*", pero tal disolución debiera constituir la última *ratio* y, además, solo cabría cuando concurriera alguna de las circunstancias tasadas establecidas por el transcrito artículo 26.3 LOEP, lo que hace que la existencia de éste no excuse la indicada omisión de tipificación".
Un intento de interpretación de los tipos en la esfera local, con arreglo a su normativa específica, puede encontrarse en CORCHERO, M. y SÁNCHEZ PÉREZ, L. (2015), "Régimen sancionador en materia de

En cuanto a su contenido los tipos referidos pueden ser clasificados de distintas formas[763], pero en lo que a este trabajo respecta creo que es clarificador distinguir, de un lado, a aquellas infracciones que en la normativa establecida en la LTBG duplican lo ya establecido en la legislación presupuestaria por el uso inadecuado de fondos públicos; y de otro, aquellos tipos introducidos en dicha norma que directamente se dirigen a garantizar el cumplimiento de lo previsto en la normativa sobre estabilidad presupuestaria. De ese doble criterio de clasificación escaparían dos excepciones; una, la prevista en el apartado d) del artículo 28 que tipifica la omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria[764]; y de otro, la prevista en el apartado i) del artículo 28 que tipifica la suscripción de un Convenio de colaboración o concesión de una subvención a una Administración Pública que no cuente con el informe favorable del Ministerio de Hacienda previsto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril[765].

Salvada dicha excepción, y con arreglo a los criterios enunciados, pueden distinguirse:

a) Infracciones relativas al inadecuado uso de los fondos públicos.

Pueden incluirse en este ámbito:

- La incursión en alcance en la administración de los fondos públicos cuando la conducta no sea subsumible en ninguno de los tipos que se contemplan en las letras siguientes (artículo 28.a); precepto que reproduce, casi literalmente[766], lo dispuesto en el artículo 177.1.a) LGP

transparencia y buen gobierno local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 junio al 14 julio, que básicamente coinciden en dicha opinión.

[763] LAVILLA RUBIRA, (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid, p. 719, opina que una clasificación adecuada sería aquella que distinguiese el alcance aludido por su letra a), las conductas descritas en términos generales por sus letras b) y k) y las conductas concretas que entrañan vulneración de previsiones contenidas en la legislación presupuestaria tipificadas por sus letras c), d), e) y p).

[764] El artículo 28 apartado d) no estaba incluido en la redacción inicial de la LTBG, se incorporó posteriormente en la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados. Asimismo, no se considera como causa de resarcimiento de las contemplados en el artículo 177 LGP.

[765] La LOEP determina que, en los supuestos de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto, la concesión de subvenciones o la suscripción de convenios por parte de la Administración Central con Comunidades Autónomas incumplidoras, precisará, con carácter previo a su concesión o suscripción, informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado establecerán los criterios que servirán de base para la emisión de dicho informe que en todo caso deberá tener en cuenta el grado de ejecución de las medidas que deben ser aplicadas por la Comunidad Autónoma para corregir la situación de incumplimiento. Parece, por tanto, que la LOEP no contempla en este supuesto a las Entidades Locales.

[766] Decimos literalmente porque, como puede comprobarse, desaparece la alusión a la "malversación" presente en el artículo 177 LGP, aunque, como explica LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid, p.720, "La noción de alcance se define en el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas que, a efectos de la misma (pero en términos que deben aplicarse también a efectos de la LT), caracteriza aquélla como "el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo

- La administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro (artículo 28.b); precepto que reproduce el artículo 177.1.b) LGP

- Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable (artículo 28.c); precepto que ofrece idéntica redacción a al artículo 177.1.c) LGP.

- La ausencia de justificación de la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o, en su caso, la normativa presupuestaria equivalente de las administraciones distintas de la General del Estado (artículo 28.e); infracción que es reproducción de la contenida en el artículo 177.1.e) LGP[767].

Bien es cierto que la identidad entre los tipos infractores de la LTBG y los de la LGP no alcanza a todos los hechos que el artículo 177 detalla, y en concreto a dos:

- El apartado 1.d) del artículo 177 LGP contempla como un hecho que conllevará responsabilidad patrimonial dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de dicha Ley.

- El apartado 1.f) del artículo 177 LGP incluye cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurran los supuestos establecidos en el artículo 176 LGP[768].

b) Infracciones derivadas de la exigencia de estabilidad presupuestaria y suficiencia financiera.

En este segundo apartado procedería integrar el siguiente grupo de infracciones que, como podrá apreciarse, se caracterizan básicamente por incumplimientos de actividades

de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas". Adviértase que no se tipifica como infracción administrativa la malversación de caudales o efectos públicos (caracterizada por el art. 72.2 LFTC como "su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo"), probablemente por entenderse que la misma, dotada de mayor gravedad que el alcance, constituirá en todo caso delito conforme a los arts. 432 y ss. del Código Penal".

[767] Recordemos que el artículo 78 se refiere a los pagos indebidos y demás reintegros entendiendo por pago indebido el que se realiza por error material, aritmético o de hecho, en favor de persona en quien no concurra derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago o en cuantía que excede de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor. Y, en el artículo 79, se refiere a los anticipos de caja fija y fondos de maniobra entendiendo por tales las provisiones de fondos de carácter extrapresupuestario y permanente que se realicen a pagadurías, cajas y habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos.

[768] El artículo 176 LGP establece, en una cláusula abierta, que: "Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder".

previstas como obligaciones en la LOEP, sin prejuzgar si las mismas fueron adoptadas de forma adecuada. Se configura de esta forma, como infracción, la no realización de la actividad contemplada en esa norma o su realización de forma insuficiente.

De otro lado, y como ha puesto de manifiesto LAVILLA RUBIRA, con quien coincido en dicho aspecto, no cabe oponer a las mismas que hayan sido contempladas en una norma ordinaria como la LTBG**,** ni tampoco objetar la falta de competencia para su previsión[769].

En este segundo grupo de infracciones incluimos las siguientes:

- El incumplimiento de la obligación de destinar íntegramente los ingresos obtenidos por encima de los previstos en el presupuesto a la reducción del nivel de deuda pública de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y el incumplimiento de la obligación del destino del superávit presupuestario a la reducción del nivel de endeudamiento neto en los términos previstos en el artículo 32 de la citada Ley (artículo 28.f) LTBG[770]).

---

[769] En efecto, como indica LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* IUSTEL, Madrid, pp. 723 y 724, "Ningún obstáculo cabe oponer a la validez de dichas previsiones por razón del carácter ordinario, y no orgánico, de la LT, ya que la reserva de ley orgánica establecida por el artículo 135.5 de la Constitución, que se extiende, ciertamente, a la materia constituida por "la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria", no alcanza a la responsabilidad personal, en el ámbito sancionador administrativo, de las personas físicas titulares de los órganos de aquéllas a los que sea imputable el incumplimiento.
Por otra parte, nada cabe objetar tampoco desde el punto de vista del orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, ya que la competencia estatal para tipificar estas infracciones halla razonable acomodo en los títulos competenciales conferidos al Estado por los apartados 1, 13 y 18 del artículo 149.1 de la Constitución, a los que se refiere la Disposición Final Octava de la LT, y, posiblemente, también en el atribuido por el apartado 14 de aquél, omitido por ésta. Recuérdese, en relación con ello, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/2014, de 18 de diciembre, señala, en su Fundamento Jurídico 3, que "debemos determinar cuáles son los títulos competenciales que asisten al Estado en el desarrollo de la materia relativa a la estabilidad presupuestaria, que no son otros que los previstos en el art. 149.1, apartados 11, 13, 14 y 18, CE (SSTC 134/2011, de 20 de junio, FJ 11; 157/2011, de 18 de octubre, FJ 3; y 203/2011, de 14 de diciembre, FJ 5), los cuales le habilitan a adoptar las medidas necesarias para cumplir con los mandatos de la Unión Europea, de cara a la reducción del déficit público y a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario (SSTC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 3; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 4)".
No es esta, sin embargo, la opinión de todos los autores que han analizado la norma. De esta forma, plantea dudas al respecto VELASCO RICO, C. I., «Análisis en clave competencial del proyecto de ley estatal sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *REAF* núm. 17, abril de 2013, p. 289. Y, asimismo, Herrero Prieto, A. "Las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Aproximación al ordenamiento jurídico autonómico", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 23, 2014, pp. 13 y 14.

[770] Infracción que deriva de lo dispuesto en dos preceptos de la LOEP. De un lado, el artículo 12.5 LOEP obliga a que los ingresos que se obtengan por encima de lo previsto en el correspondiente instrumento presupuestario se destinen íntegramente a reducir el nivel de deuda pública; de otro parte, el artículo 32 LOEP establece que: "En el supuesto de que la liquidación presupuestaria se sitúe en superávit, este se destinará, en el caso del Estado, Comunidades Autónomas, y Corporaciones Locales, a reducir el endeudamiento neto. En el caso de la Seguridad Social, el superávit se aplicará prioritariamente al Fondo de Reserva, con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema". En ambos supuestos, como puede verse y ya se ha puesto de manifiesto, y junto a la responsabilidad institucional de las entidades que componen el sector público para el cumplimiento de dichas obligaciones, se refuerza la obligación

- La realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que no cuenten con la preceptiva autorización o, habiéndola obtenido, no se cumpla con lo en ella previsto o se superen los límites previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo (artículo 28.g LTBG)[771].

- La no adopción en plazo de las medidas necesarias para evitar el riesgo de incumplimiento, cuando se haya formulado la advertencia prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.h LTBG).

El artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (LOEP) contempla la llamada por el texto legal "advertencia de riesgo de incumplimiento", que consiste en un eventual incumplimiento del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto de las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales. De esta forma el apartado 2 del artículo 19 se refiere a que: "La Administración advertida tendrá el plazo de un mes para adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo, que serán comunicadas al Ministerio de Hacienda. Si no se adoptasen las medidas o el Ministro de Hacienda aprecia que son insuficientes para corregir el riesgo, se aplicarán las medidas correctivas previstas en los artículos 20 y 21 y 25, apartado 1.a)". De esta forma, el presupuesto que configura el tipo es la adopción o no adopción de las medidas sin que el precepto alcance a determinar el acierto o desacierto en la adopción de las mismas ya fuere porque no eran idóneas o

---

estableciendo responsabilidades personales a los cargos públicos que tienen a su cargo el cumplimiento de dichas obligaciones.

[771] De nuevo, y como en el caso anterior, el artículo 13 LOEP incluye un conjunto de reglas en relación con las operaciones de deuda que pretende garantizar estableciendo su incumplimiento como una infracción. Establece dicho artículo que: "El volumen de deuda pública, definida de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de déficit excesivo, del conjunto de Administraciones Públicas no podrá superar el 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el que se establezca por la normativa europea. Este límite se distribuirá de acuerdo con los siguientes porcentajes, expresados en términos nominales del Producto Interior Bruto nacional: 44 por ciento para la Administración central, 13 por ciento para el conjunto de Comunidades Autónomas y 3 por ciento para el conjunto de Corporaciones Locales. Si, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la normativa europea, resultase un límite de deuda distinto al 60 por ciento, el reparto del mismo entre Administración central, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, respetará las proporciones anteriormente expuestas. El límite de deuda pública de cada una de las Comunidades Autónomas no podrá superar el 13 por ciento de su Producto Interior Bruto regional.

La Administración Pública que supere su límite de deuda pública no podrá realizar operaciones de endeudamiento neto. Los límites de deuda pública solo podrán superarse por las circunstancias y en los términos previstos en el artículo 11.3 de esta Ley. En estos casos deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita alcanzar el límite de deuda teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento.

El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito. La autorización del Estado a las Comunidades Autónomas para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, tendrá en cuenta el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, así como al cumplimiento de los principios y el resto de las obligaciones que se derivan de la aplicación de esta Ley.

La autorización del Estado, o en su caso de las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones Locales para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, tendrá en cuenta el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, así como al cumplimiento de los principios y las obligaciones que se derivan de la aplicación de esta Ley."

proporcionales, sino simplemente el hecho de no adoptarlas en el plazo establecido o adoptarlas insuficientemente.

- La no presentación o la falta de puesta en marcha en plazo del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.j) LTBG).

El artículo 23 LOEP se refiere a la formalización o la puesta en marcha de los planes económico-financieros (regulados en el artículo. 21 LOEP), y/o de los planes de reequilibrio (que contempla el artículo. 22 LOEP).

Los planes económico-financieros y los planes de reequilibrio serán presentados, previo informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, en el plazo máximo de un mes desde que se constate el incumplimiento, o se aprecien las circunstancias previstas en el art. 11.3 LOEP, respectivamente. Estos planes deberán ser aprobados en el plazo máximo de dos meses desde su presentación y su puesta en marcha no podrá exceder de tres meses desde la constatación del incumplimiento o de la apreciación de las circunstancias previstas en el artículo 11.3 LOEP donde se establece que: "Excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo. A los efectos anteriores la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se de una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional. En estos casos deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento".

- El incumplimiento de las obligaciones de publicación o de suministro de información previstas en la normativa presupuestaria y económico-financiera, siempre que en este último caso se hubiera formulado requerimiento (artículo 28.k) LTBG)[772].

- La falta de justificación de la desviación, o cuando así se le haya requerido la falta de inclusión de nuevas medidas en el plan económico-financiero o en el plan de reequilibrio de acuerdo con el artículo 24.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.l) LTBG).

El artículo 24.3 LOEP establece que en el caso de que en los informes de seguimiento se verifique una desviación en la aplicación de las medidas, el Ministro de Hacienda requerirá a la Administración responsable para que justifique dicha desviación, aplique las medidas o, en su caso, incluya nuevas medidas que garanticen el cumplimiento del objetivo de estabilidad. Si en el informe del trimestre siguiente a aquel en el que se ha efectuado el requerimiento, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas

[772] Este supuesto deriva de los arts. 6, 27 y 28 de la LOEP así como el desarrollo de éstos previsto en la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información (modificada por Orden HAP/2082/2014, de 7 de noviembre.

verifica que persiste el incumplimiento del objetivo de estabilidad, se aplicarán las medidas coercitivas del artículo 25 LOEP.

- La no adopción de las medidas previstas en los planes económico-financieros y de reequilibrio, según corresponda, previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.m) LTBG).

El artículo 21 de la LOEP establece que en caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, la Administración incumplidora formulará un plan económico-financiero que permita en el año en curso y el siguiente el cumplimiento de los objetivos o de la regla de gasto, con el contenido y alcance previstos en este artículo. Por su parte, el artículo 22 LOEP señala que la Administración que hubiera incurrido en los supuestos previstos en el artículo 11.3 de esta Ley, presentará un plan de reequilibrio que, además de incluir lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 21, recogerá la senda prevista para alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria, desagregando la evolución de los ingresos y los gastos, y de sus principales partidas, que permiten cumplir dicha senda.

- La no adopción del acuerdo de no disponibilidad o la no constitución del depósito, cuando así se haya solicitado, previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.n) LTBG).

Se trata, en este supuesto, del no cumplimiento de las medidas coercitivas previstas en el artículo 25 de la LOEP que contempla que en caso de falta de presentación, de falta de aprobación o de incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio, o cuando el periodo medio de pago a los proveedores de la Comunidad Autónoma supere en más de 30 días el plazo máximo de la normativa de morosidad durante dos meses consecutivos a contar desde la comunicación prevista en el artículo 20.6 la Administración Pública responsable queda obligada a cumplir con determinadas exigencias[773].

- La no adopción del acuerdo de no disponibilidad, la no constitución del depósito que se hubiere solicitado o la falta de ejecución de las medidas propuestas por la Comisión de Expertos cuando se hubiere formulado el requerimiento del Gobierno previsto en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.ñ) LTBG).

Este supuesto es complementario del anterior, y a el se refiere el apartado 2 del artículo 25 LOEP, que contempla que de no adoptarse alguna de las medidas previstas o en caso de resultar éstas insuficientes el Gobierno podrá acordar el envío, bajo la dirección del

[773] Las exigencias impuestas por el artículo 20.6 LOEP se concretan en lo siguiente:
a) Aprobar, en el plazo de 15 días desde que se produzca el incumplimiento, la no disponibilidad de créditos y efectuar la correspondiente retención de créditos, que garantice el cumplimiento del objetivo establecido. Asimismo, cuando resulte necesario para dar cumplimiento a los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea, las competencias normativas que se atribuyan a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado.
b) Constituir, cuando se solicite por el Ministerio de Hacienda un depósito con intereses en el Banco de España equivalente al 0,2 % de su Producto Interior Bruto nominal. El depósito será cancelado en el momento en que se apliquen las medidas que garanticen el cumplimiento de los objetivos.
Si en el plazo de 3 meses desde la constitución del depósito no se hubiera presentado o aprobado el plan, o no se hubieran aplicado las medidas, el depósito no devengará intereses. Si transcurrido un nuevo plazo de 3 meses persistiera el incumplimiento podrá acordar que el depósito se convertirá en multa coercitiva.

Ministerio de Hacienda de una comisión de expertos para valorar la situación económico-presupuestaria de la Administración afectada. Esta comisión podrá solicitar, y la Administración correspondiente estará obligada a facilitar, cualquier dato, información o antecedente respecto a las partidas de ingresos o gastos. La comisión deberá presentar una propuesta de medidas y sus conclusiones se harán públicas en una semana. Las medidas propuestas serán de obligado cumplimiento para la administración incumplidora. Tanto en este supuesto, como en el anterior, habrá que estar al recurso de inconstitucionalidad núm. 1762-2014 interpuesto contra los mismos.

- El incumplimiento de las instrucciones dadas por el Gobierno para ejecutar las medidas previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.o) LTBG).

Se contempla en este precepto las responsabilidades anudadas al incumplimiento de las obligaciones de cumplimiento forzoso contempladas en el artículo 26 de la LOEP que precipitan la aplicación de los artículos 155 CE y 61 LRBRL[774].

- El incumplimiento de la obligación de rendir cuentas regulada en el artículo 137 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria u otra normativa presupuestaria que sea aplicable (artículo 28.p) LTBG).

El artículo 137 LGP establece la obligación de las entidades integrantes del sector público estatal de rendir la información contable relativa a las cuentas anuales ante el Tribunal de Cuentas y por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado

[774] El artículo 26 de la LOEP establece que:
1. En el supuesto de que una Comunidad Autónoma no adoptase el acuerdo de no disponibilidad de créditos previsto en el artículo 25.1.a), no constituyese el depósito obligatorio establecido en el artículo 25.1.b) o no implementase las medidas propuestas por la comisión de expertos prevista en el artículo 25.2, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución Española, requerirá al Presidente de la Comunidad Autónoma para que lleve a cabo, en el plazo que se indique al efecto, la adopción de un acuerdo de no disponibilidad, la constitución del depósito obligatorio establecido en el artículo 25.1.b) o la ejecución de las medidas propuestas por la comisión de expertos.
En caso de no atenderse el requerimiento, el Gobierno, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, adoptará las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma a su ejecución forzosa. Para la ejecución de las medidas el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de la Comunidad Autónoma.
2. En el supuesto de que una Corporación Local no adoptase el acuerdo de no disponibilidad de créditos o no constituyese el depósito previsto en el artículo 25.1.b) o las medidas propuestas por la comisión de expertos prevista en el artículo 25.2, el Gobierno, o en su caso la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera, requerirá al Presidente de la Corporación Local para que proceda a adoptar, en el plazo indicado al efecto, la adopción de un acuerdo de no disponibilidad, la constitución del depósito obligatorio establecido en el artículo 25.1.b), o la ejecución de las medidas propuestas por la comisión de expertos. En caso de no atenderse el requerimiento, el Gobierno, o en su caso la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera, adoptará las medidas necesarias para obligar a la Corporación Local al cumplimiento forzoso de las medidas contenidas en el requerimiento.
En el caso de que la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera no adoptase las medidas contempladas en este apartado, el Gobierno requerirá su cumplimiento por el procedimiento contemplado en el apartado 1.
3. La persistencia en el incumplimiento de alguna de las obligaciones a que se refiere el apartado anterior, cuando suponga un incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, podrá considerarse como gestión gravemente dañosa para los intereses generales, y podrá procederse a la disolución de los órganos de la Corporación Local incumplidora, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

En definitiva, es preciso poner de manifiesto a la vista de la regulación efectuada que la intención del legislador, loable en principio a fin de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, nos induce a preguntarnos varias cuestiones ya que creemos que puede producir dificultades de interpretación y de aplicación. Una primera cuestión, de carácter sistemático**,** consistente en preguntarnos ¿era o no adecuado introducir dichas infracciones en la legislación de buen gobierno o hubiese sido de mayor acierto refundir las infracciones previstas en la legislación presupuestaria, la ordinaria y la propiamente referida a la estabilidad presupuestaria? En segundo lugar, y por otra parte, nos planteamos si ¿hubiera sido conveniente incluir las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria en un solo texto legal evitando la dualidad de procedimientos a que puede dar lugar la subsistencia de ambas normas, posibilitando con ello la correcta compatibilidad entre las mismas? Por último, y en tercer lugar, ¿hubiese sido conveniente revisar técnicamente la redacción y contenido de las tipificaciones efectuadas cuando cómo acontece en el caso de los entes locales las tipificaciones efectuadas presentan márgenes evidentes de mejora?[775]

5. LAS SANCIONES ESTABLECIDAS PARA LOS ALTOS CARGOS.

5.1 El cuadro general sancionatorio establecido en el ámbito estatal y autonómico.

En cuanto a las sanciones establecidas para la represión de los tipos infractores de nuevo nos encontramos un cuadro asimétrico. De un lado, las sanciones incluidas en el artículo 30 LTGB son aplicables a las infracciones denominadas en el texto legal como infracciones disciplinarias *stricto sensu* y las infracciones relacionadas con el ámbito económico-financiero[776]. De otro, las relacionadas con conflictos de intereses e

[775] Respecto de esta última cuestión también coincide LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid, p. 732, para quien "Es cierto, no obstante, que la traslación de tales ideas al plano jurídico-positivo se ha revelado como una tarea difícil, cuyo resultado genera relevantes dudas desde el punto de vista técnico, a algunas de las cuales se ha hecho referencia en los apartados anteriores. Y es también cierto que el examen de los repertorios jurisprudenciales al uso no refleja, salvo inadvertencia, ni un solo pronunciamiento relativo al artículo 28 LT, lo que hace sospechar que su aplicación ha sido, por el momento, sumamente limitada".

[776] El artículo 30 LTBG establece las siguientes sanciones:

1. Las infracciones leves serán sancionadas con una amonestación.
2. Por la comisión de una infracción grave se impondrán al infractor algunas de las siguientes sanciones:
a) La declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial que corresponda.
b) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo.
3. En el caso de las infracciones muy graves, se impondrán en todo caso las sanciones previstas en el apartado anterior.
4. Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años con arreglo a los criterios previstos en el apartado siguiente.
5. La comisión de infracciones muy graves, graves o leves se sancionará de acuerdo con los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los siguientes:
a) La naturaleza y entidad de la infracción.
b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.

incompatibilidades dista mucho de ser uniforme al tener que estar a lo que se prevea en cada ámbito autonómico dada la operación de remisión que hizo la LTBG en este aspecto y del que más atrás se dio cuenta.

En cuanto a las sanciones relacionadas con las infracciones disciplinarias y las económico-financieras no existe novedad alguna en lo que al ámbito autonómico se refiere, salvo algún supuesto concreto como resulta ser el caso de Cataluña, que sí realiza una regulación completa de la materia incorporando, a estos efectos, sanciones pecuniarias y permitiendo escoger entre distintos tipos de sanciones atendiendo a la gravedad de la conducta examinada respecto de las infracciones que se contemplan en su normativa relativas a buen gobierno y gobierno abierto[777].

---

c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
d) Las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva.
e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
f) La reparación de los daños o perjuicios causados.
En la graduación de las sanciones se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos, y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.
6. Cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal.
7. Cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel. No se considerará normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el artículo 28, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador.
8. En todo caso la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará las siguientes consecuencias:
a) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente.
b) La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

[777] En efecto, el artículo 81 de la norma de Cataluña establece que las sanciones aplicables a los altos cargos son la siguientes:
1. Las sanciones que pueden aplicarse a los altos cargos son las siguientes:
a) Por la comisión de infracciones muy graves:
1.º La destitución del cargo.
2.º Una multa entre 6.001 y 12.000 euros.
3.º La pérdida de la pensión indemnizatoria a la que tengan derecho en el momento de cesar en el cargo.
4.º La inhabilitación para ocupar un alto cargo durante un período entre un año y cinco años.
b) Por la comisión de infracciones graves:
1.º La suspensión del ejercicio del cargo entre tres y seis meses.
2.º Una multa entre 600 y 6.000 euros.
3.º La pérdida o reducción de hasta el cincuenta por ciento de la pensión indemnizatoria a la que puedan tener derecho en el momento de cesar en el cargo.
4.º La inhabilitación para ocupar un alto cargo durante un período máximo de un año.
c) Por la comisión de infracciones leves:
1.º La amonestación.
2.º La declaración de incumplimiento con publicidad.
2. Para cada supuesto de infracción puede imponerse una o más de las sanciones establecidas por las letras correspondientes del apartado 1. Los criterios aplicables para determinar el alcance de la sanción son los establecidos por la legislación de régimen jurídico y procedimiento administrativo. También se valora la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos y, en su caso, los daños económicos o patrimoniales producidos.
3. No son aplicables a los altos cargos electos las sanciones establecidas por los apartados 1.º y 4.º de las letras a y b del apartado 1.

En el segundo de los supuestos, es decir, en el caso de las infracciones relativas a conflictos de intereses e incompatibilidades, y por lo que se refiere al ámbito estatal el artículo 26 de la LACAGE regula las sanciones para los altos cargos que cometan alguna de las conductas tipificadas como infracción en dicha norma[778]. Y, en este sentido, se establece un sistema en el que las infracciones leves serán sancionadas con una amonestación, las graves con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», así como la prohibición de ser nombradas para ocupar un alto cargo durante un periodo de entre 5 y 10 años, y las muy graves serán sancionadas con las sanciones previstas para las infracciones graves y, además, la sanción de destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos, la pérdida del derecho a percibir la compensación tras el cese y la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente en relación a la compensación tras el cese. En el ámbito autonómico, además y junto a las previstas en la normativa estatal, nos encontramos sanciones pecuniarias[779], pero en cualquier caso con

[778] El artículo 26 de la LACAGE señala que: "1. Las infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» una vez haya adquirido firmeza administrativa la resolución correspondiente.
2. La sanción por infracción muy grave comprenderá, además:
a) La destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos.
b) La pérdida del derecho a percibir la compensación tras el cese prevista en el artículo 6 en el caso de que la llevara aparejada.
c) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente en relación a la compensación tras el cese.
3. Lo dispuesto en este Título se entiende sin perjuicio de la exigencia de las demás responsabilidades a que hubiera lugar. A estos efectos, cuando aparezcan indicios de otras responsabilidades, se ordenará a la Abogacía General del Estado que valore el ejercicio de otras posibles acciones que pudieran corresponder así como, si procede, poner los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado por si pudieran ser constitutivos de delito.
4. Las personas que hayan cometido las infracciones tipificadas como graves o muy graves en esta ley no podrán ser nombradas para ocupar un alto cargo durante un periodo de entre 5 y 10 años".
En la graduación de la medida prevista en el párrafo anterior, se atenderá a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y su normativa de desarrollo en relación con el procedimiento administrativo sancionador.
5. La infracción leve prevista en el artículo 25.3 se sancionará con amonestación.

[779] En efecto, y si reparamos en algunas normas autonómicas la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia establece en su artículo 59 las sanciones en materia de incompatibilidades y conflicto de intereses y, en este sentido, prevé que la sanción por una infracción muy grave comprenderá (además de las previstas en la LACAGE), una sanción pecuniaria por un importe de entre un mínimo del cinco por ciento y un máximo del diez por ciento de su salario bruto mensual y, en el caso de las graves, la sanción pecuniaria será por un importe de entre un mínimo del dos por ciento y un máximo del cuatro por ciento de su salario bruto mensual. En otro supuesto, el de Castilla-La Mancha, encontramos de nuevo dicha previsión y, en efecto, la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha establece en su artículo 53 para las infracciones muy graves una multa comprendida entre 6.001 y 12.000 euros, para las infracciones graves, multa comprendida entre 601 y 6.000 euros y para las infracciones leves multa de hasta 600 euros.
Bien es cierto que no en todos los casos se contemplan estas sanciones pecuniarias. Así, en el caso de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco, se contempla la siguiente regulación en el artículo 29 de su norma que reconduce a las sanciones comunes los distintos tipos establecidos:
1. Las infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco.
2. La sanción por infracción muy grave conllevará asimismo:
a) La destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos.

resultados dispares que deparan distintas consecuencias jurídicas para similares tipos infractores en esta materia.

Como valoración general, y respecto del sistema globalmente establecido, se echa en falta una cierta coherencia en la previsión del sistema sancionador que puede ser calificado de dispar en su conjunto. Las competencias autonómicas en la materia no justifican, desde mi punto de vista y al menos en un conjunto importante de supuestos, la sensación de incoherencia que se produce. Otorgar credibilidad y sentido a la existencia de un sistema sancionador administrativo en este ámbito obligaría a establecer una cierta uniformidad que hasta ahora brilla por su ausencia. La experiencia, que hasta ahora tenemos, sin duda avala esa reflexión.

De otro lado, y en ciertos supuestos, no está de más señalar que sería deseable que el sistema, con carácter general, estuviese dotado de una mayor contundencia dada la posición institucional que representan los cargos públicos en su conjunto y su influencia en la confianza de la ciudadanía en las instituciones que, por ello, y en todos los supuestos debiera tener como consecuencia una merma en la esfera personal y patrimonial del alto cargo y no reducirse a una mera cuestión que en algunos supuestos, podría parecer meramente estética. La imposibilidad del desempeño de cargos públicos por un determinado plazo, a título de ejemplo, debiera de estar prevista en todos los supuestos de faltas graves o muy graves en todos los tipos de infracción, lo que no acontece en el caso de las sanciones previstas en la LTBG que queda reducido a las faltas muy graves.

Por último, y aún cuando se prevé con carácter general criterios para la imposición de las sanciones (repercusión en la ciudadanía, perjuicios para el interés público, etc.), se echa en falta como ahora se verá en ciertos casos la aplicación más decidida del principio de proporcionalidad en ciertas sanciones de las establecidas. En más y en menos.

---

b) La pérdida del derecho a percibir, tras el cese como cargo público, la totalidad o parte de la pensión, indemnización, prestación o percepción económica que se hubiere generado por haber ejercido el cargo público.
c) La obligación de restituir las cantidades que se hubieren percibido indebidamente, incrementadas hasta un diez por ciento si no se realizara la devolución en el mes siguiente a la notificación de la resolución del expediente sancionador. Este incremento por la falta de devolución se concretará atendiendo a la motivación del mismo, a la disposición mostrada para hacer efectiva la devolución y al tiempo de demora transcurrido.
d) La inhabilitación para ocupar cualquiera de los cargos incluidos en el artículo 2 de la presente ley durante un periodo de entre 5 y 10 años.
En la graduación de la medida prevista en la letra anterior se valorará la inobservancia de los principios de actuación o conducta definidos en esta ley, la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.
3. Lo dispuesto en este capítulo se entiende sin perjuicio de la exigencia de las demás responsabilidades a que hubiera lugar. A estos efectos, cuando aparezcan indicios de otras responsabilidades, se ordenará a los servicios jurídicos centrales del Gobierno el ejercicio de las acciones que correspondan.
4. Si las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta penal, la Administración deberá poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, al cual deberá aportar toda la documentación que tenga, y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal.
5. En el supuesto previsto en el apartado 5 del artículo 18, si la empresa, sociedad o entidad prosiguiera con la contratación de la persona que haya vulnerado lo establecido en el apartado 1 del mismo artículo, la declaración de incumplimiento de la ley llevará aparejada la prohibición a la empresa o sociedad para contratar con el sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada, con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como cargo público.
6. Las infracciones leves se sancionarán con amonestación.

En cualquier caso, y como acontece en el sistema de infracciones, debiera repensarse el modelo en su conjunto ya que éste presenta amplios márgenes de mejora en los distintos supuestos mencionados más arriba y, de otro lado, percibimos cierta incoherencia en su previsión.

Pasemos a analizar, pues, las sanciones comunes establecidas para los tipos disciplinarios, conflictos de intereses e incompatibilidades y materia económico-financiera.

5.2 Los tipos sancionatorios comunes establecidos en las normas estatales y autonómicas.

a) Sanción relativa a la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (artículo 30.2 a LTBG).

Esta sanción se impondrá, en todo caso, tanto a las infracciones graves como a las muy graves y con la misma se pretende cumplir con los principios de buen gobierno y de transparencia. Los altos cargos, por la relevancia que tienen en el plano institucional como se ha expuesto, deben ser un modelo de ejemplaridad. Y, desde este punto de vista, resulta más que justificable que los ciudadanos puedan conocer, al menos, la existencia de este hecho, la identidad de quién lo ha cometido y de qué infracción se trata.

En el ámbito autonómico, todas las Comunidades Autónomas han establecido esta sanción en sus respectivas normativas, si bien algunas de ellas la han incluido de forma más completa, al señalar que también deberá publicarse en el Portal de Transparencia, como es el caso del artículo 46 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de Extremadura, en el artículo 16 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos de la Comunidad Valenciana o en el artículo 26 de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

En cualquier caso, algunos autores señalan que esta publicación no debería calificarse como sanción, sino como un requisito formal de la producción de este hecho[780].

b) La destitución en los cargos públicos que ocupen (artículo 30.4 LTBG).

Esta sanción prevista en el artículo 30.4 LTBG únicamente se impondrá frente a las infracciones muy graves. Dicho precepto aclara que la acción represiva que implica la sanción se hará efectiva exclusivamente en el supuesto de que el alto cargo esté ocupando y desempeñando sus funciones, al señalar de forma literal que la destitución sólo será posible si no hubiese sido cesado en el mismo. Ciertamente, lo más común, o mejor dicho lo más deseable, sería que, al tratarse de un cargo de confianza política en el que supuestamente han debido concurrir determinadas características de idoneidad y

[780] MESEGUER YEBRA, J. (2007): *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Bosch, Barcelona, p.274. PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2020): "Conflicto de intereses y régimen sancionador de los altos cargos en la Administración General del Estado" en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F. *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 657. PÉREZ MONGUIÓ, J. Mª y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El estatuto de los altos cargos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra. p.298.

honorabilidad para su nombramiento, la consecuencia necesaria de una actitud irregular debería ser la renuncia voluntaria e inmediata del cargo sin esperar a ser cesado. Pero a la vista de su redacción, el legislador mantiene cierta desconfianza sobre esa actitud voluntaria que solo encuentra explicación en aquellos supuestos en que los nombramientos se realizan por un período de tiempo determinado sin que, en el plazo establecido para su desempeño en orden a garantizar su independencia, puedan ser cesados discrecionalmente. En cualquier caso, las normas estatales no imponen un plazo para la realización de este cese como sucede en el caso de alguna Comunidad Autónoma[781].

Debe hacerse, sin embargo, alguna mención específica sobre su ámbito de aplicación subjetivo. De un lado, en lo relativo a los miembros del Gobierno y, de otro, a los cargos electos.

En efecto, en el primer supuesto, el Consejo de Estado sostuvo, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la LTBG[782], que la sanción de destitución no es aplicable al Presidente del Gobierno ni a los demás miembros del mismo, los cuales únicamente pueden ser cesados de conformidad con los previsto por la Constitución, criterio que probablemente debiera aplicarse, con referencia a los correspondientes Estatutos de Autonomía, a los Presidentes y miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, y en segundo lugar, el artículo 25.3 LT dispone que "la aplicación a los sujetos mencionados en los apartados anteriores [esto es, los incluidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Título II de la LT] de las disposiciones contenidas en este título no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar". Esta previsión parece que debe ser interpretada, en opinión de BASSOLS COMA, en el sentido de que, si una persona es, a la vez, un alto cargo o asimilado y un cargo electo (entendiendo por tal un cargo que haya sido elegido directamente por el correspondiente cuerpo electoral en un proceso electoral), la destitución impuesta por el artículo 30.4 únicamente afectaría a la primera de ambas condiciones, pero no a la segunda, la cual se mantendría[783]. No obstante, y aun admitiendo dicha posibilidad interpretativa, existe un supuesto que podría plantear algún problema o duda. Se trata del supuesto del Alcalde ya que, si bien no es elegido directamente por la población en las elecciones municipales, sino por los Concejales, no parece que tampoco pueda concluirse que éste es un cargo público de no elección[784].

Debe advertirse, no obstante, y así lo ha señalado DESCALZO GONZÁLEZ, que "si bien es cierto que el cese por pérdida de la confianza en sentido estricto impide, tal como

[781] La Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, establece en su artículo 16.2 el plazo de un mes desde la resolución firme. En la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos de la Comunidad Valenciana, y la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad de Cataluña, se refieren a la "destitución inmediata".

[782] Dictamen de fecha 19 de julio de 2012 emitido en el expediente número 707/2012.

[783] Así, BASSOLS COMA, M. (2015): "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, julio-septiembre, p. 42.

[784] En este sentido, no está de más hacer referencia al artículo 196.c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General conforme a la cual, en caso de que ninguno de los candidatos obtenga mayoría absoluta de los Concejales, es proclamado Alcalde el Concejal que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares en el correspondiente municipio.

establecen los artículos 30.4 LTBG y 26.2.a) LACAGE , la sanción de destitución por la comisión de una infracción muy grave, nada obsta, en caso de cese, a la debida iniciación, instrucción y resolución del expediente disciplinario de buen gobierno para la aplicación, en su caso, de las demás sanciones previstas en dichas normas. Y, desde luego, conforme tanto al artículo 30.6 y 7 de la LTBG como al artículo 26.3 de la LACAGE y al artículo 36.1 de la LRJSP, todo ello sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidad penal o patrimonial al alto cargo por la conducta realizada"[785].

c) La pérdida del derecho a percibir la compensación tras el cese en el caso de que la llevara aparejada (artículo 30.2.b LTBG).

Se trata de una sanción que en el ámbito estatal presenta un radio de acción distinto sin una explicación que justifique dicha diferencia. Veámoslo: en la LACAGE tan solo se establece para la comisión de una infracción muy grave, mientras que en el caso de la LTBG esta resulta tan solo una opción de las posibles para las infracciones graves. En realidad, y si reparamos en las previsiones establecidas, resulta, por un lado, poco justificable dicha diferenciación por la clase de infracciones que se hayan cometido ya que, en distintos supuestos, la gravedad de la conducta puede ser al menos similar; y, por otro lado, resulta claramente decepcionante que en el caso de la LTBG haya que optar entre esta infracción y la declaración de incumplimiento, ya que de la redacción literal del artículo 30.2 b LTBG no parece desprenderse que puedan ser acumulativas[786]. En mi opinión debería de ser conjunta la imposición de ambas sanciones. Mayor coherencia presenta, a mi juicio, en este concreto aspecto la legislación autonómica y, más en concreto, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña que enumera distintas sanciones permitiendo la imposición de una o más sanciones de las previstas para cada grupo de infracciones.

Junto a este mayor rigor en la imposición de la sanción extendiéndola a las infracciones graves, resulta preciso advertir que la compensación pecuniaria tras el cese está establecida en nuestra normativa como consecuencia del modelo de incompatibilidades a las que se ve sometido un alto cargo durante el ejercicio del mismo. Esa razón justificaría que debería existir la posibilidad de que esto se realizara de acuerdo con el principio de proporcionalidad, ya que, como acertadamente ha señalado PÉREZ MONGUIÓ, parece no importar si un cargo ha estado ejerciendo 3 años o 1 año, dando igual la compensación que fue adquiriendo incluso antes de la comisión de la infracción[787]. Por lo que podemos concluir con dicho autor que resulta una medida rígida y excesiva, tal y como está concebida, dado que en realidad puede convertirse en una sanción pecuniaria sin límite alguno.

[785] DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "El buen gobierno de los altos cargos", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 44.

[786] Determina el artículo 30.2 LTBG que por la comisión de una infracción grave se impondrán al infractor algunas de las siguientes sanciones: a) La declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial que corresponda; b) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo.

[787] PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2020): "Conflicto de intereses y régimen sancionador de los altos cargos en la Administración General del Estado" en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F. *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 667.

d) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente en relación a la compensación tras el cese (artículo 30.8 LTBG).

Esta sanción se prevé para los altos cargos que cometan una infracción muy grave y se refiere a la necesidad de devolver aquellas mensualidades satisfechas al mismo, una vez que ha cesado en el cargo por la sanción muy grave, en concepto de compensación. Debe puntualizarse, no obstante, que, al menos desde mi punto de vista, la devolución de cantidades indebidas a las que no se tenía derecho debería estar previsto para todos los altos cargos hayan cometido o no una infracción muy grave[788], bien que con las limitaciones apuntadas con anterioridad.

e) Imposibilidad de ocupar altos cargos por un determinado plazo (artículo 26.4 LACAGE).

Ya se mencionó que esta sanción, al menos desde mi punto de vista, debiera preverse con carácter general para todas las infracciones graves y muy graves. Añadamos ahora que con diferente plazo en uno y otro caso. El sistema establecido en el ámbito estatal es de nuevo dispar. Si en el apartado cuarto del artículo 26 LACAGE se contempla esta sanción para las infracciones graves y las muy graves durante un periodo de entre 5 y 10 años[789], no resulta así del artículo 30.4 LTBG que solo la contempla para infracciones muy graves.

Pero es que, además, tampoco en el caso de la LACAGE el legislador estatal ha diferenciado en el número de años la sanción según se trate de infracciones graves o muy graves, aspecto que, en mi opinión, se ajustaría mejor al principio de proporcionalidad. Mayor coherencia encontramos en la regulación de determinadas CCAA, que sí distinguen según la gravedad de la infracción cometida. el número de años para volver a ocupar un alto cargo Es el caso de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia, o el de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos electos y no electos de la Comunidad Valenciana, que fijan entre 5 y 10 años para infracciones muy graves, y de dos a cinco años para las infracciones graves. O la Ley 3/2005 de Andalucía, que para el caso de las infracciones graves, el periodo será de entre tres y diez años y para el supuesto de infracciones leves podrá ser hasta los tres años.

f) Amonestación (artículo 30.1 LTBG).

Por último, esta sanción se prevé, tanto por la LTBG cómo por la LACAGE[790], para infracciones leves y realmente resulta decepcionante. En opinión de PÉREZ MONGUIÓ

[788] Como sucede en el caso de la Ley 3/2005, de 8 de abril de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 16.3 señala que "con independencia de las sanciones por infracciones muy graves y graves que les sean impuestas, los infractores deberán, en su caso, restituir las cantidades percibidas indebidamente por el desempeño de actividades públicas incompatibles o que por razón de indemnización tras el cese tengan derecho, de la forma que se establezca reglamentariamente".

[789] Para la graduación deberá atenderse a criterios como la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en la ciudadanía y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

[790] En la LACAGE, en concreto, por la declaración extemporánea de actividades o de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el requerimiento que se formule al efecto. Es decir, aquellos casos en los que no se falsean datos ni se omite la obligación de la presentación, simplemente que se presenta más tardíamente, una vez requerido el alto cargo por el Registro correspondiente. En el caso de la LTBG, y no contemplándose infracciones leves en materia económico-financiera, se reduce esta a su

Y FERNÁNDEZ RAMOS, que comparto plenamente, no se trataría de un sistema adecuado, fundamentalmente, por la falta de proporcionalidad. Así, han señalado que "al menos con carácter exclusivo en un régimen sancionador previsto para el incumplimiento de las obligaciones de los altos cargos ya que a estos "servidores públicos", se les debería exigir un plus que dejara de manifiesto la especial responsabilidad que ostentan y el daño y la desconfianza que provocan en el sistema con sus posibles incumplimientos. (…) Por este motivo, junto a ella, se podría haber previsto algún tipo de sanción pecuniaria, y la publicidad de la sanción impuesta"[791].

5.3 La graduación de las sanciones.

Como resulta habitual en cualquier normativa que aborda la regulación de un sistema sancionatorio, y esta no podía ser menos lo realice con mayor o menor acierto, la legislación de buen gobierno a que nos venimos refiriendo también establece unos criterios para que el eventual operador jurídico que aplique los distintos tipos disponga de unos elementos a conjugar en orden a graduar la intensidad de las sanciones a aplicar y hacer efectivo el principio de proporcionalidad que como sabemos rige con pleno vigor en el Derecho sancionador.

Lo cierto, y a lo largo de este estudio lo estamos comprobando, también en este caso con una cierta dispersión y, desde luego, ausencia de uniformidad en un sistema que, desde mi punto de vista, podría y debería responder con carácter general a ciertos criterios comunes sin perjuicio de que se admitiera una cierta modulación del sistema en cada ámbito autonómico.

Corroborando lo expuesto ni siquiera en el ámbito estatal se pueden encontrar criterios comunes y así si en la LTGB encontramos una remisión general a la normativa sancionadora seguida de unos criterios específicos que pueden ser objeto en principio de un juicio favorable[792], en la LACAGE tan sólo encontramos una remisión a la normativa general de carácter sancionador sin criterios específicos referidos a las concretas

aplicación a las infracciones establecidas en el ámbito disciplinario, es decir, la incorrección con los superiores, compañeros o subordinados y el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2.b) cuando ello no constituya infracción grave o muy grave o la conducta no se encuentre tipificada en otra norma.

[791] PÉREZ MONGUIÓ, J. Mª y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El estatuto de los altos cargos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra. p.298.

[792] En efecto, el apartado 5 del Artículo 30 LTBG establece como criterios a tener en cuenta para la imposición de sanciones los siguientes:

La comisión de infracciones muy graves, graves o leves se sancionará de acuerdo con los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los siguientes:

a) La naturaleza y entidad de la infracción.

b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.

c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.

d) Las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva.

e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.

f) La reparación de los daños o perjuicios causados.

En la graduación de las sanciones se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos, y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

infracciones que se regulan[793]. Ciertamente, ambas se dirigen a sancionar tipos infractores de distinta naturaleza y en algunas sanciones como puede ser la destitución, dada su naturaleza, no cabe aplicación alguna del principio de proporcionalidad, pero ello no es óbice para que se hubiese podido conseguir cierta homogeneidad en la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones.

En el ámbito autonómico, de nuevo, vamos a encontrar criterios dispares que, si bien podrían estar justificados con relación a las finalidades y naturaleza de las concretas infracciones que se contemplan y cuya previsión expresamente se admite en el sistema sancionatorio establecido con carácter general en la LRJSP, lo cierto es que no parece que sea esta la principal razón. O la ausencia de previsión alguna, en algunos casos justificada en que las sanciones establecidas no permiten graduación alguna como antes referíamos, o la remisión a lo establecido en la normativa estatal básica son los casos más frecuentes[794]. Alternativamente, a los criterios establecidos en la legislación estatal se añaden algunas consideraciones específicas[795], pero, en cualquier caso, no se ofrece, con carácter general, una impresión de una normativa cuidadosa y atenta para encontrar una aplicación del principio de proporcionalidad con base a criterios que respondan a las previsiones específicas del sistema de sanciones propias establecidas en su normativa específica.

Ciertamente, y es preciso referirse a ello, si se encuentran criterios propios en alguna legislación autonómica sobre todo la referida a incompatibilidades y conflictos de intereses donde sí que ese específico tipo de sanciones pueden encontrarse criterios comunes[796], pero no siempre acontece dicha previsión y también podemos encontrar el

[793] Y es que, con referencia a la medida de prohibición de desempeño del cargo por un periodo entre 5 y 10 años, el artículo 26 apartado 4 in fine contempla la remisión a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y su normativa de desarrollo en relación con el procedimiento administrativo sancionador que hoy, lógicamente, hay que entender referida al igual que en la LTBG al artículo 29.3 de la LRJSP que establece los criterios generales de graduación de las sanciones: grado de culpabilidad o existencia de intencionalidad, continuidad o persistencia en la conducta infractora, naturaleza de los perjuicios causados y reincidencia. Añade dicho precepto que las leyes sectoriales o autonómicas pueden establecer criterios específicos para la graduación de las infracciones a sus preceptos.

[794] En el primer caso, a título de ejemplo, podemos referirnos a la normativa asturiana de transparencia, buen gobierno y grupos de interés o a la Ley 1/2014 de Extremadura. En el segundo supuesto nos podemos remitir a la Ley 4/2016 de Castilla-La Mancha que contempla en su artículo 53.2 que los criterios aplicables para determinar el alcance de la sanción son los establecidos por la legislación de régimen jurídico y procedimiento administrativo, así como los derivados de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

[795] Puede ser el caso de las previsiones establecidas en el artículo 81.1 de la norma de Cataluña, por su parte, se contempla que los criterios aplicables para determinar el alcance de la sanción son los establecidos por la legislación de régimen jurídico y procedimiento administrativo. También se valora la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos y, en su caso, los daños económicos o patrimoniales producidos.

Asimismo, es exponente de lo expuesto lo previsto en la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco, donde se contempla la siguiente regulación en el artículo 29: en la graduación de la medida prevista en la letra anterior se valorará la inobservancia de los principios de actuación o conducta definidos en esta ley, la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

[796] De esta forma el artículo 17.3. en la norma de incompatibilidades de altos cargos de Andalucía podemos encontrar los siguientes criterios: en la graduación de las medidas previstas en este artículo se valorará la existencia de perjuicios para el interés público si no se hubiera tenido en cuenta para tipificar la infracción, el tiempo transcurrido en situación de incompatibilidad, la repercusión de la conducta en los administrados y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

silencio del legislador[797] o la remisión, junto a esos criterios comunes a los que hemos aludido, a la normativa estatal básica[798].

En definitiva, y sin perjuicio como decimos de que es posible encontrar algunos criterios comunes sobre todo en lo que se refiere a incompatibilidades y conflictos de intereses, la conclusión que el operador jurídico alcanza tras repasar la normativa estatal y autonómica dictada en esta materia es que hay amplios márgenes de mejora en la calidad regulatoria y si, ciertamente, en algunos casos las sanciones que se recogen no admiten calibrar la intensidad del aparato sancionatorio, no resulta así en otros supuestos y la importancia de graduar correctamente el castigo en esta materia tan delicada debiera haber aconsejado mejores soluciones.

6. PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD Y CANCELACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES.

6.1 La prescripción de infracciones y sanciones.

El panorama en esta materia no resulta más halagüeño que en otras materias a las que ya nos hemos referido y, de esta forma, es posible apreciar una cierta falta de coherencia en los plazos establecidos. Es preciso partir, para la correcta comprensión de los distintos supuestos, del carácter básico que la normativa estatal ostenta en esta materia. Quiere decirse con ello que los plazos establecidos por la LTBG rigen, en todo caso, respecto de las infracciones y sanciones establecidas con ese carácter en dicha ley, pero como hemos podido apreciar a lo largo de este capítulo se contempla en la normativa autonómica otras infracciones que no se contemplan en dicha norma, ya fuere porque existe una remisión expresa de la LTBG a la normativa autonómica en materia de incompatibilidades y conflicto de interés, ya sea porque en esa normativa hay otros tipos infractores respecto de los cuales regirían los plazos establecidos en la concreta normativa autonómica que se dicte.

Al menos, en el caso estatal en la LTBG y la LACAGE, existe coherencia en los plazos establecidos tanto en lo que se refiere a las infracciones como en el supuesto de las sanciones. Respectivamente en ambos supuestos se contemplan unos plazos de cinco años para las muy graves, tres años para las graves y un año para las leves[799].

También cabe reseñar aquí el supuesto de la norma de incompatibilidades de Canarias que recoge en su artículo 19 los siguientes criterios:
a) La existencia de perjuicios para el interés público y su cuantía cuando sean de carácter económico.
b) Los perjuicios ocasionados a terceros.
c) La trascendencia social de la infracción cometida.
d) El tiempo transcurrido en la situación de incompatibilidad.
e) La intencionalidad.
f) En su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades incompatibles.

[797] Así acontece en la Ley 2/1996 de incompatibilidades de la Comunidad balear o en la Ley 1/2008 de Cantabria sobre conflictos de intereses.

[798] Es el caso de la Ley 1/2016 de Galicia que contempla, en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses, que para la graduación de las sanciones aplicables en cada caso se tendrán en cuenta los criterios recogidos en la normativa básica de procedimiento administrativo y se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en la ciudadanía y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

[799] En efecto esa identidad de plazos puede verse en el artículo 32 de la LTBG y el artículo 28 de la LACAGE que, asimismo, con idéntica dicción establecen que para el cómputo de los plazos de prescripción regulados en los dos apartados anteriores, así como para las causas de su interrupción, se estará a lo

La variedad y la falta de coherencia en cuanto a los plazos comienza con el análisis de la normativa autonómica. En efecto, si en algunos supuestos se puede observar idénticas previsiones que en la norma estatal, ya sea por remisión a dicha normativa, por el silencio que guarda la norma[800], o porque sin realizar remisión alguna directamente se establece los mismos plazos que en la normativa estatal[801], en otros supuestos, sin embargo, se contemplan plazos específicos distintos a los establecidos en la norma estatal sin explicación alguna, al menos que a mí se me alcance, para variar dicho criterio.

En efecto, cómo hemos apuntado, en ocasiones, se sigue con carácter general el criterio establecido en la LTBG, pero sin embargo se establece un criterio propio, y sin razón aparente alguna, en un caso concreto como la prescripción de sanciones por infracciones graves en que se contempla un plazo distinto[802]. En otras directamente se establecen plazos distintos para las infracciones y sanciones ahí contempladas con lo que se produce el efecto, a mi juicio no deseado, de que ciertas infracciones disciplinarias tienen un plazo distinto a las previstas con carácter general en la Ley[803]. O también pueden encontrarse supuestos en que se hace una remisión no a la normativa estatal sino a la normativa autonómica propia en materia sancionadora[804].

En fin, y en definitiva, a modo de conclusión el panorama que se ofrece en esta materia resulta más un verdadero galimatías en cuanto a plazos de prescripción que una ordenación coherente y rigurosa. A mi juicio, y a salvo de mejor opinión, no parece existir criterio alguno que justifique dicha divergencia más allá del deseo, legítimo ciertamente, pero también creo que falto de la necesaria coherencia de establecer plazos propios y singulares distintos a los establecidos con carácter general en la normativa estatal.

---

dispuesto en el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que hay que entender ahora referido al artículo 30 de la LRJSP que expresamente contempla en sus apartados 2 y 3 las siguientes previsiones:
2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora.
Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.
3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla.
Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.
En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.

[800] Es el supuesto de Valencia cuya Ley 2/2015 no prevé nada al respecto por lo que hay que entender que regirán los plazos establecidos en la LTBG.

[801] Este sería el caso de Galicia (artículo 60), Castilla-León (artículo 27), Aragón (artículo 66) o Castilla-La Mancha (artículo 57)

[802] Así resulta de la Ley 1/2014 de Extremadura que, en su artículo 48, contempla el plazo de dos años en vez de tres como en la norma estatal.

[803] Es, por ejemplo, el caso de la Ley 19/2014 de Cataluña que, en su artículo 90, establece respecto de las infracciones y sanciones en esta contempladas los plazos de tres años para las muy graves, dos años para las graves y un año para las leves.

[804] El artículo 33 de la Ley 1/2014 del País Vasco, al abordar la prescripción y la caducidad, lo hace remitiéndose a la Ley 2/1988, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Bien es cierto que, a diferencia del caso anterior, es la regulación de esta materia cuando se trata de las infracciones y sanciones previstas para los conflictos de intereses e incompatibilidades en que encontramos una hornada de normas en este concreto aspecto que se remiten a la normativa básica en materia de procedimiento y régimen jurídico común (Andalucía, Baleares, La Rioja, Navarra o Cantabria, por ejemplo) o directamente estableciendo los plazos en la norma pero con igual duración que en la normativa estatal básica[805]. Lo que resulta, al menos desde mi punto de vista, una opción más coherente dado que estamos abordando idénticas infracciones que responden a la misma naturaleza y no parece que exista justificación suficiente a la previsión de plazos distintos para los mismos tipos infractores atendiendo a que se esté en una u otra Comunidad Autónoma.

6.2 La caducidad

A salvo de algunas excepciones en que, o bien existe una remisión a la normativa sancionadora propia[806], o como debiera haberse realizado expresamente se contempla dicha circunstancia[807], con carácter general nada establece sobre este punto ni en la normativa estatal ni en la autonómica.

De esta forma, y por aplicación de la LPAC, estando la Administración obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo éste será de tres meses.

---

[805] En efecto, en el artículo 22 de la norma de Cataluña se establece que la prescripción de infracciones y sanciones graves se establece en dos años y para las infracciones leves se fijan seis meses mientras que para las sanciones leves se establece un año. O, en el caso de Canarias el artículo 24 de la Ley 3/1997 establece que:
1. Las infracciones previstas en esta Ley prescribirán:
a) Las muy graves, a los tres años.
b) Las graves, a los dos años.
c) Las leves, a los seis meses.
2. Las sanciones impuestas como consecuencia de las infracciones previstas en esta Ley prescribirán:
a) Las impuestas por faltas muy graves, a los tres años.
b) Las impuestas por faltas graves, a los dos años.
c) Las impuestas por faltas leves, al año.
3. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.
4. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.
5. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se imponga la sanción.
6. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor

[806] Se trata en este supuesto del artículo 33 de la legislación vasca que prevé respecto de la caducidad que el plazo, a estos efectos, serán el establecido en la Ley 2/1988, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

[807] Así se realiza en la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana cuyo artículo 74.5 establece que el plazo máximo para resolver el procedimiento será de seis meses desde su iniciación. Si transcurrido este plazo no se hubiera dictado resolución, se producirá la caducidad de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

Al respecto, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de dicho texto legal la ausencia de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa obligará a la Administración a resolver, pero el contenido de dicha resolución ordenará el archivo de las actuaciones sin que, a estos efectos, se produzca la prescripción de los hechos realizados sino en los plazos establecidos para la misma por lo que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 95 de dicha norma en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, si bien en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.

Solución, por tanto, de "repuesto" en la que, de nuevo, se aprecia una cierta desatención del legislador en elementos básicos de una adecuada regulación de la responsabilidad administrativa exigible a los altos cargos, en sus consecuencias, y en sus efectos. Y es que cuando la materia importa no acontecen estos descuidos.

6.3 La cancelación de las sanciones.

Si ya hemos podido apreciar un cierto descuido en la regulación por parte del legislador de la responsabilidad administrativa de los altos cargos, ya sea estatal o autonómico, no es de extrañar que en esta materia referida a la cancelación de los antecedentes sancionatorios se produzca idéntica situación. Así, y salvo el caso Extremadura y Castilla-León que contemplan específicamente dicha circunstancia, nada se prevé en la normativa dictada al efecto.

De esta forma, el artículo 47 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura prevé que las inscripciones de las sanciones previstas en dicha Ley serán canceladas, de oficio o a petición de la persona interesada, una vez transcurrido el mismo plazo que para la prescripción de las mismas. Y la misma previsión respecto del plazo se contempla en el artículo 27.2 de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León bien que referido no al registro sino al expediente del alto cargo.

La utilidad de dicha regulación tiene que ver directamente con la eventual apreciación de la agravante de reincidencia, pero la desidia en la materia como ya hemos podido comprobar es la moneda común de cambio en cuanto a la exigencia de responsabilidad del alto cargo.

No existe, por tanto, en este punto ni siquiera norma supletoria a la que acudir, a salvo de regulación expresa que como hemos podido comprobar no existe en la mayoría de los casos, y a diferencia de lo que ocurre en el caso de los funcionarios públicos en que la cancelación de las sanciones disciplinarias impuestas se regula en el el artículo 16 del Reglamento del Registro Central de Personal en la redacción dada por el RD 2073/1999, de 30 de diciembre.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CUDOLÀ, V. (2001): *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas,* Marcial Pons, Madrid.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014): "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración pública,* núm. 195, sept-dic.

BASSOLS COMA, M. (2015): "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 172.

BECK, U. (1992): *Risck Society. Towards a New Modernity* (en inglés). Londres: Sage Publications.

BEJARANO LUCAS, J. M. (2019): "Obligaciones de buen gobierno en el ámbito local", *GABILEX (Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha),* núm. 19.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2016): "Puertas giratorias: regulación y control", en el vol. col. dirigido por VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: Ámbitos, causas y remedios jurídicos,* Atelier, Barcelona.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2010): "Ética pública y normativa administrativa", en *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2015): "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 172.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "El buen gobierno de los altos cargos", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 44.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "Buen gobierno, altos cargos y derecho disciplinario (comentario a los artículos 25, 27 y a la disposición final segunda)", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Thomson Reuters, Madrid.

GALLARDO CASTILLO M. (2015): *Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos.* Edit. Aranzadi. Pamplona.

GIDDENS, A. y PIERSON, C. (1998): *Making Sense of Modernity. Conversations with Anthony Giddens,* Cambridge, Cambridge University Press.

GÓMEZ PUENTE, M., "El silencio y la inactividad de la Administración", en QUINTANA LÓPEZ, T. (2006) (coordinador), *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente,* Tirant Lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. (1997): *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Edit. Tirant lo Blanch. Madrid.

HERREROS, F. (2002): *¿Por qué confiar? El problema de la creación de capital social*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, CEACS, Madrid.

HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Editorial IUSTEL, Madrid.
JAREÑO LEAL, A. (2018): "El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-17. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-17.pdf

JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2011): "El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, asunto "Andratx"", en el volumen colectivo *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* / coord. por LÓPEZ MENUDO, F. Edit. Iustel. Madrid.

LAFUENTE BENACHES, M. (1996): *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*. Edit. Tirant lo Blanch, Colección Administrativo, núm. 1, Valencia.

LAFUENTE BENACHES M. (2009): "Infracciones y sanciones disciplinarias", en el volumen colectivo *Manual de Empleo Público*. (dirigida por CASTILLO BLANCO F.A. y coordinada por QUESADA LUMBRERAS J.) Edit. Iustel. Madrid.

LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid.

MARINA JALVO, B. (2015): *El Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos*, Edit. Aranzadi, Pamplona.

MESEGUER YEBRA, J. (2007): *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración,* Bosch, Barcelona.

NIETO GARCIA, A. (1997), *Corrupción en la España democrática*, 1ª ed., Ariel, Barcelona.

OLMEDO PALACIOS, M. (2014): "La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Diario La Ley*, núm. 8237, Sección Doctrina.

ORTEGA Y GASSET, J. (1998): "Unas lecciones de metafísica", en *Obras Completas*, Alianza editorial y Revista de Occidente, Madrid, 1ª reed., tomo XII.

PALOMAR OLMEDA A (2009).: *Derecho de la Función Pública*. Edit. Dykinson. Madrid.

PALOMAR OLMEDA, A. (2016): "Buen Gobierno Económico", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril – septiembre, Universidad Carlos III de Madrid.

PALOMAR OLMEDA, A. (2017): "Infracciones y sanciones en el ámbito de la gestión económica-presupuestaria y de orden general", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Madrid.

PEREZ LUÑO, A.E. (1994), *La seguridad jurídica,* 2ª ed. revisada, Ed. Ariel, Barcelona.
PICÓN ARRANZ, A. (2019): "El principio «non bis in idem» en la protección del medio ambiente", *RVAP,* núm. 114, mayo-agosto.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2020): "Conflicto de intereses y régimen sancionador de los altos cargos en la Administración General del Estado" en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F. *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares,* Edit. Iustel, Madrid.

PÉREZ MONGUIÓ, J. Mª y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El estatuto de los altos cargos,* Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

PONCE SOLÉ, J. (2017): "Códigos Éticos y de conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales", *Buen Gobierno, Transparencia e Integridad Institucional en el Gobierno Local*, Editorial Tecnos, Diputación de Barcelona.

POSADA, A. (1923): *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

PUTNAM, R., (1993): *Making Democracy Work. Civic traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton.

REBOLLO PUIG, M. (2010): "Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores", *Diccionario de sanciones administrativas* (Dir. LOZANO CUTANDA, B.), Madrid.

REBOLLO PUIG, M. (2020): "Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: conciliación y conflicto" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

ROSANVALLON, P. (2015): *Le bon gouvernement*, Seuil, París.

SÁNCHEZ MORÓN M. (2017): *Derecho de la Función Pública.* Edit. Tecnos. Madrid.
TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. (2020): "La responsabilidad administrativa y penal de los empleados públicos: una visión actual", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 213.

VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. (2016): *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Buenos Aires / Caracas.

CAPÍTULO SEXTO. LOS PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN DE CONDUCTAS CONTRARIAS AL BUEN GOBIERNO: PROCEDIMIENTOS PREVENTIVOS Y REACTIVOS.

La respuesta a la ausencia de integridad en el sector público, ya conocemos este extremo tras lo relatado hasta este momento, puede ser abordada desde distintos puntos de vista y con distintos instrumentos. De este modo, y como se ha destacado por la doctrina que se ha ocupado del tema, parecería más adecuado, a fin de disponer de una visión integral que es finalmente la que se ha impulsado por la OCDE[808], hablar de marcos de integridad[809]. En este último sentido, CERRILLO I MARTÍNEZ ha expuesto que "el marco de integridad está formado por el conjunto de mecanismos necesarios para estimular y fortalecer la integridad en la Administración pública y prevenir los conflictos de intereses y la corrupción (…). Los diferentes mecanismos que conforman el marco de integridad pueden tener un acento diferente, pero en todo caso tienen carácter complementario y se refuerzan mutuamente. Por un lado, el marco de integridad puede incluir mecanismos basados en el cumplimiento que comprendería normas y procedimientos formales para reducir las violaciones de la integridad y para prevenir los conflictos de intereses y la corrupción. Y, por otro lado, el marco de integridad también puede comprender mecanismos basados en la ética para guiar a los servidores públicos, fomentar la comprensión y la aplicación diaria, mejorar la toma de decisiones éticas y facilitar el control interno ejercido por ellos mismos"[810]. Y es que la conducta de los servidores públicos importa[811]. No solo parece lógica dicha afirmación, sino que mucho

[808] La OCDE aprobó en 2017 una Recomendación del Consejo dirigida a todos los países miembros que, junto a recordar que "la integridad es esencial para construir instituciones sólidas, los ciudadanos deben ser informados de que el gobierno trabaja en su interés, y no sólo en interés de unos pocos", pone de relieve que no se trata tan sólo de una cuestión ética y moral, sino de construir economías más productivas, sectores públicos más eficientes, y sociedades y economías más inclusivas. A juicio de esta organización, se trata de restaurar la confianza, no solo en el gobierno, sino también en las instituciones públicas, en los reguladores, los bancos y las empresas.
Dicha recomendación contempla tres pilares para la generación de ese marco de integridad que cambia el enfoque de las políticas de integridad *ad hoc* a un enfoque integral basado en el riesgo con énfasis en la promoción de una cultura de integridad. Se basa en 3 pilares: el primero de ellos, la creación de un sistema para reducir las oportunidades por comportamiento corrupto; en segundo lugar, generar una cultura que haga que la corrupción sea inaceptable socialmente; por último, fomentar la rendición de cuentas de forma tal que la gente responda de sus acciones.
Puede consultarse dicha Recomendación en https://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/

[809] VILLORIA MENDIETA, M. (2015): ha señalado que "entre los elementos esenciales de un marco de integridad, se encuentran, como instrumentos clave, los códigos éticos, las evaluaciones de riesgos de integridad, la formación en ética a los servidores públicos de la organización, el establecimiento de un sistema de consultas para problemas o dilemas éticos de los empleados (comités de ética), sistemas de denuncias de casos de corrupción, fraude, abuso o ineficiencias (con sistemas de protección a los denunciantes), sistemas de gestión de los conflictos de interés e incompatibilidades, sistemas de detección e investigación de conductas antiproductivas, administración de encuestas de clima ético entre los empleados, normas de transparencia y acceso a la información, reglas de rendición de cuentas internas, etc. ("Ética en las Administraciones Públicas: de los principios al marco institucional", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm 9, p. 14).
Un ejemplo para establecer planes de integridad, que respondan a estos requerimientos, puede consultarse en la Guía de la Agencia Valenciana Antifraude para la elaboración de Planes de Integridad Pública aprobada por Resolución de la AVAF de 15 de noviembre de 2021, en la siguiente dirección https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2021/11/Guia_avaf_plan_de_integridad_publica.pdf

[810] CERRILLO I MARTÍNEZ, A., (2018): "Los códigos éticos en el empleo público", en el vol. Col. dirigido por PONCE SOLÉ, J. *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 151.

[811] IRURZUN MONTORO, F. (2010): ha destacado, en este sentido, que: "No hay organización cuyo funcionamiento no descanse, en último término, sobre la voluntad y el comportamiento de los hombres y mujeres a los que se encomienda. Aventurar una Administración pública del siglo XXI pensando en los principios burocráticos, organizativos y de control que las nuevas realidades demandan es imprescindible, pero tanto más es volver a reflexionar sobre las cualidades de las personas que forman parte y dirigen esa

más allá nos parece que es el punto de vista más adecuado para afrontar los problemas que se derivan de la responsabilidad de estos en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, y como ya se anuncia en la denominación de este Capítulo, también pueden clasificarse los instrumentos aplicables a la consecución de un buen gobierno en preventivos y reactivos. Los medios preventivos tendrían como finalidad evitar que la actuación irregular se produzca garantizando, a la vez, que el responsable público actuará defendiendo el interés público. Los medios reactivos, por su parte, consistirían en que, una vez que se constata la existencia de un supuesto sancionable en los distintos ámbitos en que la responsabilidad viene establecida normativamente, existas cauces y procedimientos para hacer efectiva la correspondiente responsabilidad. De esta forma, señala VILLORIA que "lo normal es que ambas estrategias tiendan a mezclarse en la vida real y se encuentren insertadas en una política dirigida a la prevención y lucha contra la corrupción" [812].

De esta forma, la prevención de conductas irregulares en el sector público desde esta perspectiva ya mencionada de disponer de un marco de integridad no solo debe prever la existencia de controles o planes de prevención de riesgos, sino que también debe impulsarse e inspirar el comportamiento ético y honesto de los servidores públicos y es que la eficiencia de la Administración va a depender también de la concurrencia de estos elementos en el actuar de ésta. Una Administración eficaz es también una Administración con valores éticos[813]. A ello dedicaremos, y más específicamente a los códigos éticos y de conducta, distintas reflexiones en este capítulo. Cabe recordar aquí que la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública de 26 de enero de 2017 reflexiona que los enfoques tradicionales basados en la creación de normas y su estricta observancia para erradicar las malas prácticas han demostrado una eficacia limitada. Añadamos, sin embargo, que, sin perjuicio de la reflexión anterior, la experiencia también pone de relieve que también es preciso que, junto a ese conjunto de elementos en positivo dirigidos a fortalecer la integridad de los servidores públicos, se establezca la previsión de un sistema represivo que puede tener carácter administrativo y penal que desempeñe una labor profiláctica y disuasoria respecto de conductas contrarias a la integridad pública. En capítulos anteriores hemos estudiado la vertiente sustantiva de este último

Administración." ("Ética y responsabilidad en la Administración Pública", *Documentación Administrativa*, núm. 287-287, p. 79).

[812] VILLORIA MENDIETA, M. (2008): *Incompatibilidades y conflictos de interés en la Administración Local. Ponencia presentada en el Seminario de derecho local organizado por la Federación de Municipios de Cataluña*, Barcelona, 15 de febrero de 2008. (Disponible en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Villoria_Incompatibilidades.pdf)

[813] Y es que, como recalca DIEGO BAUTISTA, O. (2006): *La ética y la corrupción en la política y la administración pública*, Tesis Doctoral (Disponible en: https://dspace.unia.es/handle/10334/45), p. 152 "Cualquier mejora en la operación de los organismos públicos apoyada en técnicas e innovaciones hacía una mayor eficiencia y responsabilidad, sólo será posible si se acompaña de principios y valores éticos. Ni la ética por sí sola ni las técnicas de la Nueva Gestión Pública podrán alcanzar las transformaciones necesarias para la eficiencia administrativa. El fomento de la ética de manera unilateral corre el riesgo de quedarse en un discurso. La conducción de la vida pública y de los asuntos que implica, no se reduce a cuestiones técnicas, requiere de la totalidad de los factores que integran la vida del hombre, teóricos, culturales, históricos, sociales y éticos. De esta manera, El conjunto de normas y controles no garantizan que el servidor público actúe de forma éticamente correcta. Sólo la fortaleza de las convicciones éticas a fondo puede cubrir el vacío que el contexto produce. Una mayor efectividad de la ética sólo será posible si se acompaña de la educación de manera que esta influya en la cultura social. La cultura es el abono para la siembra de la semilla ética. La cultura social es el agua para que la semilla germine. La clave para lograr que la ética fructifique está en llegar al espíritu del individuo, no quedarse en bellas palabras y buenas intenciones".

sistema, infracciones y sanciones previstas para la prevención de estas conductas, en este capítulo abordaremos el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad a los cargos públicos que es un complemento necesario, seguramente imprescindible, de los medios preventivos a los que se ha hecho referencia.

Es de destacar que en España[814], a diferencia de lo que acontece en otros países como Italia cuya legislación impone la obligación de aprobar planes de integridad, no existe la citada obligación a salvo de lo acontecido, en forma aislada y puntual, con los sistemas de prevención derivados de los fondos *next generation*. En efecto, y como hasta aquí hemos ido dando cuenta, si ciertamente se dispone de un marco legal y estatal que impulsa la existencia de marcos de integridad: códigos de conducta, mecanismos de prevención de conflictos de intereses, normativa sobre lobbies, etc.[815], dicha obligación formalmente no existe. No, al menos, de forma generalizada. Ciertamente, y sin embargo, se ha abierto una ventana de oportunidad con la ejecución de los fondos *next generatión* que imponen esa obligación a las entidades participantes en la ejecución de los mismos, aún cuando lo sea, advirtámoslo de nuevo, exclusivamente respecto de la ejecución de dichos fondos.

1. LOS INSTRUMENTOS PREVENTIVOS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA Y A LOS PLANES ANTIFRAUDE EN EJECUCIÓN DE FONDOS EUROPEOS.

[814] La Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana contempla en su artículo 56 la implantación de un sistema de integridad institucional, estableciendo a este respecto que:
-En el ámbito de la administración de la Generalitat, el Consell impulsará el diseño e implantación de un sistema de integridad institucional como marco para la gestión de la integridad y la mejora de la cultura ética de la organización. Este sistema incluirá, al menos, los siguientes elementos y herramientas:
a) Los códigos éticos o de conducta que definan los valores, principios y normas de conducta en los marcos de infraestructura ética, desarrollando su contenido mínimo, incluida la definición de la política de regalos.
b) Mecanismos de difusión, información, formación, sensibilización y desarrollo de los marcos de integridad y de la cultura ética para la asunción de los códigos y la mejora continua de la ética pública. En particular, se habrá de prever materiales y cursos de formación en integridad y ética pública dirigida tanto a los altos cargos y asimilados como al personal empleado público.
c) Vías para la formulación y resolución de consultas y dilemas en la aplicación de los códigos y para el seguimiento y respuesta a comunicaciones, alertas o quejas en relación con su cumplimiento.
d) Instrumentos de garantía del cumplimiento y la efectividad del sistema de integridad institucional, con la creación de una comisión de ética institucional que incluya la participación de personas expertas externas a la administración.
e) Mecanismos de seguimiento, evaluación, rendición de cuentas y mejora continua del sistema de integridad.
-En el diseño del sistema de integridad institucional se tendrá en cuenta la identificación de los riesgos para la integridad pública de mayor relevancia y los planes para la prevención. En su definición se atenderá a los órganos e instrumentos previstos en la Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la administración de la Generalitat y su sector público instrumental.
Para los posibles casos susceptibles de fraude y corrupción o de irregularidades y malas prácticas, se contará con los canales de alerta y denuncia previstos en la ley reguladora de la Agencia de Prevención y Lucha contra la Corrupción de la Comunitat Valenciana, que asesorará y colaborará en el diseño e implementación del sistema de integridad institucional.
Y, en efecto, esta Agencia había elaborado, en su labor de asesoramiento una Guía para la elaboración de Planes de Integridad Pública que fue aprobada por Resolución de la AVAF de fecha 15 de noviembre de 2021.

[815] Inclusive el IV Plan de Gobierno Abierto (2022-2024) contempla la construcción de sistemas de integridad pública, fortaleciendo valores éticos y mecanismos para afianzar la integridad de las instituciones públicas.

Como ha puesto de relieve TAVARES DA SILVA "Definir lo que deba ser un *Derecho administrativo de prevención de ilícitos* no es tarea fácil, empezando por la circunstancia de que el Derecho es, en su esencia, un instrumento de regulación *a posteriori*. En efecto, la estructura de la norma jurídica se basa en la identificación y descripción de una situación (hipótesis o supuesto de hecho) y en la determinación de las consecuencias que advienen de su comprobación (consecuencia jurídica), lo que significa que está forjada para reaccionar ante hechos, limitándose su función preventiva frente a esos hechos a la mera disuasión que derive de la consecuencia regulada (una sanción)"[816].

Pero dicho ello, la autora con sumo acierto indica cómo en la actualidad existen técnicas regulatorias que permiten la actuación preventiva frente a ilícitos administrativos y señala, a este respecto, los siguientes: prohibición de que sean excedidos umbrales o que ocurran hechos que se consideren potencialmente causantes de resultados negativos (ilícitos); información y *compliance*; nuevos controles administrativos donde se incluyen las obligaciones de instrumentos de autocontrol y control externo independiente o también los instrumentos de denuncia de ilícitos.

Pues bien, los instrumentos que se verán seguidamente en esa clasificación realizada por la autora se insertarían en este último escalón por tratarse de nuevas técnicas de autocontrol que permiten construir marcos de integridad que previenen conductas irregulares.

1.1 Los Códigos éticos y de conducta.

Resulta un lugar común en los distintos estudios que se han ocupado del tema hablar de medios autocompositivos, el denominado *self restraint* como, por ejemplo, sería la aprobación de códigos de conducta en la propia organización, y de medios heterocompositivos. Con carácter general, y respecto de los primeros, se ha venido criticando por algún sector de la doctrina que se trata de mecanismo de reacción ante conductas irregulares que pueden acontecer en el actuar de los cargos públicos frente a los insuficientes efectos y consecuencias del incumplimiento de dichos instrumentos[817]. Algo puede haber de cierto en dicha crítica. Sin embargo, y tal y como destaca PONCE SOLÉ[818], de todas estas críticas hay que distinguir entre las que se basan en confusiones sobre los propósitos de los códigos (a) y las que se basan en una puesta en práctica

[816] Puede consultarse, a este respecto, TAVARES DA SILVA, S. (2020): "Protección de intereses financieros públicos y protección de la confianza legítima de los beneficiarios de subvenciones", en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p.613 y ss.

[817] Así lo ha señalado FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007) al destacar que otros autores no consideran suficiente que nuestra legislación prevea normas éticas y principios de Conducta, sino que la lucha contra la corrupción debe abarcar también otros ámbitos, no ser unidireccional ("Los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas" Administración & Ciudadanía, *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 2, n., p. 36). Por su parte MARTÍNEZ FERNÁDEZ, J.M., pone el acento en que "el sector empresarial debe implicarse también estableciendo reglas éticas internas anti-corrupción, política empresarial que puede ser rentabilizada en el marco de la responsabilidad social corporativa y la valorización social de la ética empresarial en la lucha contra la corrupción". MARTÍNEZ FERNÁDEZ, J.M. (2017): "Corrupción en la contratación pública" en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 444.

[818] PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 130.

deficiente (b). y es que, tal y como expone el mencionado autor, debe tenerse presente que:

"(a) Los códigos tienen una función orientadora de los decisores públicos dentro de la infraestructura ética del marco de integridad nacional o local y, a la vez, establecen límites en el comportamiento administrativo y estándares de conducta que permiten su control y hacer efectiva la buena administración. No pueden ni tienen que modificar normas jurídicas ni han de inventarse arbitrariamente valores y principios ya existentes en el ordenamiento jurídico.

(b) De otro lado, si son inadecuados para sus funciones, si no se conocen o usan o si dan lugar a un desprecio de los empleados públicos, esto tendrá que ver con su contenido concreto y con el proceso de creación y puesta en aplicación de los mismos, no con la utilidad o no del instrumento en sí".

En definitiva, y en opinión que compartimos con el citado autor, un código de conducta o ético no es sino un elemento, imprescindible eso sí, pero un elemento de un proceso que, en caso de no ser activado y puesto en marcha convenientemente, deja en "papel mojado" lo establecido en el mismo. Mucho hay, lamentablemente, en muchas de las propuestas normativas que conocemos sobre estos y basta, a estos efectos, remitirnos a la legislación de empleo público.

Debe recordarse, a estos efectos, que los códigos de conducta son un medio autocompositivo o de autorregulación relativamente novedoso en nuestro ordenamiento a diferencia, como es conocido, de lo que acontece en los países anglosajones. Ahí precisamente, y por no estar lo suficientemente asentados en nuestra cultura, puede encontrarse tal vez la explicación a las muchas críticas que han recibido por entender que su carácter no normativo en sentido estricto les priva de la suficiente eficacia. Ciertamente, no se puede negar que, en un concepto cultural a veces equivocado consistente en partir de la creencia de que "todo lo que no está expresamente prohibido está permitido", sí debe hacerse constar que, al menos en mi opinión, en un estado hiperregulado como el nuestro, disponer de códigos de conducta en las instituciones puede suponer una herramienta flexible y muy interesante en materia de ética pública e integridad. Siempre que, tal como subrayamos anteriormente, el código se encuentre inserto en un proceso de *compliance* institucional. Y es que, como ha puesto de manifiesto JIMÉNEZ ASENSIO, "la anomia autorreguladora parece conducirnos inexorablemente al campo regulador. Y nos produce la imagen falsa de que todo lo no prohibido por la Ley es éticamente aceptable. Percepción falsa. En efecto, en el campo de la ética institucional de carácter público, la pertenencia de un cargo o servidor público a una determinada institución le obliga no solo a cumplir con las normas jurídicas del propio ordenamiento, sino también a adecuar sus conductas o comportamientos (públicos, pero también privados) a un conjunto de valores y principios que son de necesario cumplimiento atendiendo a la posición que ocupa en la organización correspondiente, las funciones que desarrolla y la imagen institucional que traslada esa persona en la estructura de cada entidad pública y la que proyecta sobre la propia ciudadanía" [819]. Y es que, para conseguir y mantener la confianza ciudadana en las Instituciones, no basta con multiplicar los

[819] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017): *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y Transparencia*, Catarata/IVAP, Madrid.

controles, sino que es necesario también "reforzar los hábitos y las convicciones. Esta tarea es la que compete a una ética de la Administración pública"[820].

Por todo ello, y precisamente por la imagen que de las instituciones públicas tiene la sociedad, resulta relevante la existencia de códigos de conducta como complemento a las normas jurídicas en sentido estricto que resulten engarzadas en un sistema de integridad institucional que genere, finalmente, confianza de la ciudadanía en las instituciones[821]. A este respecto, VILLORIA ha señalado que "el reto de la ética administrativa es conseguir conjugar, en un sistema integrado, los valores democráticos y los instrumentales, de forma que ni la reflexión ética se convierta en un ejercicio abstracto y sin aplicabilidad, ni se pierda en la fugacidad de los resultados inmediatos sin sustento moral. A ello ayudan códigos de conducta detallados y adecuados a la organización concreta donde se toma la decisión"[822]. Por tanto, los Códigos tienen su importancia, pero son una pieza más, al fin y al cabo, de un conjunto de iniciativas que se pueden llevar a cabo en un sistema de integridad institucional. En este sentido, como ha señalado MATARELLA, los códigos pueden ayudar a aquellos servidores públicos que tengan dudas sobre una determinada actuación o se encuentren en zonas grises, sin embargo, no pueden evitar que quien quiera violar la ley, lo haga[823].

En cuanto a su naturaleza jurídica, esto es, si son vinculantes o no, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que estos códigos sistematizan compromisos de futuro, y no estrictamente normas jurídicas[824]. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha

[820] CORTINA ORTS, A. (1998): *Hasta un pueblo de demonios*; Taurus, Madrid, p. 160. La misma autora, en cuanto a la definición e trascendencia de la ética en las Administraciones públicas ha señalado la importancia de acudir a los clásicos y a la concepción que se tenía en el mundo público, así destaca que "la ética griega era una ética del carácter, que se va forjando a través de las virtudes que las personas adquieren por repetición de elecciones y las personas saben qué virtudes deben adquirir porque son las que necesita para sobrevivir la comunidad política de la que son miembros. El mundo ético es entonces un mundo ordenado, en el que las gentes tienen razones para cultivar unas virtudes que su comunidad necesita en un mundo racional". (p. 86). De ahí la necesidad de forjar esa "cultura" de la ética desde distintas perspectivas y en donde tendrían perfecto encaje los Códigos éticos o de conducta.

[821] En este sentido, JIMÉNEZ ASENSIO, R. señala que "el componente de autorregulación de la ética pública tiene una intensidad y un valor específico en las instituciones, como complemento al papel del Derecho; mayor o menor en función de si el modelo de Administración Pública es anglosajón o continental europeo". Y añade dicho autor que "la opción por un sistema de Gobernanza también se tiene que apoyar en la ética pública, como pilar sustantivo de aquella. Sin embargo, en España la Buena Gobernanza es un concepto que no ha sido asimilado convenientemente (con excepción, tal vez, de algunas experiencias institucionales localizadas en el País Vasco) y, por lo común, se ha confundido con una visión o perspectiva muy pobre de la idea de Buen Gobierno, a la que ya se ha hecho alusión en las páginas precedentes. Tampoco las políticas de integridad institucional han entrado realmente en la agenda política. Solo a través del empuje y multiplicación de los escándalos de corrupción se han propuesto reformas legales, generalmente marcadas por la contingencia, poco sistemáticas y sin una mirada estratégica. Ello ha implicado que tampoco se hayan sabido construir de modo efectivo Modelos Institucionales y de Gestión de Gobernanza Ética". JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017): *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y Transparencia*, Catarata/IVAP, Madrid.

[822] VILLORIA MENDIETA, M. (2017): "Ética postconvencional e instituciones en el servicio público". *REIS: Revista española de investigaciones sociológicas*, núm.117, p.137.

[823] MATARELLA, B. G. (2007): *Le regole dónestà. Etica, política, amministraziones*, Bolognia, Il Mulino, p. 142.

[824] En relación con los Códigos éticos y deontológico el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en distintas ocasiones. Con relación a la abogacía es relevante señalar la sentencia de 19 de febrero de 2002 del TJCE en el caso *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (C-309/99).* Pero, asimismo, pueden citarse la Sentencia TJUE de 22 de junio de 2006 sobre el régimen fiscal de los centros de coordinación establecidos en Bélgica -Código de Conducta en el ámbito de la fiscalidad de las empresas- (asunto C-399/03); la Sentencia TJUE (Sala Quinta) de 18 de julio de 2013

distinguido entre códigos deontológicos y códigos éticos[825]. Los primeros permitirían la interposición de sanciones por las infracciones de su contenido, mientras que los segundos no. Sin embargo, como acertadamente ha puesto de manifiesto CERRILLO, "no podemos desconocer que en ocasiones los códigos éticos y de conducta adquieren la forma de norma jurídica. (…)[826]. De este modo, no se puede concluir de manera general y definitiva sobre la naturaleza jurídica de los códigos éticos y de conducta en base a su vinculación o no, puesto que dicha naturaleza jurídica esta estará relacionada con aspectos como su contenido, procedimiento de adopción, los mecanismos para garantizar su cumplimiento, las consecuencias de su incumplimiento, o, en última instancia, a su conocimiento"[827].

Los códigos de conducta son, en suma, un conjunto de principios y valores que deben orientar la actuación de los servidores públicos y que establecen una serie de reglas para su cumplimiento[828]. Por tanto, su naturaleza jurídica no debiera en mi opinión ser

sobre prácticas colusorias en el mercado de la instalación y el mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas (asunto C-501/11); la Sentencia TJUE de 25 de junio de 2015 (Sala Segunda) sobre garantía de depósitos (asunto C-671/13); Sentencia TJUE de 16 de julio de 2015 sobre estándares de patentes (asunto C-170/13) *Huawei vs ZTE*.

[825] Y es que, en efecto, la STC 219/89 afirma que las normas deontológicas no son un catálogo de deberes morales, sino que tienen consecuencias de tipo disciplinario. En este sentido, puntualiza que establecen una serie de deberes de obligado cumplimiento, por lo que no pueden reducirse a consejos acerca de un comportamiento deseable; y que, tanto en la tradición colegial como en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, han sido sancionadas, tienen una cualidad de ley para los colegiados, de ley de obligado cumplimiento. Por su parte, el FJ Quinto de la STC 219/98 especifica que: "Ahora bien, resulta claro también, en el ámbito específico de las relaciones especiales de sujeción de orden profesional y colegial, que la remisión a los Acuerdos de las Juntas definidores de los 'deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión' debe entenderse referida, muy especialmente, a las Normas Deontológicas que dichas Juntas puedan aprobar y se hallen vigentes en cada momento. En efecto, frente a lo que el recurrente sostiene, las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los colegios para "ordenar… la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares (Artículo 5.i de la Ley de Colegios Profesionales), potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de "ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial". Es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los colegios profesionales. Y, en último extremo, este mismo criterio por el que se considera el incumplimiento de dichas normas como merecedor de las sanciones previstas en el ordenamiento corporativo es el que viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

[826] Así resulta de hecho en algunas Comunidades Autónomas como, a título de ejemplo, ocurre en el caso de Navarra donde se dictó la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por la que se establece un Código de Buen Gobierno.

[827] CERRILLO I MARTÍNEZ, A (2019): "Los Códigos Éticos y de Conducta: de la teoría a la práctica", en el vol. col. coordinado por CASTILLO BLANCO, F. *Compliance e Integridad en el Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 162.

[828] CERRILLO I MARTÍNEZ, A., diferencia, a este respecto, los Códigos Éticos y los de Conducta al destacar que "los códigos éticos y de conducta son aquellos documentos que definen los valores y principios éticos, así como los principios de conducta o reglas de actuación que guían la actuación de los empleados públicos. A pesar de que con frecuencia la diferencia entre los códigos éticos y de conducta no es sencilla, generalmente, se distingue entre códigos éticos, cuando únicamente incluyen valores y principios éticos, y códigos de conducta, cuando también recogen principios de conducta o reglas de actuación, siendo la abstracción o especificidad una de sus notas distintivas".
CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018): "Los códigos éticos en el empleo público", en el vol. Col. dirigido por PONCE SOLÉ, J., *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 152.

necesariamente normativa, sino que muy al contrario de lo que está sucediendo en general en nuestro país donde sistemáticamente podemos comprobar, como seguidamente veremos, que se plasman en normas jurídicas de eficacia vinculante. En cualquier caso, reiterémoslo, para que sean verdaderamente eficaces deben engarzarse en un sistema de integridad que, sin embargo, establezca consecuencias jurídicas respecto de su eventual incumplimiento.

En cuanto a su finalidad, estos principios y valores plasmados en los códigos éticos y de conducta pueden servir a distintas funcionalidades relacionadas con la ética e integridad. Así, además de guiar el comportamiento de los servidores públicos, pueden constituir un instrumento eficaz para prevenir y disuadir las conductas irregulares o posibles conflictos de intereses. Asimismo, y no está de más subrayar este aspecto atendiendo a lo sucedido estos últimos años, no puede negarse que pueden ser una potente arma que sirva para construir o reforzar la confianza de los ciudadanos en las instituciones. Pero vayamos a las normas y analicemos cual es el contexto normativo en que éstos se desenvuelven.

La situación en España es que, tras la derogación del Código de Buen Gobierno de altos cargos por la ley 3/2015, nos encontramos huérfanos en el nivel estatal de un verdadero sistema de integridad institucional aun con las imperfecciones que el anterior tuviese[829]. En efecto, si como ya sabemos la LTBG previó un esquema sancionatorio en su Título II de las infracciones referidas al buen gobierno, lo cierto es que dejó en muchos casos poco espacio a lo que debería estar en realidad plasmado en un código de conducta[830]. En este

[829] La desaparición de este Código de Buen Gobierno, si bien ha de ponerse de relieve que no fue muy eficaz pues carecía de elementos de supervisión, es una cuestión que ha lamentado el GRECO recientemente en el quinto ciclo de evaluaciones con su Informe de 21 de junio 2019. Por otro lado, también es necesario mencionar que el último Informe sobre el Estado de Derecho en 2021, Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, de 20 de julio de 2021, ha señalado que "en España, la lucha contra la corrupción sigue una línea de acción estratégica, pero carece de una estrategia anticorrupción específica. A pesar de que el Gobierno ha desarrollado varias iniciativas para reforzar la integridad del sector público, no existe una política integral para prevenir y reducir la corrupción. El GRECO ha recomendado el desarrollo de una estrategia que reúna las medidas preventivas para detectar y reducir las áreas de riesgo de los conflictos de intereses, junto con un plan de acción para su aplicación".

[830] Al contrario de lo que acontece en España, en el caso de Portugal, el artículo 19 de la Lei n.º 52/2019, de 31 de julho por la que Aprova o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos aborda los Códigos de conducta estableciendo la competencia para su aprobación y los límites a los que está sometidos éstos y, en concreto, su sujeción a la Constitución y el respeto a la reserva de ley.

De esta forma, dicho precepto establece que:

-Las entidades públicas amparadas por esta ley deberán aprobar Códigos de Conducta para ser publicados en el Diário da República y en los respectivos sitios web, para el desarrollo, entre otros, de asuntos relacionados con la oferta institucional y la hostelería.

-Se aprobarán los Códigos de Conducta:

a) Por la Asamblea de la República, en relación con los respectivos Diputados, servicios y miembros del gabinete;

b) Por el Gobierno en relación con sus miembros, oficinas y entidades de la Administración Pública y el sector público empresarial del Estado;

c) Por los órganos de las autoridades locales en el marco de sus respectivas competencias;

d) Por los órganos de gobierno de las entidades autónomas y los órganos reguladores.

-Los Consejos Superiores de la Magistratura, Tribunales Administrativos y Tributarios y el Ministerio Público establecen, con independencia y autonomía, y con respeto a sus estatutos, los códigos de conducta aplicables, respectivamente, a los magistrados judiciales y al Ministerio Público.

-Sin perjuicio de su desarrollo y adecuación a la naturaleza de cada entidad por los respectivos códigos de conducta, las disposiciones de los artículos de esta ley relativas a obsequios y atenciones son de aplicación directa a las entidades abarcadas.

sentido, hasta el propio Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley señalo que "la traslación al ámbito jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática, en la medida en que el principal instrumento de que el Derecho dispone para forzar el cumplimiento de las leyes es la coacción, siendo así que la observancia de las normas morales o éticas descansa más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza de repulsa social que su incumplimiento puede llevar"[831].

Si atendemos al panorama normativo en el caso de las Comunidades Autónomas deben destacarse varios casos. En concreto nos referiremos en primer lugar a dos: por un lado, el modelo vasco y, por otro, el catalán. Así, y en el caso del modelo vasco, se aprobó el Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi en 2013[832]. En este Código no solo se definen una serie de valores y comportamientos exigibles a los cargos públicos en aras a promover la construcción de un verdadero sistema de integridad institucional y reforzar la confianza de la sociedad en las instituciones, sino que además se establecen una serie de medidas para el control de los posibles incumplimientos mediante la activación de un sistema interno de seguimiento que podría concluir, incluso, con el cese de la persona en cuestión.

En el caso de Cataluña, el código de conducta de los altos cargos y personal directivo de la Administración de la Generalidad y de las entidades de su sector público, y otras medidas en materia de transparencia, grupos de interés y ética pública[833], resulta un verdadero instrumento de autorregulación al contener una serie de elementos esenciales definidos por la OCDE para construir un sistema de integridad, a saber: el encargo al Departamento de Asuntos y Relaciones Institucionales y Exteriores y Transparencia y al Departamento de Gobernación, Administraciones Públicas y Vivienda para que lleven a cabo las acciones de difusión e información del código de conducta a la ciudadanía, a los empleados públicos y a los altos cargos y personal directivo; el establecimiento de que en el Plan anual de formación de la Escuela de Administración Pública de Cataluña se incorpore dentro del programa de formación para altos cargos y personal directivo acciones formativas en materia de ética; y la creación de un Comité Asesor de Ética Pública[834].

Este Código es un verdadero instrumento de autorregulación, su naturaleza más que normativa es orientadora y preventiva, teniendo como finalidad la promoción y mejora en la organización pública de una "infraestructura ética" que permita asentar y fortalecer una cultura de integridad que ayude a prevenir o identificar marcos de riesgo y evitar malas prácticas. Para ello, no solo recoge valores y principios, sino que también define

-Ninguna disposición de cualquier código de conducta podrá restringir las normas constitucionales y derogar las normas legales que correspondan a los estatutos de los titulares de cargos públicos o similares o condicionar las condiciones para el ejercicio del respectivo cargo o función.

[831] Dictamen 707/2012 el Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

[832] El último informe del GRECO, en su quinto ciclo de evaluación, de 21 de junio de 2019, ha puesto como ejemplo a seguir en la Administración General del Estado el Código de Ético y de Conducta del País Vasco.

[833] Tal y como exige la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.

[834] En el caso catalán conviene traer a colación la experiencia de la Oficina Antifraude de esta Comunidad Autónoma. Se trata, como dimos cuenta en su momento, de una institución independiente que rinde cuentas al Parlamento de Cataluña y que tiene como función principal fortalecer la integridad pública previniendo la corrupción. Ya nos referimos a ella oportunamente pero su papel, también en esta materia, resulta relevante.

su alcance. Otros puntos que se prevén también resultan muy interesantes como son su carácter abierto y flexible que le permite ir adaptándose a los cambios y exigencias de la ciudadanía o la creación de una Comisión de Ética Pública como órgano independiente con funciones relevantes, entre las que destacan: la promoción de programas de difusión de ética pública o la evaluación de las quejas o denuncias que se reciban, en su caso, sobre posibles incumplimientos de los altos cargos.

Cabe destacar, asimismo, el Código Ético para los Altos Cargos o Asimilados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto 7/2018, de 20 de febrero, que viene a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha. Este Código es un verdadero instrumento de autorregulación, su naturaleza más que normativa es orientadora y preventiva, teniendo como finalidad la promoción y mejora en la organización pública de una "infraestructura ética" que permita asentar y fortalecer una cultura de integridad que ayude a prevenir o identificar marcos de riesgo y evitar malas prácticas. Para ello, no solo recoge valores y principios, sino que también define su alcance. Otros puntos que se prevén también resultan muy interesantes como son su carácter abierto y flexible que le permite ir adaptándose a los cambios y exigencias de la ciudadanía o la creación de una Comisión de Ética Pública como órgano independiente con funciones relevantes, entre las que destacan: la promoción de programas de difusión de ética pública o la evaluación de las quejas o denuncias que se reciban, en su caso, sobre posibles incumplimientos de los altos cargos.

En el caso de otras CCAA, sin embargo, la mayoría de ellas optaron por realizar un esquema semejante al del Título II de la LTBG[835]. Es, a título de ejemplo, el caso de Aragón, con su Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, que distingue entre Código de buen gobierno de autoridades y cargos del sector público y los códigos de conducta de los empleados públicos (al igual que hace la legislación estatal). En cuanto a los primeros, diferencia principios éticos y principios de conducta, siguiendo el ejemplo del Título II LTBG y además crea una Agencia de Integridad y Ética Públicas que incorpora algunos de los elementos típicos de un sistema de integridad institucional como es la difusión y formación en ética pública o el carácter independiente de la Agencia. Con todo, aunque se incorporan instrumentos muy interesantes y de gran valor para alcanzar los objetivos establecidos, es necesario poner de relieve que mezcla en algunos aspectos elementos correspondientes a un plano más normativo que de autorregulación que es el que aquí venimos defendiendo.

[835] También se pueden destacar otros Códigos como es el "Código Ético de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno y altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura" de o el "Código Ético Institucional de la Xunta de Galicia" de 2014. Sin embargo, y a diferencia de los comentados, no incorporan un sistema efectivo de seguimiento y control. Así, y a título de ejemplo, en el caso de Navarra el artículo 4 de la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por la que se establece un código de buen gobierno, titulado control del cumplimiento del Código de Buen Gobierno, prevé que anualmente el Gobierno de Navarra conocerá un informe elevado por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, o quien en su caso corresponda, sobre los eventuales incumplimientos de los principios éticos y de conducta, con el fin de analizar los procedimientos y actuaciones que con arreglo a lo dispuesto en otras leyes forales reguladoras de la incompatibilidad del Gobierno y sus altos cargos pudieran incoarse.
Y muy genéricamente, en el caso de las Entidades Locales, añade en su apartado 2 que se establecerán, en el ámbito de las competencias de las mismas, las condiciones en las que se haya de velar por el cumplimiento de los principios regulados en la presente Ley Foral.

En cualquier caso, y pasados unos años, desde la adopción de códigos éticos y de conducta cabe preguntarse si efectivamente, y como hubiese sido de esperar tras toda la avalancha normativa acontecida, ha mejorado el proceder de los altos cargos. Me temo, sin embargo, que la respuesta con carácter general sigue ofreciendo un panorama repleto de luces, pero también de sombras, que no resulta muy alentador sobre los avances en esta materia.

Cierto es que la incorporación de forma sistemática de los principios a que hemos hecho referencia como requisitos en el actuar de los responsables públicos ha venido no solo a concienciar a la ciudadanía de lo que tienen que esperar de los cargos públicos, sino que en el propio seno de las instituciones se ha empezado a crear una "atmósfera" de ética pública, de buen gobierno y buena administración, que merece la pena ser destacado. Sin duda, y a pesar de que, en general, los códigos éticos y de conducta no tengan valor vinculante, también han contribuido a este clima. Pero todavía se echa en falta que los cargos públicos cumplan el propósito que tienen encomendado tanto en la LTBG como en la LACAGE, esto es, ser un modelo de ejemplaridad en su conducta. La falta de transparencia en cuestiones como la "desescalada" acontecida en la pandemia, los viajes insuficientemente explicados de autoridades o el incumplimiento o impugnación sistemática de las Resoluciones del CTBG, dan buena muestra de ello y ponen de relieve, lo que ya advertíamos, de que la mera aprobación de normas éticas o de conducta no conduce, por si sola, a lograr los objetivos marcados. Es preciso construir marcos de integridad que contribuyan a ello. Y no simplemente ceñidos a la ejecución de fondos europeos por muy relevante que pueda calificarse esta experiencia como seguidamente veremos

Como ejemplo muy significativo de la indolencia en esta materia baste hacer referencia a las demoras que, al menos en el plano estatal, está encontrando la transposición de la Directiva del Consejo y del Parlamento relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión cuyo plazo finalizaba el mes de diciembre de 2021. Bien es cierto que en el haber no solo están las distintas iniciativas puestas en marcha por las CCAA para la creación de las Oficinas Antifraude, sino también, y creo que esto es más relevante de lo que puede parecer, la especial sensibilidad despertada en la doctrina (entre otros, y por citar a algunos de los más relevantes y especialmente destacados, VILLORIA, GIMENO FELIÚ, CERRILLO i MARTÍNEZ, PONCÉ SOLÉ, JIMÉNEZ ASENSIO, etc.) para proponer alternativas y soluciones a la situación en que nos encontramos a pesar de su aparentemente escaso éxito inicial.

Esta situación de cierta pasividad puede que, sin embargo, sea superada como consecuencia de la ejecución de los denominados fondos *next generation* y su exigencia, para poder proceder a la ejecución de éstos, de planes antifraude en las instituciones a los que se encomienden éstos a los que dedicaremos, por su importancia, las próximas páginas. Consecuencia de ello, es que ahora sí se han establecido incentivos suficientes para un cambio de orientación en esa política pasiva que hemos denunciado dado que el acceso a esos fondos europeos así lo exige[836].

[836] Se ha de señalar, sin embargo, que la influencia del Derecho europeo no ha sido nueva en esta materia. De esta forma, la importancia de las medidas de lucha contra el fraude se articula, entre otras, en torno a lo reflejado por la normativa específica sobre: la protección de los intereses financieros [Art 58.1 del Reglamento (UE) 1306/2013], los Criterios de autorización [Anexo I del Reglamento (UE) 907/2014] y la Declaración de Gestión [Art.3 del Reglamento (UE) 908/2014]. En concreto, el artículo 125 del Reglamento (UE) 303/2013, de 17 de diciembre, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, dispone en su apartado 4 c) que,

1.2 Un caso específico de actuación preventiva: los Planes Antifraude en ejecución de fondos europeos.

La ejecución de los fondos *next generation*, como exponíamos con anterioridad, viene condicionada a que toda unidad decisora o ejecutora de dichos fondos que hubieran de participar en la gestión y ejecución de los mismos dispongan de un Plan de Medidas Antifraude que le permita garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses[837]. Dicha previsión se encuentra, en concreto, contenida en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia[838] (en adelante PRTR), con carácter básico según lo que establece la Disposición Final Primera, y a pesar de su rango, que pareciera insuficiente a todas luces, se contempla por primera vez la articulación de medidas efectivas de cumplimiento normativo[839].

Si hasta ese momento el conjunto de las medidas que se habían contemplado en la normativa estatal y autonómica no imponían ninguna obligación de proceder, en forma

---

en su ámbito de aplicación, *"la autoridad de gestión deberá (...) aplicar medidas antifraude eficaces y proporcionadas, teniendo en cuenta los riesgos detectados"*, existiendo disposiciones similares en la normativa reguladora del resto de Fondos Europeos.

Y, en este sentido, en distintos Departamentos Ministeriales se fueron adoptando medidas para la prevención del fraude y la corrupción. En el ámbito del Ministerio de Agricultura se adoptó una Instrucción General de la División de Auditoría Interna, la 2/2015, que estableció distintas medidas. Con posterioridad la misma fue modificada por la IG 3/2020 y la 5/2021, en la actualidad se contemplan distintas actuaciones que van desde la formación, creación de cultura ética, evaluación de riesgos, procesos de prevención del fraude, etc.

Se ha de señalar, a este respecto, asimismo la Comunicación del Servicio de Coordinación Nacional https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/snca/Documents/ComunicacionSNCA06-04-2017Canaldenuncias.pdf

[837] En realidad, y desde la LCSP, dicha forma de proceder era obligatoria en materia de contratación pública a pesar del escaso balance que puede mostrarse. Como en su momento se puso de manifiesto el artículo 64 de dicha Ley impone a los órganos de contratación el deber de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Obligación que, con carácter general, y salvo honrosas excepciones no se ha visto cumplida por la mayoría de nuestras Administraciones públicas.

[838]La Orden se dicta con la finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones que el artículo 22 del Reglamento (UE) 241/2021, de 12 de febrero de 2021, impone a España en relación con la protección de los intereses financieros de la Unión como beneficiario de los fondos del MRR, obligando a toda entidad, decisora o ejecutora, que participe en la ejecución de las medidas del PRTR a disponer de un "Plan de medidas antifraude" que le permita garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

[839] En desarrollo de estas previsiones el 24 de enero de 2022, con un cierto retraso dado la inexperiencia de en este punto, el Ministerio de Hacienda dio a conocer un documento, a modo de guía, que con la denominación "Orientaciones para el Refuerzo de los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, referidos en el artículo 6 de la Orden HFP 1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia", que tiene por objeto servir como referencia y ayudar a las diferentes entidades decisoras y ejecutoras a definir un modelo/sistema de gestión del riesgo de fraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

sistemática, a articular un plan de prevención y acción proactiva, ahora[840], y respecto de estos fondos, sí se impone dicha obligación a fin de prevenir conductas irregulares. En este sentido, el artículo 6.2 de la Orden establece que son aplicables las definiciones de fraude, corrupción y conflicto de interés contenidas en la Directiva (UE) 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión (Directiva PIF), y en el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (Reglamento Financiero de la UE)[841].

Ello se traduce, de acuerdo con lo establecido en el documento de orientaciones dictado por el Ministerio de Hacienda, en un doble modelo: en el ámbito estatal y autonómico, los ministerios o consejerías, en tanto entidades decisoras al haberse escogido en forma preferente un modelo departamental para la gestión y ejecución de estos fondos, deberán aprobar un plan de medidas antifraude que podría amparar a las entidades ejecutoras de él dependientes, si bien ajustando a la realidad y ámbito de actuación de las mismas los elementos de aquel que sea necesario, en particular la evaluación del riesgo que es un elemento a considerar en cada unidad que haya de disponer de este plan. En el ámbito local, la entidad local a nivel global aprobará un plan antifraude, que podría amparar el de las entidades ejecutoras de ella dependientes, realizándose las adaptaciones necesarias y valorando la necesidad de su adaptación a niveles inferiores al de entidad ejecutora.

Planificación y visión integral del problema, aunque ceñida estrictamente a la ejecución de esos fondos europeos, es un tema que, como también se apuntó con anterioridad, se había puesto de relieve por la OCDE llamando la atención sobre los marcos de integridad institucional y su utilidad para la prevención de conflictos de intereses y, en último término, de conductas irregulares y corruptas. Si bien el modelo adoptado que, si entre sus virtudes, está la de impulsar por primera vez y de forma generalizada en todo el sector público una planificación de carácter integral, lo cierto es que adolece, como ya ha sido

[840] Así lo reconoce el documento Orientaciones que establece que "La normativa española vigente en la actualidad ya configura un marco regulatorio que garantiza un punto de partida sólido en materia de prevención, detección y corrección del conflicto de intereses, el fraude y la corrupción. No obstante, es preciso adaptar esos mecanismos ya existentes mediante una serie de medidas diseñadas a partir de un planteamiento proactivo, sistematizado y específico para gestionar el riesgo , de manera que se cumpla con las exigencias comunitarias, expresamente recogidas con carácter general en el artículo 61 y 129 del Reglamento Financiero 2018/1046, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y específicamente en el ámbito del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en el artículo 22 del Reglamento del MRR".

[841] Junto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Artículo 325) conviene destacar los siguientes hitos normativos en esta materia:

- Acto del consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas
- Reglamento (CE, Euratom) núm. 2988/1995, de 18 de diciembre, sobre protección de intereses financieros de la UE
- Reglamento (EURATOM, CE) N° 2185/96 del Consejo, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades
- Reglamento (UE, EURATOM) Nº 883/2013, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) Nº 1073/1999,y el Reglamento (Euratom) nº 1074/1999
- Directiva UE 2017/1371, sobre lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.
- Reglamento UE 2017/1939 (CONSEJO), de 12 de octubre, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

puesto de relieve por algunos autores[842], de una visión integral de una política de integridad como se preconiza desde esa institución que, además, debiera ser global para toda la entidad y no articulada departamentalmente. Y es que, como ha puesto de manifiesto LLINARES, es preciso pasar de una estrategia de planes antifraude a una estrategia basada en planes de integridad[843].

Si se añade a la anterior crítica la urgencia y premura con que dichas medidas han debido ser adoptadas, se tiene el conjunto de ingredientes para que, lo que podría haber constituido la posibilidad de instalar una política de integridad en el conjunto del sector público, corra el riesgo de desdibujarse en un sinfín de medidas de carácter singular, algunas de ellas casi con total seguridad inconexas e improvisadas dada la premura y la ausencia de previsión a estos efectos. De esta forma, el artículo 6 apartado 5 de dicha Orden establece la obligación que tiene la entidad decisora o ejecutora de los fondos de aprobar un Plan de medidas antifraude en un plazo máximo de 90 días.

El plan, cuya responsabilidad en lo que se refiere a su elaboración recae en cada entidad, deberá estructurar las medidas antifraude en torno a los cuatro elementos clave del llamado «ciclo antifraude»: prevención, detección, corrección y persecución. Entre otras medidas, el Plan de medidas antifraude deberá prever la realización, por parte de la entidad gestora de los fondos, de una evaluación de riesgo, impacto y probabilidad de riesgo de fraude en los procesos clave de la ejecución de el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y su revisión periódica.

Dado que, entre los objetivos de la norma, se encuentra la consecución de una cierta homogeneidad en el diseño de las medidas por parte de las distintas entidades que participen en la ejecución de estos fondos, y sin perjuicio de la posibilidad de adoptar por cada una de ellas de medidas adicionales atendiendo a las características y riesgos específicos de la entidad de que se trate, se contemplan dos instrumentos de apoyo, a saber:

— Anexo II.B.5. Un cuestionario de autoevaluación relativa al estándar mínimo
— Anexo III.C. Orientación sobre medidas de prevención, detección y corrección del fraude, corrupción y conflicto de intereses

[842] JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2022): "Más vale tarde que nunca" en su blog *La mirada institucional* (Disponible en: https://rafaeljimenezasensio.com/2022/01/30/mas-vale-tarde-que-nunca/) que, asimismo, denuncia carencias del modelo establecido argumentando "la debilidad de algunos de los instrumentos de prevención que el documento propone (código ético) o que sencillamente no trata (formación) o, en fin, en los que intenta resolver solo por la vía formal y jerárquica (procedimiento de gestión de conflictos de intereses)".

[843] LLINARES GÓMEZ, J.A. (2022): "De los planes antifraude a los planes de integridad", en el *Blog AVAF* (Disponible en: https://www.antifraucv.es/de-los-planes-antifraude-a-los-planes-de-integridad/) quien pone de manifiesto que precisamente la orden que regula estos planes antifraude dejan al descubierto las siguientes cuestiones:
- Que las Administraciones Públicas españolas carecen de mecanismos homologables a los estándares mínimos exigidos por la UE en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.
- Que el ámbito al que la citada Orden se dirige es exclusivamente a la gestión de los fondos europeos del PRTR.
- Que el resto de los fondos y especialmente los fondos propios cuyo origen son los tributos de todos los españoles, al quedar fuera del ámbito de la Orden, no interesan planes antifraude y se pueden seguir gestionando en la manera "tradicional".

En principio, la Orden Ministerial deja libertad de acción y configuración de dichas medidas a las distintas Administraciones públicas con una exigencia: en todo caso, se ha de garantizar una conveniente protección de los intereses de la Unión. Y, a estos efectos, se establece como actuaciones obligatorias para los órganos gestores: la evaluación de riesgo de fraude, la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) y la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses.

La normativa dictada fija, de otro lado, una serie de requerimientos mínimos de lo que la propia Orden denomina «Plan de medidas antifraude», que incluye:

a) Aprobación del Plan por la entidad decisora o ejecutora, en un plazo inferior a 90 días desde la entrada en vigor de la presente Orden o, en su caso, desde que se tenga conocimiento de la participación en la ejecución del PRTR.

b) Estructurar las medidas antifraude de manera proporcionada y en torno a los cuatro elementos clave del denominado «ciclo antifraude»: prevención, detección, corrección y persecución.

c) Prever la realización, por la entidad de que se trate, de una evaluación del riesgo, impacto y probabilidad de riesgo de fraude en los procesos clave de la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y su revisión periódica, bienal o anual según el riesgo de fraude y, en todo caso, cuando se haya detectado algún caso de fraude o haya cambios significativos en los procedimientos o en el personal.

d) Definir medidas preventivas adecuadas y proporcionadas, ajustadas a las situaciones concretas, para reducir el riesgo residual de fraude a un nivel aceptable.

e) Prever la existencia de medidas de detección ajustadas a las señales de alerta y definir el procedimiento para su aplicación efectiva.

f) Definir las medidas correctivas pertinentes cuando se detecta un caso sospechoso de fraude, con mecanismos claros de comunicación de las sospechas de fraude.

g) Establecer procesos adecuados para el seguimiento de los casos sospechosos de fraude y la correspondiente recuperación de los Fondos de la UE gastados fraudulentamente.

h) Definir procedimientos de seguimiento para revisar los procesos, procedimientos y controles relacionados con el fraude efectivo o potencial, que se transmiten a la correspondiente revisión de la evaluación del riesgo de fraude.

i) Específicamente, definir procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de interés conforme a lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 61 del Reglamento Financiero de la UE. En particular, deberá establecerse como obligatoria la suscripción de una DACI por quienes participen en los procedimientos de ejecución del PRTR, la comunicación al superior jerárquico de la existencia de cualquier potencial conflicto de intereses y la adopción por este de la decisión que, en cada caso, corresponda.

La responsabilidad, a fin de realizar estas actuaciones, exige disponer de una estructura organizativa que soporte dicha actividad, bien en unidades ya existentes o articulando una organización específica que, en el documento de orientaciones dictado, se sugiere que podrían ser las siguientes: Comité antifraude que constituiría un órgano colegiado responsable del diseño de la estrategia de lucha contra el fraude sobre la que se elaborará el plan antifraude, la elaboración del mismo, su seguimiento, actualización y evaluación de su resultado; una unidad para la coordinación y el seguimiento de la gestión, con funciones de control de gestión a la que le correspondería la comprobación y análisis de los expedientes identificados de riesgo y, en su caso, propuesta de medidas específicas y coordinación interna en esta materia, así como con los órganos especializados, como son el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA) y la Autoridad de Control.

El documento de orientaciones propone como medidas preventivas la adopción de las siguientes:

A) La emisión de una Declaración institucional frente al fraude y un Código de Conducta (se proponen modelos de cada uno, Anexo III y Anexo IV, respectivamente), dándoles difusión entre el personal a través de su publicación en la intranet y mediante la remisión de un correo electrónico a cada miembro de la organización comunicándole tal publicación, incluyendo en dicho correo un enlace a dicha publicación. En el Código de Conducta se identifica la obligación de confidencialidad y secreto que les incumbe a los empleados públicos, así como la política de obsequios a la que están sometidos.

B) Elaboración por la entidad de un documento relativo a la prevención, detección y gestión del posible conflicto de interés (Apartado 4). En él se da información al personal sobre las distintas modalidades de conflicto de intereses, las formas de evitarlo y la normativa vigente en relación con esta materia y se recoge el procedimiento a seguir en el caso de que se detecte un posible conflicto de intereses (se propone un modelo en el Anexo II).

C) Identificación de una unidad de la entidad decisora a la que se le asigna las funciones que se derivan de la elaboración, aplicación y seguimiento del Plan Antifraude y de las medidas en él contenidas, encargada de realizar la evaluación de fraude, examinar las denuncias, evaluar situaciones que puedan ser constitutivas de fraude o corrupción y, en su caso, comunicarlas a las entidades que corresponda, así como proponer medidas correctoras.

D) Informar al personal de la organización, mediante su publicación en la web de la entidad para general conocimiento, de la existencia del canal de denuncias externo habilitado por el SNCA (Infofraude), para la comunicación de información sobre fraudes o irregularidades que afecten a fondos europeos, el cual dispone de un apartado específico relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Comunicación 1/2017, de 6 de abril, sobre la forma en la que pueden proceder las personas que tengan conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de fraude o irregularidad en relación con proyectos u operaciones financiados total o parcialmente con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea.

E) Realización de una evaluación inicial del riesgo de perjuicio a los intereses financieros de la Unión, de su probabilidad de materialización y su eventual impacto (sistema de autoevaluación).

Respecto de las posibles medidas de detección se propone la elaboración de un catálogo de banderas rojas (*red flags*) o indicadores de riesgo para la lucha contra el fraude y la corrupción en el ámbito de actuación de la entidad decisora/entidad ejecutora, con definición del procedimiento a seguir en el caso de que se detecten alguna de esas banderas rojas. Las banderas rojas son señales de alarma, pistas o indicios de posible fraude. La existencia de una bandera roja no implica necesariamente la existencia de fraude, pero sí indica que una determinada área de actividad necesita atención extra para descartar o confirmar un fraude potencial.

La Orden Ministerial contempla la manera de actuar en caso de detectarse un posible fraude, o su sospecha fundada, momento en el cual la entidad correspondiente deberá:

a) Suspender inmediatamente el procedimiento por parte del titular del órgano administrativo responsable y notificar tal circunstancia en el más breve plazo posible a las autoridades interesadas y a los organismos implicados en la realización de las actuaciones y revisar todos aquellos proyectos, subproyectos o líneas de acción que hayan podido estar expuestos al mismo;

b) Comunicar los hechos producidos y las medidas adoptadas a la entidad decisora, o a la entidad ejecutora que le haya encomendado la ejecución de las actuaciones, en cuyo caso será ésta la que se los comunicará a la entidad decisora, quien trasladará el asunto a la Autoridad Responsable, la cual podrá solicitar la información adicional que considere oportuna de cara a su seguimiento y comunicación a la Autoridad de Control;

c) Denunciar, si fuese el caso, los hechos a las Autoridades Públicas competentes, al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude –SNCA-, para su valoración y eventual comunicación a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude;

d) Iniciar una información reservada para depurar responsabilidades o incoar un expediente disciplinario;

e) Denunciar los hechos, en su caso, ante el Ministerio Fiscal, cuando fuera procedente.

Asimismo, la entidad afectada deberá evaluar la incidencia del posible fraude y su calificación como sistémico o puntual y, en todo caso, retirar los proyectos o la parte de los proyectos afectados por el fraude y financiados o a financiar por el MRR[844].

En fin, y en cualquier caso dichas iniciativas estimo, sin perjuicio de que hubieran podido ser de mayor efectividad por las razones anteriormente expuestas, son pasos en la buena dirección, crean incentivos formales e informales que pueden coadyuvar a una mejora de la cultura de la integridad.

[844] Adicionalmente el documento de orientaciones añade que, en todo caso, se exigirá la recuperación por las autoridades competentes de los importes indebidamente desembolsados por éstas, garantizando procesos sólidos de recuperación de fondos, especialmente de la UE, que se hayan empleado de forma fraudulenta y, concluida la investigación o transferida a las autoridades competentes, se tendrá que mantener un adecuado seguimiento, para promover cualquier cambio o revisión de los mecanismos de control relacionados con el fraude potencial o probado.

Finalmente, y a falta de un fundamental desarrollo reglamentario, debe hacerse referencia a las recientes modificaciones de la Ley 9/2017, de contratos del sector público introducidas por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, que en su disposición adicional centésima décima segunda ha establecido una serie de normas para saber cómo identificar y actuar ante un posible conflicto de interés en los procedimientos administrativos relativos a la ejecución de fondos del PRTR. Así, adicionalmente a las medidas establecidas en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que prevé las Declaraciones de Ausencia de Conflictos de Interés por parte de los órganos gestores y la definición de los procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de intereses como contenido inexcusable de los planes de medidas antifraude, la Ley 31/2022 incorpora el "análisis sistemático y automatizado del riesgo de conflicto de interés mediante una herramienta informática de «data mining» gestionada por la Agencia Estatal de Administraciónn Tributaria", que deberá ser añadido a partir de ahora a los Planes Antifraude ya aprobados, mediante su modificación, o incorporarse a los no aprobados aun[845].

2. LA RELACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD.

No es objeto del presente estudio el análisis exhaustivo de otras responsabilidades, distintas a las administrativas, en las que pueden incurrir los altos cargos como consecuencia de su actuación. Sin embargo, lo cierto es que las mismas existen de forma coetánea a las responsabilidades que pueden derivarse en vía sancionatoria administrativa y esta realidad obliga, al menos, a referirse a las mismas y muy especialmente a la relación que presentan con la responsabilidad administrativa objeto de estas líneas y las reglas procedimentalmente establecidas para armonizar esas "otras" responsabilidades en las que puede incurrirse como consecuencia de la comisión de los hechos relatados en capítulos anteriores.

2.1 La virtualidad del principio *non bis in idem* en la exigencia de responsabilidades al alto cargo.

Como en su momento puso de relieve ARROYO ZAPATERO este principio, cuyo origen ha de buscarse en el *ius puniendi* estatal[846], no es sino un subprincipio del Principio de

[845] A este respecto puede verse BERNAL BLAY, M. A. (2023): "El control de los conflictos de interés en los procedimientos administrativos que ejecutan fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia", *Blog OBCP*. (Disponible en https://www.obcp.es/opiniones/el-control-de-los-conflictos-de-interes-en-los-procedimientos-administrativos-que)

[846] El Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española de la lengua expone el origen de este principio y explica que:

"No dos veces por lo mismo». Adopta también otras formas: *ne bis in idem* y *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*. El origen de la idea es muy antiguo, con probabilidad en el derecho ateniense del siglo iv a. C. (Demóstenes, In Leptinem 147: «las leyes no permiten dos procesos judiciales contra las mismas personas por los mismos hechos»), pero la regla como tal procede del jurista romano Gayo, Digesto 50, 17, 57: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur ('la buena fe no consiente que se exija dos veces lo mismo'). Con la práctica forense medieval, la expresión se redujo a solo *non bis idem exigatur*, y finalmente a non bis in idem. Está presente en numerosas fuentes del derecho romano. El jurista Ulpiano, Digesto 48, 2, 7, 2, afirma: «No se debe consentir que uno sea acusado de los mismos delitos de que fue declarado libre». Una constitución del año 289 de los emperadores Diocleciano y Maximiano, Código de Justiniano 9, 2, 9,

legalidad en materia penal que, sin embargo, tiene trascendencia constitucional al haber sido admitido por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo[847]. En el plano del ejercicio del *ius puniendi* del Estado dicho principio plantea, como es conocido, distintas cuestiones, a saber: la compatibilidad entre una sanción penal y una sanción administrativa, la compatibilidad entre dos sanciones distinguiendo, a su vez, si éstas son o no de heterotutela, la propia compatibilidad de dos sanciones disciplinarias y la problemática derivada de la subordinación de la autoridad administrativa a la autoridad judicial. Y su fundamento se ha pretendido sustentar en distintas instituciones: la cosa juzgada, el principio de legalidad, la seguridad jurídica, el propio principio de proporcionalidad, etc[848].

Y es que, claramente asentado en la doctrina de nuestros tribunales tras una evolución que comenzó tras la Constitución de 1978[849], se reitera por éstos que el principio "*non bis in ídem*" presenta una doble dimensión[850]:

a) La dimensión material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto "en más de una ocasión por el mismo hecho y con el mismo fundamento", y "tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre , FJ 3;

---

establece: «Quien fue acusado de un crimen público no puede volver a ser acusado del mismo crimen por otro".

[847]ARROYO ZAPATERO, L. (1983): "Principio de Legalidad y Reserva de Ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, p. 10. El principio es considerado como un Principio General del Derecho, así lo subraya MUÑOZ QUIROGA, A. (1985): "El principio "non bis in ídem", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 45, pp. 129 y ss. en su comentario a la STC de 3 de octubre de 1.983, subrayando con GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2014): ("La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 1, p. 119) el valor conformador del Ordenamiento de los principios generales. Así, GARCIA DE ENTERRIA, y respecto del valor de éstos en el espacio europeo, expone que "el punto de entendimiento entre jueces de 21 naciones distintas, de países de *common law* y de Derecho Romano, germánicos y latinos, cristianos y musulmanes y de diversa procedencia profesional, es el manejo y articulación de principios generales y de conceptos técnicos, de apotegmas instrumentales, y, en definitiva, de todo el arsenal, modesto por su empaque teórico, pero perfectamente operativo, que es la tópica jurídica".

[848] ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2010): "Principio non bis in ídem", en LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, pp. 762 y ss. dio cuenta de los distintos fundamentos que de dicho principio ha efectuado la doctrina.

[849] NIETO GARCÍA, A. (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, p.470, ha puesto de manifiesto que, si bien es un hecho constatable su aplicación habitual, la evolución y plasmación de su contenido y su alcance había sido realizado básicamente por la doctrina, la jurisprudencia y la normativa sectorial hasta tiempos muy recientes en que se recogió en las normas generales de régimen jurídico y procedimiento administrativo. El citado autor explica cómo las consecuencias del principio pueden explicarse sistemáticamente en una serie de círculos que expresan el alcance de la prohibición.

[850] La doctrina del Tribunal Constitucional se expone exhaustivamente en la STC 188/2005, de 5 de agosto que recuerda que:

"Según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo, el principio "non bis in idem" tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE, en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de Ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre , Ff3), ha sido reconocido expresamente en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, en particular en el art.14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, de 19 de diciembre de 1966, y en el Art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que protege al ciudadano, no sólo 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" (STC 2/2003, de 16 de enero , FF.J.J. 2 y 8).

177/1999, de 11 de octubre , FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre , FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente" (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3)[851].

b) Y la dimensión procesal o formal[852], que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción "la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal "(SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 y 229/2003, de 18 de diciembre y en la jurisprudencia europea en el caso Franz Fischer contra Austria y de 6 de junio de 2002, en el asunto Sallen contra Austria)[853].

Respecto de la primera vertiente, primigeniamente la jurisprudencia de nuestros tribunales admitió esa duplicidad de sanción y buena muestra de ello son las SSTS de 21 de junio de 1.966 (Ar. 3924), 7 de abril de 1.967 (Ar. 2156) y 14 de junio de 1.978 (Ar. 2371) y, si bien alguna resolución jurisdiccional prohibió tal duplicidad por unos mismos hechos (STS de 7 de marzo de 1.978, Ar. 923), dicha línea puede afirmarse que no era la mayoritaria en el ámbito judicial.

La situación cambió, como no podía ser de otra forma, tras la CE que, aun cuando no recogió el principio de forma expresa (sí se hizo en el anteproyecto constitucional B.O.C. 5 enero 1.978)[854], sí fue determinante para que la jurisprudencia constitucional admitiese que iba íntimamente vinculado al principio de legalidad y tipicidad expresamente

[851] El Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española de la lengua. anteriormente referido explica la vertiente material o sustantiva del siguiente modo:
Se trata de una garantía del ciudadano que consiste en la prohibición de perseguirlo o de sancionarlo dos veces (con dos penas, con una pena y una sanción o con dos sanciones) por el mismo ilícito. Según la jurisprudencia constitucional, es un derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 CE que goza de la protección del recurso de amparo. El principio prohíbe castigar dos veces lo mismo, y la jurisprudencia ha declarado que concurre «lo mismo» en los supuestos de triple identidad de sujeto, hecho y fundamento o bien jurídico protegido por la norma (SSTC 2/2003 y 48/2007).

[852] En esta segunda vertiente el Diccionario Panhispánico expone que se trata de:
De una regla que conlleva un doble deber de la Administración: por un lado, el deber de no tramitar el procedimiento sancionador por hechos que puedan ser constitutivos de delito, lo que genera el deber de suspenderlo o de no incoarlo siquiera, y, por otro lado, el deber de respetar la declaración de hechos probados que incluya la sentencia penal firme en el procedimiento sancionador ulterior cuando pueda sancionarse a posteriori. La jurisprudencia constitucional ha elaborado esta regla como parte integrante del principio *non bis in idem* y la ha ubicado en el artículo 25.1 de la Constitución Española. Además, la ha denominado de forma impropia «*non bis in idem* procedimental» o «vertiente procedimental del *non bis in idem* material». SSTC 77/1983 y 177/1999".

[853] Bien es cierto que, como ha puesto de relieve en un documentado estudio ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2008): *La garantía del non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, en realidad se trataría de tres reglas diferentes y, junto a las referidas en el cuerpo de este estudio, habría que añadir una tercera, a saber: el non bis in ídem procesal o derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito y su repercusión en el procedimiento administrativo sancionador.

[854] Ha de tenerse presente que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 lo incluye en su artículo 14.7: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

recogidos en el mismo[855], y sin perjuicio de que, básicamente a partir de la STC 2/2003, de 16 de enero, se matizase esa prohibición de una doble sanción en la actuación judicial[856]. Su recepción a nivel normativo, debe decirse, ha sido francamente decepcionante[857].

No obstante, si la jurisprudencia constitucional confirmaba su inclusión en la tabla de derechos fundamentales, a la vez se negaba su vigencia dentro de las denominadas relaciones de sujeción especial que, como señalábamos en los albores de este trabajo, caracterizan específicamente la relación que une a un alto cargo con el Estado.

Bien es cierto que, desde ese momento y no sin cierta polémica[858], la jurisprudencia de nuestros tribunales vino admitiendo la posibilidad de sancionar dos veces en el ámbito de

[855] En este sentido, la STC de 30 de enero de 1.981 estableció:
"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- en los casos en que se aprecie la identidad del 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 de la potestad sancionadora de la Administración... Si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución."

[856] En efecto, y como es conocido, la STC 2/2003, apartándose de la doctrina establecida en la STC 177/1999, vino a establecer que el principio *non bis in idem*, como garantía material, integra el derecho fundamental al principio de legalidad del art. 25.1 de la CE y tiene por finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, pero se fundamenta también en el principio de culpabilidad y proporcionalidad. En este sentido, no se produce reiteración punitiva, prohibida constitucionalmente, aunque haya identidad de sujeto, hecho y fundamento, cuando el órgano judicial toma en consideración la anterior sanción administrativa para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal ya que materialmente sólo ha existido una sola sanción.

[857] En general así opina la doctrina. Por todos, puede verse GALLARDO CASTILLO, M.J. (2008): *Los principios de la Potestad sancionadora. Teoría y Práctica,* Iustel, Madrid, p. 291, que expone que "El precepto merece ser enjuiciado más por lo que silencia que por lo que establece. La realidad es mucho más compleja de lo que es capaz de abarcar el mero enunciado de este axioma en los términos literales que se han descrito.

[858] OCTAVIO DE TOLEDO Y URBIETA, E. (1980): *La prevaricación del funcionario público*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 265 y ss. Aunque este autor, referencia ineludible cuando se aborda esta cuestión, se pregunta si ¿las relaciones especiales de poder bastan para eludir el "*bis in ídem"* que parecen implicar los catálogos de faltas disciplinarias en relación con los delitos del Titulo VII del Libro II del C.p.? Añadiendo que es preciso proceder a superar la tesis cuantitativa y cualitativa de diferenciación entre ilícito disciplinario e ilícito penal, afirmando la necesidad de configurar los ilícitos disciplinarios en relación al bien jurídico protegido. Así, la protección de bienes jurídicos es el punto común entre ambos derechos, pero también es el punto diferencial, consistiendo la misma en que, por una parte, el ataque al bien jurídico protegido por el derecho disciplinario es necesario para que se produzca el ataque al bien jurídico protegido por el Derecho penal en los delitos de funcionarios, y por otra, en la diferente titularidad de los bienes jurídicos, siendo el titular el Estado en el primer caso y la sociedad en el segundo. Así existe una diferencia cualitativa, por cuanto en los primeros para la determinación del bien jurídico se examina la conducta del funcionario en relación a los ciudadanos mientras en los segundos para idénticos fines es relevante la relación del funcionario con el Estado. Termina señalando dicho autor que, en función de la señalada relación de progresión de los desvalores implicados, respectivamente, por los ilícitos disciplinarios y penales, la concurrencia de ambas calificaciones sobre una misma conducta, deberá resolverse normalmente según el principio de consunción. Cuando lo que concurran sea un delito y una falta disciplinaria que no presentan tal relación (por ejemplo, asesinato y falta de cometer un delito doloso), deberán aplicarse las restantes reglas del concurso, según la que corresponda.

estas relaciones, aunque ciertamente con algunas matizaciones. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1.985, de 27 de noviembre estableció que:

"Es cierto que la regla *non bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta".

Y las SSTC 23/1.986, de 14 de febrero, 66/1.986, de 23 de mayo y 94/1.986, de 8 de julio se pronunciaron diciendo que dicho principio:

"...impone por una parte la prohibición de que por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad, inadmisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y, por otro la prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez por la Administración".

Y es que, como corroboraría con posterioridad la jurisprudencia constitucional (STC 154/1990, de 15 de octubre), este principio "ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos", aunque ello no significa "que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos". De esta forma, en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio *"non bis in ídem"* opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, por tanto, puede decirse que, a diferencia de la potestad sancionadora de heterotutela en la que el principio *"non bis in ídem"* resulta de aplicación plena, en el ámbito disciplinario este principio, en su manifestación de incompatibilidad de sanción penal y administrativa por unos mismos hechos, no resultaría de aplicación plena. Inclusive cabe, asimismo, en principio la compatibilidad entre una

---

Es de interés en esta polémica, y respecto en concreto los funcionarios públicos, el trabajo de QUINTANA LOPEZ, T. (1986): "El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *Revista Española de Derecho Administrativo* (*REDA)*, núm. 52, p. 595, para quien la teoría habría de salvar dos obstáculos: primero, que la sanción en vía penal sea superior que en vía administrativa; y el segundo obstáculo está en las conductas delictivas contenidas en el artículo 7.1.c) del R.D. 33/86 (que sanciona como falta grave las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño grave a la Administración o a los administrados), que no deben identificarse con los delitos propiamente funcionariales, sino con cualquiera de los tipificados penalmente.
Más recientemente es preciso hacer referencia a CANO CAMPOS, T (2001): "*Non bis in Idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 156, pp. 191-249.

sanción administrativa de heterotutela y una sanción disciplinaria de autotutela, dado en teoría el distinto fundamento que las guía y el distinto bien jurídico que protegen (STC 76/1.990, de 26 de abril)[859]. Por último, y en cuanto al ámbito disciplinario, no parece discutible la vigencia del principio y, de esta forma, no podrán imponerse dos sanciones por unos mismos hechos, realizados por el mismo sujeto y con el mismo fundamento[860].

Así se estableció por la jurisprudencia desde la década de los ochenta[861], y así se viene reiterando desde entonces sin fisura alguna de relevancia, bien que matizada su aplicación, solo si es el mismo bien jurídico desde la STC 243/1991 (con posterioridad confirmada por la STC 188/2005, de 5 de agosto)[862]. Y es que, cuando nos hallamos ante una relación de sujeción especial, la jurisprudencia es constante al considerar que son

[859] Dicha sentencia razona que "no es igual la situación en que unos y otros (ciudadanos) se encuentran respecto de la Administración tributaria....Una sanción, la de suspensión, que es en cierto modo accesoria a la de multa no supone duplicidad injustificada e irrazonable, ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o por un funcionario profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria".

[860] Un exhaustivo estudio sobre la incidencia del principio en las relaciones de sujeción especial, con numerosas referencias jurisprudenciales, puede encontrarse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. (2012): *La doctrina del principio non bis in ídem y la relación de sujeción especial*, Bosch, Barcelona.

[861] La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1.985 (Ar. 723) declararía respecto de este punto que:

"...y si esto es así bajo la perspectiva de evitar la duplicidad de las sanciones administrativa y penal, con mayor motivo debe apreciarse con respecto al ejercicio múltiple de la potestad administrativa sancionadora, sin que sea óbice para esta conclusión el artículo 531 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, pues en primer lugar su contenido no es aplicable directamente al caso, ya que se refiere a la posibilidad de que en la resolución del expediente por separación de servicio se disponga que, sin perjuicio de ella, por el General Inspector de la hoy Policía Nacional se corrijan las faltas leves que pudieran constituir los hechos que motivan la instrucción del expediente, es decir, lo contrario de lo ocurrido en este caso, y, en segundo lugar porque, aun cuando de su interpretación a sensu contrario pueda deducirse el criterio favorable a la compatibilidad de sanciones que defiende la Abogacía del Estado, dicho criterio reglamentario infringiría el principio *non bis in idem*, por lo que no puede ser admitido".

[862] La STC 188/2005 razona que este Tribunal ha abordado el juego del principio "*non bis in ídem"* dentro de las llamadas relaciones de sujeción o de supremacía especial, afirmando que "La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serán aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990.

Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección" (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2). En base a tal doctrina, este Tribunal ha considerado, por ejemplo, en el ATC 141/2004, de 30 de abril , que no se producido una vulneración del principio *"non bis in ídem"* en un supuesto en el que un Abogado había sido sancionado penal y disciplinariamente, porque el "genérico *ius puniendi* del Estado ha sido ejercido sobre el hoy demandante de amparo exclusivamente por los órganos jurisdiccionales penales y la sanción disciplinaria impuesta al mismo sujeto por los mismos hechos por el correspondiente Colegio de Abogados, en virtud de una Ley que ha delegado a estas corporaciones el ejercicio de la potestad disciplinaria en materias profesionales. Por la existencia de un fundamento diverso, el de las penas impuestas por aquellos órganos jurisdiccionales, por una parte, y el de vigilar el ejercicio de la abogacía y velar porque dicha actividad profesional se adecua los intereses de los ciudadanos ". Y es que, concluimos entonces, al no existir "la identidad de fundamento entre las sanciones penales y las colegiales infligidas al demandante no cabe aplicar la alegada interdicción de duplicidad de sanciones por los mismos hechos, condicionada, como hemos dicho, a que exista dicha identidad" (FJ 5).

distintos los fundamentos de la condena penal y de la sanción disciplinaria, al velar aquella por la protección de los bienes jurídicos fundamentales que se hallan en el núcleo de los tipos delictivos previstos por el Código penal, en tanto que la sanción disciplinaria vela por la credibilidad y la confianza de los ciudadanos en las instituciones y en los que tienen a su cargo, tanto para proteger sus derechos, como con el objetivo de servir al interés general. Dicha posición ha sido, al menos en mi opinión, refrendada por la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia de 16 de junio de 2022 (app nº 1735/13, *Goulandris and Vardinogianni v. Greece*) donde era objeto de análisis la compatibilidad entre dos sanciones derivadas de un ilícito urbanístico y una sanción penal y en la que, tras declarar el Tribunal que si bien[863], y a los efectos de

[863] Los hechos relatados en la Sentencia son los siguientes:
1º El 17 de septiembre de 2003 los sancionados compraron un terreno en una zona costera ubicada en Korakia cerca de Kranidi en la prefectura de Argolida. En un informe de inspección in situ emitido el 5 de octubre de 2004, la autoridad urbanística indicó que un muro de piedra circundante con una longitud de 119,5 metros y una altura de 1,9 metros y un segundo muro con una longitud de 99,4 metros y una altura de 1,8 metros se habían construido en la propiedad sin el permiso de construcción requerido. El informe de la inspección in situ declaró ilícitas las construcciones calculadas en función de su tamaño y valor e impuso una multa de 18.102 euros (EUR) por su construcción ilícita y una multa anual de 1.802 euros por cada año que se mantuvo el muro que, además, tenía carácter de indefinida.
2ª Dichas multas no fueron recurridas y adquirieron firmeza, pero simultáneamente en 2005 las actuaciones administrativas se remiten a la Fiscalía del Tribunal Penal de Primera Instancia de Nafplio el 21 de enero de 2005 y el 5 de julio de 2006 se emitió un auto de acusación contra los dos demandantes. El 17 de septiembre de 2008 fueron condenados mediante sentencia nº 631/2008 del Tribunal de Primera Instancia en lo Penal de Nafplio, un miembro, a siete meses de prisión por haber construido conjunta e intencionalmente, como copropietarios de la propiedad, los dos muros de piedra antes mencionados, a pesar de que el permiso de construcción (nº 54/2008) autorizó solo una valla de 0,6 metros de altura. La sentencia tuvo en cuenta la gravedad del delito y la personalidad de los solicitantes, y por la situación económica de los demandantes el tribunal convirtió la pena de prisión en una sanción pecuniaria de 10 EUR al día.
3º Los demandantes apelaron ante el Tribunal de Apelación de Nafplio alegando que habían sido víctimas de una duplicidad de procedimientos en violación del principio *ne bis in idem*. Argumentaron que, dado que las multas administrativas habían tenido carácter penal y su condena se había hecho firme mediante el pago de las multas administrativas, su enjuiciamiento o juicio debería estar prohibido en virtud del artículo 4 del Protocolo No. 7 de la Convención y también en virtud del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal y el efecto vinculante de la cosa juzgada, por lo que el tribunal debe suspender el proceso penal.
4º El 16 de diciembre de 2011, el Tribunal de Apelación de Nafplio conoció el caso y, mediante sentencia núm. 3211/2011, desestimó el motivo de los demandantes de inadmisibilidad del proceso penal, por las siguientes razones: (i) las sentencias de los tribunales civiles y los actos administrativos no tenían efecto de cosa juzgada para los tribunales penales y, en consecuencia, no podían prohibir una condena penal; (ii) las multas respecto de las construcciones ilícitas no eran sanciones penales, sino que constituían medidas administrativas imperiosas que buscaban asegurar el cumplimiento riguroso y rápido de las disposiciones legales pertinentes, a saber, la legalización de las construcciones no autorizadas cuando esto estaba permitido; y (iii) la imposición de las multas no constituía una condena firme, sino sanciones administrativas en el curso de un procedimiento administrativo que debía concluir con la demolición de las construcciones no autorizadas o, en su caso, su legalización o una decisión de demolición-exención que cumpla con la protección efectiva del medio natural.
5º El 4 de junio de 2012, los demandantes interpusieron un recurso de casación por motivos que incluían, entre otros, la violación del artículo 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, alegando que habían sido procesados y castigados dos veces por el mismo hecho, pero el 11 de septiembre de 2012, mediante sentencia núm. 1077/2012, el tribunal desestimó el recurso de los demandantes por cuestiones de derecho, sosteniendo que, en virtud del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, el efecto vinculante de la cosa juzgada se aplicaba a los tribunales penales con respecto a las sentencias de otros tribunales penales definitivos. Agregando que las sanciones penales impuestas por los tribunales penales, tenían por objeto impartir justicia penal y su imposición iba acompañada de garantías constitucionales, mientras que las sanciones administrativas se relacionaban con el ejercicio de la función de administración. Cualquier sanción que se expresara como la desaprobación del orden jurídico de un acto injusto constituía una pena a imponer por los tribunales penales ordinarios, mientras que una sanción administrativa no constituía exactamente un castigo ya que no demostraba una desaprobación particular del

la Carta Europea de Derechos Humanos, dichas sanciones calificadas en dicho país como administrativas tienen carácter penal va a desestimar, respecto de la multa impuesta por la no demolición (una multa que aquí denominaríamos coercitiva), que la misma tenga la misma naturaleza que la pena de prisión y considera que no es aplicable el principio *non bis in idem*. Dice así:

"70. La Corte observa que la multa de conservación se originó por el hecho de que los muros de piedra construidos ilegalmente se mantuvieron en su lugar. En el proceso penal, los demandantes fueron acusados y condenados por haber construido ilegalmente los muros de piedra excediendo los requisitos del permiso de construcción. La multa de conservación se impuso por conservar las construcciones ilícitas y seguir infringiendo la legislación urbanística, y esto constituyó un elemento fáctico importante del procedimiento administrativo que no formaba parte de la condena de los demandantes por construcción ilícita. Los hechos que motivaron el proceso penal y la condena no fueron los mismos ni sustancialmente los mismos que motivaron la imposición de la multa de conservación en el proceso administrativo"

En definitiva, que en esa jurisprudencia con la que coincide en nuestra doctrina HUERGO LORA, es susceptible de distinguirse el tipo de medida sancionatoria atendiendo a la finalidad de la misma[864]. Bien es cierto que, como más adelante se expondrá, es preciso andar con extremada cautela cuando afirmamos estos extremos dado el concepto de sanción penal que se maneja en el ámbito europeo a efectos de la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales y del Protocolo en desarrollo de esta.

Y es que lo cierto, sin embargo, es que todo ello se mantiene no sin discusión. Y es preciso plantearse en cada caso si efectivamente se está produciendo la efectiva protección de dos bienes jurídicos distintos. A estos efectos, la STS de 30 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5155) estableció unos criterios generales de sumo interés y, en concreto[865], la sentencia establece que es preciso discernir dos supuestos: aquellos en que las acciones o conductas habrían sido constitutivas de infracción penal aunque no las hubiese realizado un funcionario (en nuestro caso un alto cargo) en cuyo caso cabría duplicidad sancionadora, de aquellos otros en que la condición de funcionario es elemento imprescindible para que una determinada acción tenga relevancia penal en cuyo supuesto no podría procederse a sancionar penal y disciplinariamente. De esta forma, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionó dicha posibilidad cuando se trataba de delitos "propios" de

infractor, sino que estaba dirigida exclusivamente a obligar a la parte responsable a realizar una acción u omisión requerida. Las sanciones administrativas no podían ser consideradas sanciones penales a los efectos del artículo 4 del Protocolo núm. 7 y, por lo tanto, la imposición acumulativa en el presente caso de multas administrativas por una autoridad administrativa y de sanciones penales por una autoridad judicial no es contraria al principio *non bis in idem*, y menos aún a la cosa juzgada.
6º Por último, se resalta en los hechos por el Tribunal que el l8 de noviembre de 2013, las construcciones de los demandantes en cuestión fueron presentadas para su inclusión en el régimen de regularización previsto por la Ley núm. 4178/2013, y la regularización de las construcciones ilícitas, en cuanto a los muros de piedra circundantes junto con otras irregularidades, se completó el 25 de octubre de 2017.

[864] HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, p. 438 sostiene que, en definitiva, la exclusión de la aplicación del principio en el ámbito disciplinario no responde sino a las mismas razones por las que también se excluye de su aplicación otras medidas que no tienen carácter sancionatorio como, a título de ejemplo, señala la prohibición del ejercicio de una actividad.

[865] La sentencia fue objeto de comentario por MARINA JALVO, B. (2001): "*Non bis in ídem* e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 155, pp. 183 y ss.

funcionarios[866]. Y es que, como ya señalara TOLIVAR ALAS, la construcción del alcance de dicho principio podría estar aún inacabado[867]. En este sentido, y a pesar de dicha compatibilidad de sanciones, la solución más acertada en estos casos, al menos desde nuestro punto de vista, sería la exploración de la aplicación de las reglas previstas para el concurso ideal de delitos[868]. Dicha idea, en su momento propugnada por

[866] A respecto, cabe señalar aquí la STS de 16 de diciembre de 2008 que deja sin efecto la sanción impuesta a un empleado de correos, que ya había sido condenado judicialmente, precisamente por su función de funcionario. El TS razona que:

"(…) La resolución impugnada sigue en sus consideraciones y fundamentos el dictamen del Consejo de Estado, quien partiendo de la identidad del sujeto y de los hechos sancionados, tanto en la vía administrativa como judicial, sin embargo considera que la sanción administrativa impuesta al interesado no se impone en el ejercicio del "*ius puniendi*" que el Estado ostenta para reprimir las conductas tipificadas como delito o falta, ni tampoco de la potestad sancionadora de la Administración debida generalmente, sino en el uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre sus funcionarios, esto es, en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora, y si bien, reconoce que la mera existencia de una relación de sujeción especial a la Administración (como es la de los funcionarios públicos) no basta por sí misma, como ha proclamado el Tribunal Constitucional, para justificar la dualidad de sanciones, penal y administrativo, lo cierto es que, para la resolución recurrida en el presente caso la sanción disciplinaria se justificaría porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre el poder sancionador y el sancionado. Admitiendo desde luego estos principios, no compartimos que en el presente caso exista justificación para el uso de esta potestad disciplinaria, pues los delitos en que incurrió el actor eran considerados como "propios"; esto es, aquellos que solo pueden ser cometidos por funcionarios como sujeto activo. Es cierto que el funcionario que comete un delito, para el que no se exige dicha condición, viola el ordenamiento jurídico, y recibe el reproche penal equivalente al de un ciudadano no sujeto a la relación especial con la Administración, y también, el mismo hecho puede vulnerar la lealtad que el funcionario debe prestar en la relación funcionarial, y que pueda ser objeto de un reproche igualmente disciplinario.

Sin embargo, cuando nos encontramos ante una condena penal que castiga delitos propios que solo puede cometer un funcionario , es evidente que el castigo de esos hechos , ya ha sido valorado por el legislador con la previsión de la pena correspondiente, y esta Sala viene considerando que en estos casos si se produce la violación de este principio sancionador, recogido en el artículo 25 de nuestra Constitución , de la que es ejemplo reciente la sentencia de cuatro de julio de 2005 de esta sección, que sostiene que cuando se trata de delitos propios es decir, delitos que sólo admiten como sujeto activo a un funcionario público, esa constatación lleva a concluir que en este caso, en efecto, al sancionársele también en vía administrativa se ha producido una improcedente doble sanción, una infracción del principio *non bis in idem* (…)".

Pero como se expone no ha sido unánime dicho proceder y así cabe remitirse, entre otras, a la STS de 27 de febrero de 2009 (RJ 2101/2009).

[867] TOLIVAR ALAS, L. (2008): "Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada", *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, p. 156 quien se pregunta "En el caso de los funcionarios –y de otras personas especialmente sujetas a la administración– la incomunicación habitual entre lo penal y lo administrativo puede no sólo ser gravosa sino conducir a profundas injusticias. y vuelvo sobre los intereses protegidos: muchos tipos penales de delitos cometidos por funcionarios –o por cualquiera, en ocasiones– llevan aparejada una pena, principal o accesoria, de inhabilitación absoluta, de inhabilitación especial o de suspensión en empleos o cargos públicos. ¿tiene sentido que, además, en aras de un sutil interés protegido diferente al de la norma penal, a la misma persona y por los mismos hechos, se la pueda sancionar por vía disciplinaria yendo más lejos de la propia pena y pudiendo, incluso, separar definitivamente del servicio a quien el Código punitivo sólo aleja temporalmente del mismo? podría pensarse –y así se ha defendido por parte de la doctrina– que la conducta administrativa queda absorbida por la reprensión judicial penal".

Más recientemente LÓPEZ ESPEJO, J. (2022): "La configuración del *non bis in ídem* en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador", *Revista de Estudios Europeos*, volumen 79, enero-junio 2022, pp. 619-639.

[868] Aunque, como ha puesto de manifiesto CANO CAMPOS, T. (2018): *Sanciones Administrativas*, Francis Lefebvre, Madrid, p. 135 y ss. no existe en nuestro ordenamiento (LRJSP) una regulación completa ni sistemática del concurso de normas y del concurso de infracciones que constituiría una garantía del *non bis in ídem*. A este respecto, expone que en el concurso (aparente) de normas lo que concurren son las propias normas, pues el autor ha infringido varias normas o la misma norma varias veces mientras que en el

OCTAVIO DE TOLEDO, consistiría en la aplicación de una única pena, la del delito más grave (consiguientemente, la infracción penal) en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos. No obstante, ni nuestra legislación ni nuestros tribunales han llegado a tal conclusión a que nos referimos y admiten esa doble sanción por unos mismos hechos como se ha mantenido por la doctrina que se ha ocupado de ello[869].

En cuanto a la segunda de las reglas no supone sino una consecuencia lógica del principio *non bis in ídem*. En realidad, y como se expuso, se trata del *non bis in idem* procesal o procedimental. La esencia de esta regla deriva de la necesidad de garantizar la coherencia en las declaraciones que realicen los distintos órganos que tienen encomendada la potestad punitiva, en aquellos casos en que se actúa conjuntamente la potestad disciplinaria y la potestad penal sobre un mismo sujeto y por unos mismos hechos, aunque con diferente fundamento (o ataque a bien jurídico) y evitar la posibilidad, no ya tan solo de que la calificación jurídica de los hechos resulte diferente, sino inclusive que estos

---

concurso de infracciones hay una pluralidad de ilícitos que, en el caso del concurso ideal, derivan de un solo hecho. Aunque, como pone de manifiesto dicho autor, sin previsión alguna en la LRJSP si se contempla en leyes sectoriales que han impuesto distintas soluciones desde la acumulación a la imposición de la sanción más grave por aplicación del principio de proporcionalidad. En realidad, y a juicio de IZQUIERDO CARRASCO, M. (2001): "La determinación de la sanción administrativa", *Justicia Administrativa*, número extraordinario 2001, p. 231, nos encontramos en concurso de infracciones cuando ninguna de las normas "capta en su totalidad el contenido disvalioso del hecho" en la medida en que cada una de las normas tipificadoras de infracciones lo hace para proteger los bienes jurídicos diversos. Por ello imponer varias sanciones no vulnera esta garantía por no concurrir los requisitos que habitualmente se exigen para su aplicación: un solo hecho ha lesionado o pone en peligro varios bienes jurídicos o el mismo bien jurídico ha sido lesionado varias veces.

[869] QUINTANA LÓPEZ, T., (1986): "El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *Revista Española de Derecho Administrativo* (*REDA)*, núm. 52, p. 593. en relación con ello pone de relieve que:

"Si el actual orden constitucional acepta la convivencia del citado principio con la duplicidad de sanciones, siempre que se manifiesten en el marco de las relaciones de supremacía especial de la Administración con sus funcionarios, se debe a la independencia de ordenamientos; el general, que pretende con la sanción penal la protección del orden social, y, por ello, impone al funcionario como a cualquier ciudadano una pena por la comisión de un hecho tipificado penalmente; paralelamente la Administración está legitimada para tutelar su orden interno, y en función de ello sancionar al funcionario que con su actividad pone en peligro su propio funcionamiento. Esta argumentación pacíficamente presta cobertura a la compatibilidad de sanciones administrativa y penal, cuando está última obedece a un delito que no está singularizado por poder ser única y exclusivamente cometido por los funcionarios, sin embargo, es dudosa su convivencia con el principio *non bis in idem*, cuando el delito por el que se impone la sanción penal es de los que sólo pueden ser cometidos por personas sometidas al régimen funcionarial".

De esta forma, entiende que:

"si los hechos que dieron lugar a la incoación de un expediente administrativo han sido considerados por la jurisdicción penal como constitutivos de delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, o bien de los cometidos por los funcionarios en el ejercicio de su cargo, y con base en ellos está tramitándose el correspondiente proceso penal, la Administración habrá de abstenerse de iniciar o continuar el expediente sancionador, según impone expresamente el precepto, pero además tampoco podrá reanudar e imponer ninguna sanción disciplinaria duplicando la pena judicialmente señalada"

Solución ésta última que no fue ajena al constituyente y, como indica tanto este autor cOmo PRIETO SANCHÍS, L. (1992): "La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 4, el Diputado Peces-Barba en uno de los debates de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, señaló "Nosotros entendemos que esta existencia del principio de exclusión de la doble sanción por los mimos hechos no excluye, primero, las sanciones disciplinarias a los funcionarios, que no sean constitutivas al mismo tiempo de delito. Segundo, que si esas sanciones son al mismo tiempo constitutivas de delito, la condena, en el caso de que se produzca, lleva aparejada, o debe o puede llevar, el consiguiente reflejo en su condición de funcionario".

sean contradictorios, o incluso que se declare la inexistencia de los mismos, lo que provocaría, en último término, la necesidad de acudir a reponer la situación jurídica individualizada del sancionado lo que hace aconsejar, como solución más adecuada, la alternativa que opta por suspender la tramitación del expediente disciplinario hasta que la sentencia penal fije los hechos y con ello proceder a la calificación jurídica que proceda[870].

En este sentido ya se expresó la jurisprudencia constitucional que, desde la STC 77/83, de 3 de octubre, señala entre los límites aplicables a la potestad sancionadora de la Administración, la regla que se analiza:

"La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa se derivan las siguientes consecuencias: a) el necesario control "a posteriori" por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en los que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) La necesidad de respetar la cosa juzgada. La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema".

Y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 16 de junio de 2011 rec. 1697/2008) se ha pronunciado en dicha línea específicamente en materia disciplinaria y penal argumentando que es necesaria la actuación previa de la Jurisdicción Penal ante la existencia de unos hechos que, a priori, revisten caracteres de delito y en numerosas ocasiones se ha hecho eco del principio de subordinación de la Administración al Juez Penal (por todas la STS de 10 de marzo de 2011 rec. 3197/2008) razonando que:

"La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera" dado que "el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos *mismos hechos, el* enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de la normativa diferente, pero que no pueda

[870] En este sentido, cuando en el proceso penal tramitado de forma previa ha recaído una sentencia condenatoria que declara la inexistencia de los hechos juzgados o la no participación en ellos del imputado, así como cuando se pone fin a aquél antes de iniciar la fase de juicio oral con un auto de sobreseimiento libre que declare idénticos extremos, no puede tramitarse un procedimiento administrativo sancionador en el que se aprecie la triple identidad de sujeto hechos, y fundamento. Por el contrario, cuando el proceso penal previo concluye con una sentencia absolutoria en la que no se declare la inexistencia de los hechos juzgados o la falta de participación en ellos del sujeto imputado (por ejemplo, sobreseimiento libre en el que se declare que los hechos no son constitutivos de delito), se puede iniciar un procedimiento sancionador con idéntico objeto o bien continuar su tramitación si éste hubiese quedado suspendido. A mayor abundamiento, si no se estima la existencia de delito, cualquier autoridad deberá ajustarse para sancionar los hechos declarados probados en la resolución judicial.

ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado".

Y de esta forma, y como consecuencia de lo dicho, los segundos deberán en todo caso respetar, cuando actúen "*a posteriori*" el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado[871], pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones establecidas por dicho precepto y así, como indica la STS de 29 de septiembre de 2013 (rec. 2838/2012), "no se trata de hacer una valoración en vía disciplinaria distinta de los hechos declarados probados, sino que lo que impide dicho principio, como ocurre en el caso analizado, es que hechos que la sentencia penal, de carácter preferente, da por no probados, se consideren probados luego en el expediente disciplinario, pues como se dice en la sentencia recurrida los hechos no pueden existir y no existir en ambos procedimientos penal y disciplinario"[872].

---

[871] Bien es cierto que, cuestión distinta es la virtualidad que las pruebas obtenidas en el proceso penal puedan tener en el procedimiento sancionador cuya validez ha sido cuestionada. Así HUERGO LORA, A. (2018): "Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los medios de obtención de pruebas", en el volumen colectivo coordinado por HUERGO LORA, A. *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador*, Iustel, Madrid, p.41

[872] Mayor enjundia plantea la cuestión de si, impuesta una sanción administrativa, esta goza del efecto de cosa juzgada a los efectos del principio *non bis in idem*, de tal forma que la firmeza en vía administrativa de una sanción que no fue juzgada, no se podía considerar como cosa juzgada al no alcanzarle el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales. De esta forma, y como han puesto de manifiesto GÓMEZ TOMILLO, M. (2020): "*Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 2 y GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. (2021): "¿Existe la cosa juzgada administrativa?, en su blog *Es de Justicia* (Disponible en: https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/existe-la-cosa-juzgada-administrativa) si desde la STC 2/2003 la posición que se había mantenido era la que se plasmaba en la siguiente reflexión:

"En cuanto al reconocimiento de efecto de cosa juzgada de la resolución administrativa, se ha de señalar que, en sentido estricto, dicho efecto es predicable tan sólo de las resoluciones judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada (por todas, SSTC 67/1984, de 7 de junio, FJ 2; 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 189/1990, de 26 de noviembre, FJ 1; 151/2001, de 2 de julio, FJ 4), el desconocimiento de lo resuelto en una resolución judicial firme, dictada sobre el fondo del litigio. De otra parte, se ha de tener presente que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 CE; STC 77/1983, de 3 de octubre). De modo que, sin haberse producido dicho control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada."

Sin embargo, resoluciones posteriores como la STC 60/2015 o 148/2021 parecieran indicar que derivado del principio de seguridad jurídica, que reclamaría "la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes".

Cuestión esta última que, en la jurisprudencia europea y en concreto en la sentencia TEDH de 16 de junio de 2022, pareciera encarrilarse en esta nueva posición ya que indica el TEDH en el supuesto analizado que: "65. La Corte ha adoptado consistentemente un enfoque similar al determinar si los procedimientos definidos como administrativos en el derecho interno produjeron efectos que obligaron a calificarlos como "penales" en el sentido del término en el Convenio. Una decisión es definitiva a los efectos del artículo 4 del Protocolo núm. 7 de si ha adquirido fuerza de cosa juzgada. Tratándose de situaciones en las que una decisión administrativa será firme cuando es irrevocable, es decir, cuando no caben más recursos *ordinarios, o* cuando las partes han agotado dichos recursos o han dejado expirar el plazo sin valiéndose de ellas (ver *Tsonyo Tsonev* c. Bulgaria (n. 2), n. 2376/03, §§ 53, 54 y 56, 14 de abril de 2010, donde el Tribunal consideró que la decisión del alcalde de imponer una multa administrativa al solicitante, que no había sido impugnada ante los tribunales era ejecutoria, constituía una decisión final).

Por tanto, y en esos supuestos, no existe una absoluta independencia en cuanto a la declaración de los hechos probados entre el procedimiento disciplinario y el proceso penal. Así lo puso de manifiesto tempranamente PÉREZ BARRIOS[873], quien, sistematizando la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, procedió a distinguir las siguientes situaciones:

- Sentencias penales absolutorias: sólo existe vinculación para la Administración respecto de la apreciación de los hechos, cuando en la sentencia penal se declara que tales hechos no han existido o que el funcionario no ha tenido intervención en los mismos, pero no existe tal vinculación cuando se declara que tales hechos no han sido probados.

- Sentencias penales condenatorias: vincula la relación de hechos ciertos y probados por la jurisdicción penal, pero cuando el órgano administrativo sancionador funde exclusivamente la sanción disciplinaria en ser punible penalmente el hecho imputado.

Declaraciones estas últimas avaladas por el Tribunal Constitucional, quien en sentencia 35/1.990, de 1 de marzo, estableció que:

"Es evidente, por tanto, que, declarados probados unos determinados hechos por los Tribunales de la jurisdicción penal, y habiendo sido aceptada dicha declaración por el propio recurrente, resulta paradójico e ilógico aducir como no probados en el expediente administrativo los mismos hechos, pues es claro, también en este supuesto, que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Y aunque es verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por la Administración y los Tribunales de Justicia también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los Tribunales de Justicia, únicos competentes para ello, y admitida la declaración de hechos probados por el propio

66. En el presente caso, a que se refiere el artículo 1 § 2 del Decreto Presidencial n. 267/1998 (véase el párrafo 16 anterior) y como también se menciona en el informe de la inspección in situ, se podría haber presentado una denuncia dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del informe sobre las construcciones ilegales. No se incluyeron detalles específicos en el informe de inspección in situ con respecto a dónde se publicó el informe. Además, los demandantes alegaron que el plazo para presentar una denuncia había comenzado a correr a partir del 4 de noviembre de 2004, cuando el Sr. SV, empleado de los demandantes, recibió el informe. La recepción del informe no fue impugnada por el Gobierno, y también está confirmada por una nota escrita en el informe a tal efecto. El Tribunal concluye que el plazo de treinta días para presentar una denuncia comenzó a partir del día siguiente a la recepción del informe del Sr. SV y finalizó el 4 de diciembre de 2004. Dado que los demandantes no impugnaron las multas, la decisión administrativa por la que se impusieron las multas se convirtió en "firme" a los efectos del artículo 4 del Protocolo nº 7 el 5 de diciembre de 2004, y no cuando se pagaron las multas.
67. De ello se deduce que la "condena" en concepto de multa de construcción y la "condena" en concepto de multa de conservación se convirtieron en "definitivas" a los efectos del artículo 4 del Protocolo núm. 7 antes de la iniciación del proceso penal el 5 de julio 2006, cuando se emitió el auto de acusación (como se explica en el párrafo 79 infra). Por lo tanto, la Corte no puede aceptar el argumento del Gobierno de que los actos administrativos que impusieron las multas no podían constituir cosa juzgada y que los procedimientos administrativos no habían sido definitivos."

[873] PÉREZ BARRIOS, A. (1985): "La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración: sus límites", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 13, pp. 241 y s. Es preciso referirse, respecto de estos aspectos, al detallado trabajo de GÓMEZ TOMILLO, M. (2020): "*Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 2., pp. 437-453.

recurrente, no es posible apreciar violación del derecho de presunción de inocencia por parte de la Administración"[874].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior, y a propósito de la legislación tributaria y la imposición de sanciones administrativas y penales[875], bien puede resumirse en la STS de 24 de febrero de 2016 (rec. 4134/2014) que, a propósito de la invocación de la doctrina de los tribunales europeos de la que seguidamente daremos cuenta consideró que no era de aplicación y que no había vulneración del principio "*non bis ídem*" procesal ya que sólo prohíbe que exista un procedimiento administrativo sancionador posterior al proceso penal absolutorio por el mismo ilícito cuando aquél pueda equipararse por su complejidad y gravedad a un proceso penal lo que no acontecía en el caso español[876].

[874] En el mismo sentido la STC 98/1.989, de 1 de junio aclara que:
"... La diferencia entre ambas resoluciones reside en el terreno de la calificación jurídica de lo que constituye un mismo soporte fáctico; esto es, de unos hechos, que en el ámbito penal son valorados de manera diferente de la que resulta de su apreciación en el orden disciplinario...".

[875] Distingue el artículo 66 del RGIT - artículo 180 de la LGT (2003)- los efectos de la sentencia penal sobre la reanudación del procedimiento tributario:
- Si la sentencia es condenatoria, se impide la imposición de sanción administrativa. Se refiere a la garantía del principio *non bis in ídem* de prohibición de doble sanción por los mismos hechos y de la preferencia de las penas sobre las sanciones administrativas.
- De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, por lo que la Administración podía, además de practicar las correspondientes liquidaciones, imponer las sanciones procedentes con base en los hechos que los Tribunales hubiesen considerado probados.

[876] Se razonaba por el Tribunal Supremo que:
"La Constitución y el Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales consagran el derecho a no sufrir dos procesos penales por los mismos hechos, con independencia del sentido absolutorio o de condena del primer procedimiento. Esta prohibición constituye el llamado non bis in ídem procesal, que, sin embargo, ha de precisarse en su significado y alcance.
De acuerdo con la doctrina del TC y del TEDH puede decirse que tanto el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el invocado por el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, protegen al ciudadano no solo frente a la ulterior sanción- administrativa o penal-, sino frente a una nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que haya recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado- absolución o sanción- del mismo.
Ahora bien, en la actual regulación legal de nuestro procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos, proceso penal y procedimiento administrativo sancionador, en orden a determinar el alcance de la prohibición constitucional de que se trata. En efecto, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualquier procedimiento sancionador, sino tan solo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento- su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él- su naturaleza y magnitud- pueden equiparse 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 que se halla sometido a un proceso penal(Cfr. SSTC 2/2003 y 334/2005).
En definitiva, de acuerdo con esta doctrina, el "non bis ídem" procesal sólo prohíbe que exista un procedimiento administrativo sancionador posterior al proceso penal absolutorio por el mismo ilícito cuando aquél pueda equiparse por su complejidad y gravedad a un proceso penal.
La previsión del artículo 180 LGT y la doctrina del TC sobre el *non bis in idem* se orienta no solo a impedir el resultado material de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan pronunciamientos contradictorios en el sentido que señaló la STC 77/1983, de 3 de octubre, esto es, que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado".
Y, precisamente, para impedir la eventual existencia de pronunciamientos contradictorios en el indicado sentido, el artículo 180 LGT otorgaba preferencia a los órganos penales sobre la Administración tributaria. Por ello, expresamente, antes de la reforma introducida por la Ley 34/2015; disponía que, si la Administración tributaria estuviera tramitando un procedimiento administrativo y apreciase la existencia

Ciertamente, y frente a esta resolución jurisdiccional, hay nuevos datos y resoluciones de las que ahora daremos cuenta que quizás ponga en duda un argumento del Tribunal Supremo basado hasta ese momento, casi en exclusiva, en la calificación y regulación en el ordenamiento interno de ese principio ya que, lo que realmente se debate, es la garantía del principio *non bis in idem* en la sucesiva tramitación de dos procedimientos, uno penal y otro posterior administrativo sancionador tributario respecto de la interpretación dada por el TEDH al artículo 4 del Protocolo nº7 y la noción de *materia penal* en la prohibición de doble persecución por los mismos hechos.

Una vez vistas las anteriores declaraciones jurisprudenciales y argumentos doctrinales, no cabe sino afirmar que, como se ha podido comprobar, en principio es plenamente posible la exigencia a los altos cargos no solo de la responsabilidad disciplinaria derivada de la LTBG, sino también de la que eventualmente pudiera derivarse cuando los hechos realizados fueran constitutivos de una infracción penal. Hasta aquí no parecía haber problema alguno dada la contundencia de la jurisprudencia española en esta materia, aunque como ahora se verá quizás la jurisprudencia europea imponga un nuevo planteamiento no contemplado hasta ahora.

Pero, en cualquier caso, más problemático resulta, como veremos tras analizar la jurisprudencia europea, la relación de esta responsabilidad contemplada en la LTBG con otras eventuales y posibles responsabilidades derivadas de las previsiones establecidas en la normativa contable, la establecida en la legislación presupuestaria o, inclusive, en otras normas administrativas especiales. Más problemático y, desde nuestro punto de vista, más discutible su conciliación con lo que el principio del que hemos dado cuenta representa. Aunque, como ya se ha adelantado en forma previa, nos referiremos a fin de disponer de un completo panorama, a los relativamente recientes pronunciamientos sobre esta materia de los tribunales europeos que, como ahora veremos, resultan de sumo interés a los efectos mencionados.

2.2 Las nuevas orientaciones derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para el análisis de esta jurisprudencia es preciso partir del concepto de sanción penal utilizado por el artículo 50 de la CEDH y su correspondiente protocolo que no es sino lo que se ha denominado una noción autónoma. Y es que, a los efectos de evitar que una mera calificación por parte de un Estado de una sanción como administrativa, deje materialmente sin efecto la prohibición recogida en dichos preceptos la jurisprudencia europea establece que para determinar si puede una sanción, calificada formalmente como administrativa, considerarse penal a los efectos de la Carta, se han de tener en cuenta tres aspectos[877]: la calificación jurídica en el Derecho nacional - criterio meramente formal y

de un posible delito contra la Hacienda Pública, previa audiencia del interesado, debía remitir el tanto de culpa a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal.
Se trata de una prejudicialidad penal no solo a efectos estrictamente punitivos, sino también a los efectos tributarios.

[877] En este sentido, véase BARCELONA LLOP, J. B. (2017): "Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 54 (I) p. 209, quien expone que: "Con ese modo de razonar, el Tribunal se asegura de que únicamente él delimita el campo de aplicación del precepto, conjurando así el riesgo de que los Estados sustraigan de su órbita ciertos asuntos mediante el expediente de calificarlos como administrativos y no como penales. Tal es, con carácter general, la utilidad de la doctrina de las nociones autónoma que, en el caso que nos ocupa, adquiere un interés particular una vez que el Tribunal ha admitido que el legislador nacional dispone de libertad para

preliminar-; la propia naturaleza de la infracción; y la gravedad de la sanción impuesta (criterios establecidos en *Engel y otros c. los Países Bajos*, §§ 82-83, y más recientemente reafirmados en *Jussila c. Finlandia* [GC], § 30)[878].

Y a estos efectos, es preciso recordar la muy relevante Sentencia del TEDH de 11 de septiembre de 2018 (Caso *Aumatell i Arnau* c. España) que tenía por objeto enjuiciar las multas coercitivas previstas en el artículo 92.4.a) de la LOTC que, pese a lo mantenido por el TC a este respecto, consideraría que revisten naturaleza penal a los efectos del CEDH[879]. Y para llegar a esa conclusión el Tribunal analiza la extensión del ámbito subjetivo de personas a las cuales es aplicable la norma incumplida, el tipo y la naturaleza de los intereses protegidos, la existencia de una finalidad disuasoria y represiva y la severidad de la sanción impuesta (§§ 52-54) para concluir que "Teniendo en cuenta los diversos aspectos del asunto, y habiendo examinado su importancia respectiva, el Tribunal debe reconocer el predominio de aquellos que presentan una naturaleza penal (ver *mutatis mutandis* Valico S.r.l c. Italia (dec.), nº 70074/01, CEDH 2006-III) y decide

tipificar conductas como infracciones administrativas. De ahí que, sin perjuicio de que el ordenamiento estatal contemple un régimen sancionador administrativo y de que la elección escape en principio al control jurisdiccional europeo, la aplicación de las garantías convencionales no dependa de la calificación de la medida en el orden interno sino de la que le otorgue el Tribunal".

[878] Expone el autor citado en la nota anterior, pág. 210, que "Por razones fáciles de comprender, el criterio menos relevante es el primero, pues si la noción de materia penal es autónoma en el sentido expuesto más atrás, que el Derecho del Estado tipifique la sanción como administrativa no puede ser nunca decisivo. Con respecto a los otros dos, cabe su análisis por separado aunque, según constante afirmación jurisprudencial, procede un examen cumulativo si un análisis tal "ne permet pas d'aboutir á une conclusion claire quant á l'existence d'une accusation en matière pénale". Pueden concurrir ambos o uno de ellos. Además, y por lo que a las sanciones pecuniarias se refiere, que su cuantía sea reducida no impide que se reconozca carácter penal a una medida si así se desprende de su naturaleza. A este enfoque, que privilegia la entraña de la injerencia sobre la entidad de la sanción, contribuye que la misma se mida por el rasero de la que podría imponerse y no por el de la que ha sido impuesta; más todavía, en *Chambaz* (2012) el Tribunal ha afirmado la aplicabilidad del artículo 6 teniendo en cuenta la sanción que podría llegar a imponerse aun cuando no se haya impuesto ninguna (40)".

[879] Recordemos, para conocer el contexto en que se produce el debate judicial, que el 8 de septiembre de 2017, la Comunidad Autónoma de Cataluña aprobó la Ley 20/2017, denominada "de transitoriedad jurídica y fundacional de la República", siendo la misma recurrida por inconstitucionalidad y solicitándose la suspensión de la citada ley, la suspensión que fue acordada el 12 de septiembre de 2017 por medio de providencia del Pleno del Tribunal Constitucional en el marco del proceso constitucional nº 4386/17.

El 8 de septiembre de 2017, haciendo caso omiso de las citadas providencias constitucionales, la sindicatura electoral central, en aplicación de la Resolución 807/XI, nombró a los miembros de las sindicaturas electorales de las demarcaciones territoriales de Arán, Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona, de la que la demandante formaba parte (véase párrafo 9 anterior).

De esta forma, y una vez constatado el incumplimiento de la providencia de 7 de septiembre de 2017, el Tribunal Constitucional, por providencia de 13 de noviembre de 2017, recordó a los miembros de la sindicatura electoral central la suspensión de la Resolución 807/XI. Mediante notificación personal, les otorgó 48 horas para que le informaran. El Tribunal acordó igualmente advertir a los miembros de las sindicaturas electorales de las demarcaciones territoriales sobre su notificación de las providencias de 7 y de 13 de septiembre de 2017. Dicho auto fue notificado personalmente a la demandante, por medio de un requerimiento judicial.

Ante la falta de respuesta y la pasividad de los miembros de la sindicatura electoral y de las sindicaturas electorales de las demarcaciones territoriales para cumplir las providencias del Tribunal Constitucional, el 20 de septiembre de 2017 el Alto Tribunal en Pleno y en el marco del proceso constitucional nº 4332/17, resolvió imponer una multa coercitiva diaria de 12.000 euros a los miembros de la sindicatura electoral central, y de 6.000 euros a los miembros de las sindicaturas electorales de las demarcaciones territoriales de Arán, Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona, de la que la demandante formaba parte (véase párrafo 9 y 14 anteriores). En su auto, el Tribunal advirtió que la multa coercitiva cesaría cuando los miembros de las sindicaturas justificasen que habían renunciado a sus cargos como miembros de las sindicaturas respectivas.

concluir que la multa impuesta a la demandante en el caso de autos tiene tintes penales" (§ 55)[880].

Asimismo, y en el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que asumió los denominados criterios *Engel*[881], es importante señalar, respecto de este punto, en primer lugar, la Sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, (asunto C-617/10, *Akerberg Fransson*) que declaró que los Estados miembros disponen de total libertad para decidir aplicar un sistema de protección de los intereses financieros -en este caso, aplicado a la recaudación del IVA- que combine la imposición de sanciones administrativas y penales para el castigo de unos mismos hechos punibles. Ahora bien, la utilización de esta doble vía punitiva solo se consideraría compatible con el principio *non bis in idem* reconocido por el Derecho de la Unión, siempre y cuando la sanción impuesta formalmente por vía administrativa no pudiera ser considerada, materialmente, de naturaleza penal. Para determinar si una sanción formalmente administrativa posee realmente carácter penal, el TJUE encomendó al órgano *a quo* la tarea de realizar un examen de adecuación y proporcionalidad de dicha sanción claramente inspirado en los criterios fijados por la STEDH *Engel* que, como se ha expuesto más arriba, fue la primera Sentencia en establecer criterios para determinar la naturaleza penal o no de una sanción a los efectos de la CEDH.

Y, con arreglo a dicha idea establecida, las Sentencias dictadas con fecha 20 de marzo de 2018, por la Gran Sala del TJUE contemplan cuatro relevantes pronunciamientos en los

[880] Los razonamientos seguidos por el Tribunal son los siguientes:
"52. En este sentido el Tribunal pone de manifiesto en primer lugar que, incluso si en este caso la LOTC es de aplicación general, los destinatarios de la norma que ha servido de base legal para la multa impuesta a la demandante constituyen parte de un ámbito subjetivo específico de personas, físicas o jurídicas, descritas en el artículo 92.4 de la LOTC. Y tras analizar a continuación si la norma general persigue un fin "a la vez disuasorio y represivo", considera que las multas que, como en este caso, revisten naturaleza pecuniaria, además de tener como finalidad la reparación de un perjuicio económico, tienen también un carácter esencialmente punitivo y disuasorio.
53. Más específicamente, el Tribunal pone de relieve que la multa prevista en el artículo 92.4.a) de la LOTC se encamina esencialmente a impedir la reiteración de incumplimientos de las decisiones del Tribunal Constitucional. Por lo tanto, la multa impuesta en el caso examinado pretendía en concreto impedir que la demandante se negara a cumplir la decisión del Tribunal [Constitucional] de la que era destinataria, y no suponía un castigo en caso contrario. El objetivo que perseguía la sanción era, por tanto, principalmente la disuasión.
54. Criterio que debe ser examinado finalmente es el relativo al nivel de severidad de la sanción impuesta. En este sentido, el Tribunal estima que debe conferir una ponderación importante a la gravedad de la sanción impuesta. Esta Sala tiene en consideración que, según la LOTC, la sanción diaria puede llegar a ser de hasta 30.000 €, y que en ningún caso puede llegar a ser inferior a 3000 €. En el caso de autos, la multa impuesta por el Tribunal asciende a 6000 € diarios. Es verdad que esta multa no podía ser sustituida por una pena de prisión en caso de impago, pero ello no supone automáticamente que deba excluirse de su eventual consideración como infracción "penal" (*Lauko c. Eslovaquia*, 2 de septiembre de 1998, pº 58, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-VI)".

[881] Un estudio de sumo interés para conocer la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación y el alcance de la vertiente nacional del principio *non bis in idem* aplicado a la imposición y acumulación de sanciones administrativas y penales puede consultarse en HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (2019): "La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales", *Revista de Estudios Europeos*, número extraordinario monográfico 1-2019, pp. 286-304. Más recientemente también puede verse el trabajo de LÓPEZ ESPEJO, J. (2022): "La configuración del *non bis in idem* en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 79.

asuntos *Menci* (asunto C-524/15)[882], *Galrsson Real Estate* y otros (asunto C-537/2016) y *Zecca y Di Puma* (asuntos C-596 y C-597/2016) en las que dicho Tribunal[883], a propósito de la interpretación de la normativa del IVA y los mercados financieros, establece unos criterios que sirven para valorar, ya sea en el ámbito administrativo o penal, cuándo es compatible la acumulación de procedimientos y sanciones. Pues bien, en dichas Sentencias que constituyen un mandato al legislador, no al juez como acontece en la jurisprudencia española derivada de la STC 2/2003, se establece que esa doble sanción es posible siempre que se den tres condiciones: la primera, que se persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la acumulación de procedimientos y sanciones y que esas sanciones tengan finalidades complementarias; la segunda, que se establezca

[882] En la sentencia *Menci,* -que deriva de infracciones en materia de impuesto sobre el valor añadido (IVA)- tras haber concluido definitivamente un procedimiento administrativo sancionador, se inició un proceso penal por los mismos hechos. Primero analiza la naturaleza o no penal del procedimiento o sanción que debe determinarse aplicando la autoridad nacional los criterios que el TJUE ha adoptado a través de su jurisprudencia: la calificación jurídica en el Derecho nacional - criterio meramente formal y preliminar-, la propia naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción impuesta, aunque el TJUE realiza por sí mismo este examen preliminar sobre la naturaleza penal de la sanción administrativa. Para que la limitación al derecho fundamental garantizado en el artículo 50 CDFEU se considere compatible con el Derecho de la Unión, deben cumplirse los requisitos establecidos en el propio art. 52.1 CDFUE: que esté claramente establecida por la ley nacional, persiga un interés general, respete el contenido esencial de tales derechos y sea proporcional, requisitos que asimismo examina. El Tribunal de Luxemburgo considera, en materia de infracciones del IVA, que parece legítimo que un Estado miembro trate, por una parte, de disuadir y sancionar cualquier incumplimiento, deliberado o no, de las normas de declaración y cobro del IVA mediante la imposición de sanciones administrativas fijadas, en su caso, a tanto alzado y, por otra parte, de disuadir y sancionar incumplimientos graves de dichas normas, que son especialmente nefastos para la sociedad y que justifican la adopción de sanciones penales, más graves. Y al final dedica su respuesta a examinar la compatibilidad de esta nueva interpretación del artículo 50 de la Carta a la luz del artículo 4 del Protocolo nº 7 CEDH interpretado por el TEDH. A este respecto, el TJUE se limita a recordar que el Tribunal de Estrasburgo declaró, tras la STEDHA y B. c. Noruega, que la acumulación de sanciones tributarias y penales sobre la misma infracción tributaria no viola el principio *ne bis in idem* garantizado por el CEDH, siempre y cuando exista un vínculo material y temporal suficiente entre ambos procedimientos. Consecuentemente, la solución que propone el TJUE en la presente sentencia, es que el artículo 50 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permita incoar un proceso penal por impago del IVA luego de haber impuesto a esa misma persona una sanción administrativa firme de carácter penal, siempre y cuando dicha normativa: persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la referida acumulación de procedimientos y sanciones, esto es, la lucha contra las infracciones en materia de IVA, y esos procedimientos y sanciones tengan finalidades complementarias; contenga normas que garanticen una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas, y; establezca normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

[883] En el asunto *Garlsson,* el tribunal *a quo* planteó la aplicación del art. 50 CDFUE en una situación en la que se inició un procedimiento administrativo sancionador a pesar de existir previamente una condena penal firme contra la misma persona por los mismos hechos. En este sentido, tras aplicar el mismo razonamiento utilizado en *Menci,* la Gran Sala entendió que la acumulación de procedimientos y, eventualmente, de sanciones de naturaleza penal no cumpliría con el principio de proporcionalidad en su vertiente de estricta necesidad, en la medida en que la condena pueda, habida cuenta del perjuicio ocasionado a la sociedad por la infracción cometida, ser apta para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria, por lo que añadir a ésta una sanción administrativa de carácter penal podría suponer una violación del principio *ne bis in idem.*

Finalmente, en los asuntos acumulados Di Puma y Zecca, la Gran Sala entendió que la tramitación de un procedimiento administrativo por unos hechos que se han declarado no probados en vía penal carece de todo fundamento, pues excede ostensiblemente de lo necesario para cumplir con el objetivo general de proteger la integridad de los mercados financieros y la confianza del público en los instrumentos financieros -se trataba de operaciones con información privilegiada-. Por lo tanto, una normativa como la italiana que impide la apertura de un procedimiento administrativo sancionador por unos mismos hechos por los que una misma persona ha sido absuelta no es contraria al Derecho de la Unión.

normativamente una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas; por último, que se establezcan normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

Dicha jurisprudencia ha tenido continuidad en la Sentencia dictada el 22 de marzo de 2022 por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto bpost, C-117/2020) en la que, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas[884], viene a reconocer que el principio fundamental *non bis in idem* aplicable en el ámbito sancionador administrativo, no es un derecho ilimitado[885].

De esta forma, y una vez afirmada que la regla *non bis in idem* resulta aplicable a los procedimientos que, a pesar de su naturaleza administrativa, se califican como «penales» atendiendo a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la sanción que puede imponerse, conforme a los denominados «criterios Engel», doctrina que como ya sabemos fue elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia *Engel y otros c. Países Bajos* de 8 de junio de 1976, § 80 a 82), examina si concurre el doble requisito: por una parte, que exista una resolución anterior firme (requisito del «bis») y, por otro, que la resolución anterior y los procedimientos o resoluciones posteriores tengan por objeto los mismos hechos (requisito del *«idem»*)[886].

---

[884] En realidad, la sentencia aborda dos asuntos:
a) Asunto *Bpost.* Dos autoridades nacionales impusieron sucesivamente sendas multas a la sociedad *Bpost.* En julio de 2011, la autoridad reguladora del sector postal le impuso una primera sanción pecuniaria de 2,3 millones de euros al haber llegado a la conclusión de que el sistema de descuentos aplicado por *Bpost* desde 2010 discriminaba a algunos de sus clientes. En marzo de 2016, esta resolución fue anulada por la *Cour d'appel de Bruxelles* (Tribunal de Apelación de Bruselas, Bélgica), cuya sentencia adquirió firmeza, debido a que la práctica controvertida en materia de tarifas no era discriminatoria.
Entretanto, en diciembre de 2012, la autoridad de competencia impuso a *Bpost* una multa de casi 37,4 millones de euros por abuso de posición dominante debido a la aplicación de este mismo sistema de descuentos entre enero de 2010 y julio de 2011. La sociedad impugna ante el Tribunal de Apelación de Bruselas la regularidad de este segundo procedimiento invocando el principio *non bis in idem*.
b) Asunto *Nordzucker* y otros. El Tribunal Supremo austriaco de lo Civil y Penal conoció de un recurso de apelación interpuesto por la autoridad austriaca de competencia al objeto de que se declare que *Nordzucker*, un productor alemán de azúcar, ha infringido el Derecho de la Unión en materia de prácticas colusorias y el Derecho austriaco en materia de competencia y de que se condene a *Südzucker*, otro productor alemán de azúcar, a una multa por la misma infracción. Este procedimiento se basa, en particular, en una conversación telefónica durante la cual representantes de estas dos empresas hablaron sobre el mercado austriaco del azúcar. Esta conversación ya había sido mencionada por la autoridad alemana de competencia en una resolución que había adquirido firmeza. Mediante dicha resolución, la referida autoridad declaró que las dos empresas habían infringido tanto el Derecho de la Unión como el Derecho alemán en materia de competencia e impuso una sanción pecuniaria de 195,5 millones de euros a *Südzucker*.

[885] Un comentario detallado a esta Sentencia puede encontrarse en MARTIN VALERO, A.I., "Las sentencias del TJUE, Gran Sala, de 22 de marzo de 2022 (C-177/2020 y C-151/2020), asuntos *Bpost y Nordzucke*r y otros", *Actualidad Administrativa*, nº 5, 2022.

[886] A juicio del Tribunal no es lo mismo hechos idénticos que hechos similares y razona que:
A este respecto, debe precisarse además que, teniendo en cuenta la jurisprudencia recordada en el apartado 33 de la presente Sentencia, el requisito del «*idem*» exige que los hechos materiales sean idénticos. En cambio, *el principio non bis in idem* no resulta aplicable cuando los hechos de que se trate no sean idénticos, sino solo similares.
En efecto, la identidad de los hechos materiales se entiende como un conjunto de circunstancias concretas derivadas de acontecimientos que son, en esencia, los mismos, en la medida en que implican al mismo autor y están indisociablemente ligados entre sí en el tiempo y en el espacio (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de febrero de 2009, LA LEY 30734/2009,

Respecto al «bis», el TJUE entra a valorar en su sentencia si la acumulación de los dos procedimientos es un requisito estrictamente necesario para que este principio resulte aplicable. Y en cuanto al *«idem»*, si en aquellos casos en que los hechos son idénticos, pero se castigan infracciones diferentes -en cuanto protegen intereses jurídicos distintos, el principio de proporcionalidad permite justificar una limitación a este derecho fundamental teniendo en cuenta razones de necesidad e interés general, sobre la base del artículo 52, apartado 1, de la Carta[887].

Y el TJUE, tras constatar una conexión temporal suficientemente estrecha entre los dos procedimientos tramitados y entre las resoluciones adoptadas en virtud de la normativa sectorial y del Derecho de la Competencia, llega a la conclusión de que la acumulación de procedimientos y sanciones en relación con la persona jurídica afectada no resulta desproporcionada[888], habida cuenta, en particular, de que estos dos procedimientos constituyen respuestas jurídicas complementarias y vinculadas, pero con distinto fundamento, frente a un mismo comportamiento[889].

Sergueï Zolotoukhine c. Rusia, CE:ECHR:2009:0210; y de 20 de mayo de 2014, *Pirttimäki* c. Finlandia, CE:ECHR:2014:0520).

[887] Razona el Tribunal que:

41. A tenor del artículo 52, apartado 1, primera frase, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por esta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Según la segunda frase del mismo apartado, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, *solo podrán introducirse limitaciones de esos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*.

42. En el presente asunto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, como parece deducirse de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, la intervención de cada una de las autoridades nacionales afectadas, respecto de la cual se afirma que ha dado lugar a una acumulación de procedimientos y sanciones, estaba establecida por la ley.

43.Esta posibilidad de acumular procedimientos y sanciones respeta el contenido esencial del artículo 50 de la Carta siempre que la normativa nacional no permita perseguir y sancionar los mismos hechos por la misma infracción o con el fin de lograr el mismo objetivo, sino que contemple únicamente la posibilidad de acumular procedimientos y sanciones en virtud de normativas diferentes.

[888] Entiende el Tribunal que:

48. Por lo que atañe al respeto del principio de proporcionalidad, este exige que la acumulación de procedimientos y sanciones prevista por la normativa nacional no exceda los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución de los objetivos legítimos perseguidos por dicha normativa, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas por esta no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (Sentencia de 20 de marzo de 2018, *Menci* C-524/15, apartado 46 y jurisprudencia citada).

49. A este respecto, es preciso destacar que las autoridades públicas pueden optar legítimamente por respuestas jurídicas complementarias frente a determinadas conductas perjudiciales para la sociedad mediante procedimientos diversos que conformen un conjunto coherente con el que se aborden los distintos aspectos del problema social de que se trate, siempre que estas respuestas jurídicas combinadas no supongan una carga excesiva para la persona afectada (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de noviembre de 2016, A y B c. Noruega). Por tanto, el hecho de que dos procedimientos persigan objetivos de interés general distintos que es legítimo proteger de manera acumulada puede ser tenido en cuenta, en el contexto del análisis de la proporcionalidad de una acumulación de procedimientos y sanciones, como factor que pretende justificar tal acumulación, siempre que dichos procedimientos sean complementarios y que la carga adicional que supone la acumulación pueda justificarse por los dos objetivos perseguidos.

[889] Y, con ese criterio, resuelve finalmente en los siguientes términos:

"El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, leído en conjunción con el artículo 52, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una persona jurídica sea multada por una infracción del Derecho de la competencia de la UE cuando, por los mismos hechos, esa persona ya ha sido objeto de una resolución firme a raíz de un procedimiento relativo a una infracción

Es decir, a juicio del TJUE, cabe la doble sanción, bien es cierto que para ello han de concurrir determinados requisitos, a saber: en primer término, que existan normas claras y precisas que permitan prever qué actos y omisiones pueden ser objeto de una acumulación de procedimientos y sanciones; asimismo debe concurrir la coordinación entre las dos autoridades competentes de tal forma que los dos procedimientos se hayan tramitado de manera suficientemente coordinada y próxima en el tiempo y a estos efectos valora especialmente que exista una disposición específica en el ámbito del Derecho nacional que así lo establezca; en tercer lugar, y en base al principio de proporcionalidad a que el conjunto de las sanciones impuestas corresponda a la gravedad de las infracciones cometidas habiéndose tenido en cuenta la sanción ya impuesta en primer término.

Pero volvamos de nuevo a la jurisprudencia emanada del TEDH que ha seguido profundizando en los criterios a tener en cuenta en relación a la cuestión debatida[890]. Ya en las Sentencias de 30 de abril de 2015, (asuntos 3453/12, 9028/13 y 42941/12, *Kapetanios* y otros c. Grecia), y Sentencia de 9 de junio de 2016, (asuntos 66602/09 y 71879/12, *Sismanindis y Sitaridis)*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantuvo que el precepto veda tanto la reiteración de la pena como del propio procedimiento. Por ello, tratándose de los mismos hechos, una sentencia penal absolutoria impide la incoación de un procedimiento administrativo y la imposición de una sanción por esta vía. Si, tras aplicar los criterios de la STEDH Engel para determinar si la sanción formalmente administrativa aplicada al caso concreto debía ser o no ser considerada de naturaleza sustancialmente penal, esto es: la calificación por la ley nacional de la infracción como administrativa o penal, su gravedad intrínseca y la severidad de la sanción, la Sala apreciaba que la sanción formalmente administrativa poseía en realidad naturaleza penal, se consideraba que existía una vulneración del principio *ne bis in idem*.

No obstante, la Sentencia A. y B. contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), demandas números 24130/11 y 29758/1, sienta una nueva y complementaria doctrina en relación con los que denomina procedimientos mixtos al declarar compatible con el artículo 4 Protocolo nº7 CEDH la imposición de una dualidad de sanciones sustancialmente penales. Concluye el Tribunal afirmando que no se había vulnerado el derecho de los demandantes pues, si bien se habían impuesto sanciones diferentes por autoridades diferentes y en procedimientos diferentes, existía entre ellos un vínculo tanto material como temporal lo suficientemente estrecho como para considerar que se inscribían en un mecanismo integrado. El carácter o no penal de la sanción administrativa ya no debe ser considerado, por sí mismo, motivo suficiente para entender vulnerado el principio *ne bis in ídem*, y la sentencia ofrece las pautas para la admisibilidad de ese doble procedimiento indicando que el Estado demandado debe demostrar de manera convincente que el proceso dual en cuestión estaba "suficientemente conectado en cuanto al fondo y al tiempo". Es decir, compete al Estado demandado demostrar que se combinaron de manera integrada ambos procedimientos para formar un todo coherente.

---

de las normas sectoriales relativas a la liberalización del mercado de referencia, siempre que existan reglas claras y precisas que permitan prever qué actos u omisiones pueden ser objeto a una duplicidad de procedimientos y sanciones, así como a prever que habrá coordinación entre las dos autoridades competentes; que los dos conjuntos de procedimientos se han llevado a cabo de manera suficientemente coordinada dentro de un plazo próximo".

[890] Un estudio detallado de la evolución de la jurisprudencia del TJUE respecto del principio *non bis in idem* desde los momentos previos al Protocolo 7 hasta la actualidad puede verse en MARTÍNEZ CANTON, S. y PÉREZ CORDÓN, R. (2020): "La identidad de procedimientos en el principio non bis in ídem ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 52.

Esa conclusión tiene como consecuencia, según dicha sentencia, que no sólo los fines perseguidos y los medios utilizados para lograrlos sean en esencia complementarios y estén vinculados en el tiempo, sino también que las posibles consecuencias de organizar el tratamiento jurídico de la conducta en cuestión sean proporcionadas y previsibles para las personas afectadas Bien es cierto que si la sentencia ofrece unos criterios hasta cierto punto precisos para la determinación del "vínculo material suficiente" mucho menos detallada y precisa lo es sobre la consideración del "vínculo temporal suficiente"[891].

Es decir, y como se está exponiendo, en un primer estadio la jurisprudencia europea vedó, con independencia de la calificación que se realice por la normativa nacional, una doble sanción cuando ambas reacciones punitivas pudieran ser calificadas como penales, pero en un segundo estadio se concluye que no basta esta *ratio* sino que van a ser estos últimos criterios (vínculo material y temporal suficiente) los decisivos para la admisibilidad de la doble sanción más allá de que se trate o no de sanción administrativa o penal.

Y es esto último lo que se ha aplicado plenamente en la Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de junio de 2022 (app nº 1735/13, *Goulandris and Vardinogianni v. Greece*), a la que ya nos referimos con anterioridad, y que va a analizar en el concreto caso que era objeto de enjuiciamiento dichos vínculos. Recordemos, respecto de este asunto, que en el caso se impusieron dos sanciones -por la construcción de forma ilegal y por el mantenimiento de la construido- y ambas según el Tribunal pueden ser calificadas de sanciones a los efectos de aplicación del CEDH siendo irrelevante que como multas administrativas no estén castigadas con penas de prisión[892].

---

[891] Según dicha Sentencia los factores materiales para determinar si hubo una conexión suficientemente estrecha en el fondo y en el tiempo incluyen:
a) si los diferentes procedimientos perseguían fines complementarios y, por lo tanto, abordaban, no solo en abstracto sino también en concreto, diferentes aspectos de la mala conducta social involucrada;
b) si la dualidad de los procedimientos en cuestión era una consecuencia previsible, tanto en el derecho como en la práctica, de la misma conducta impugnada *(ídem*);
c) si los conjuntos de procedimientos pertinentes se llevaron a cabo de manera que se evitaran, en la medida de lo posible, las desventajas adicionales resultantes de la duplicación de procedimientos y, en particular, la duplicación en la recolección, así como en la evaluación de las pruebas, en particular a través de una interacción adecuada entre las diversas autoridades competentes para asegurar que el establecimiento de los hechos en un proceso sea replicado en el otro;
d) y, sobre todo, si la sanción impuesta en los procesos que quedaron firmes en primer lugar fue tenida en cuenta en los que quedaron firmes en último lugar, para evitar que al final la persona interesada sufriera una carga excesiva; este último riesgo es menos probable que se presente cuando existe un mecanismo de compensación diseñado para garantizar que el monto total de las sanciones impuestas sea proporcional. Y añade, asimismo, que es más probable que los procedimientos combinados cumplan con los criterios de complementariedad y coherencia si las sanciones que se impondrán en los procedimientos no clasificados formalmente como "penales" son específicas para la conducta en cuestión y, por lo tanto, difieren del "núcleo duro del derecho penal"
Un detalladísimo estudio de los requisitos a que se acaba de hacer referencia puede encontrarse en BARCELONA LLOP, J. B. (2017): "Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 54 (I), pp. 220 y ss.

[892] Razona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 16 de junio de 2022 que:
"Las multas administrativas se impusieron a los propietarios o copropietarios junto e independientemente con la obligación de demoler las construcciones ilegales, y eran pagaderas incluso si la construcción fuera demolida posteriormente o fuera legalizada mediante la emisión o la revisión del permiso de construcción. Por lo que no dependían del restablecimiento de la legalidad. Por tanto, no podrían entenderse como una compensación pecuniaria por el daño causado, sino como una forma de castigo de los infractores. Tenían carácter disuasorio y punitivo.
En cuanto a la multa de conservación, ésta se calculó por cada año que se mantuvo la construcción, calculada desde la fecha de la construcción hasta la fecha de la demolición o legalización. Por lo tanto, la multa de conservación dejaría de aplicarse solo después de que se hubieran producido esos hechos. La Corte

De esta forma, y para el Tribunal, dichas sanciones se dirigen a todos los ciudadanos en general y tienen un carácter grave dada la elevada cuantía de las mismas por su método de cálculo.

Y, con ello, y una vez que ha establecido su carácter penal por dichas razones el Tribunal admitiendo que cabe que el poder punitivo del Estado se aplique con dos procedimientos, uno de carácter administrativo y otro estrictamente penal siempre que se persigan fines complementarios como acontece en el presente supuesto[893], sujeta dicha posibilidad a que concurran los requisitos materiales A y B que ya fijó en la Sentencia contra Noruega a los que nos hemos referido con anterioridad y, en este sentido, y junto al carácter complementario el Tribunal considera que tenían, a pesar de no haberse dejado debida constancia, un carácter previsible[894]. Más problemas, sin embargo, presentarían otros requisitos, a saber: si ambos procedimientos se coordinaron entre sí para evitar, en la medida de lo posible, las desventajas adicionales resultantes de la duplicación de procedimientos y, en particular, la duplicidad en la obtención y valoración de la prueba en que se constata que, a pesar de partir de un elemento común (el informe de inspección) luego se siguieron procedimientos paralelos y no coordinados[895]; y, asimismo, al analizar

toma nota del argumento del Gobierno de que la multa en cuestión tenía por objeto obligar al responsable a tomar las medidas necesarias para la legalización de las construcciones ilícitas mediante la expedición de la preceptiva licencia de obras o su demolición, de modo que la perturbación del medio ambiente civil y natural terminaría. Efectivamente, la multa tenía por objeto obligar a los interesados a cumplir la legislación urbanística. Sin embargo, la demolición o legalización no cancelaría la multa adeudada en ese momento. El Tribunal de Justicia no puede aceptar que se tratara únicamente de una ejecución indirecta o que su intención fuera únicamente una compensación pecuniaria. Mediante su imposición anual y su aumento progresivo cada año, también pretendía sancionar a los responsables de construir sin la licencia de obra requerida y disuadir a otros de hacer lo mismo".

[893] Razona el Tribunal en el parágrafo 74 ese carácter complementario indicando que:

"El Tribunal observa, al evaluar la conexión material entre la multa de construcción y el proceso penal, así como las diferentes sanciones impuestas al primer demandante, que los objetivos de ambas sanciones eran la disuasión y el castigo. La multa por obras urbanísticas impuesta en vía administrativa, sin embargo, era específica de la conducta en cuestión y, por tanto, se diferenciaba del "núcleo duro del derecho penal", ya que no presentaba rasgos estigmatizantes. Por lo tanto, el Tribunal acepta que los dos conjuntos de procedimientos perseguían propósitos complementarios al abordar la cuestión de la construcción ilegal y el incumplimiento de los requisitos urbanísticos legales (ver, mutatis mutandis, *Galović y Jóhannesson,* citados anteriormente)".

[894] El parágrafo 75 de la sentencia expone, a este respecto, que:

"Además, en cuanto a la previsibilidad en la ley y en la práctica de las consecuencias de la conducta del demandante, el Tribunal observa que tanto la imposición de una multa administrativa como la condena penal tenían la misma base legal, a saber, dos párrafos del artículo 17 de la Ley nº 1337/1983. Constatando que el informe de la inspección in situ no notificó a la primera demandante de ninguna responsabilidad penal adicional por las construcciones ilegales. Además, no se le informó que el asunto había sido remitido al fiscal para la investigación penal el 21 de enero de 2005. Sin embargo, el Tribunal opina que el demandante debería haber sido consciente de que el enjuiciamiento penal y la imposición de una multa eran posibles, o incluso probable, sobre los hechos del caso, ya que esto formaba parte de las sanciones impuestas por la legislación griega por incumplimiento de la legislación urbanística (ver, mutatis mutandis, *Galović,* citado anteriormente, § 119, *Jóhannesson,* citado anteriormente, § 51).

[895] El parágrafo 76 de la sentencia expone que:

"76. En cuanto a la forma de conducción de las diligencias, la Corte observa que el elemento principal de prueba fue el mismo en ambos procedimientos: el informe de inspección in situ de las autoridades urbanísticas, que constató las irregularidades e impuso la orden urbanística. -planificación de multas. También constituía la condición indispensable para el eventual enjuiciamiento de los demandantes, y el proceso penal se basó en las conclusiones del funcionario de urbanismo establecidas en él. Sin embargo, se llevó a cabo una audiencia en el Juzgado de Primera Instancia Penal y otra en el Tribunal Penal de Apelación, en las que el fiscal presentó alegatos y se interrogó a un testigo. Por lo tanto, las sanciones penales y administrativas fueron impuestas por diferentes autoridades y ambos conjuntos de procedimientos siguieron su propio curso por separado en el sistema legal griego y se convirtieron en finales

si la sanción impuesta en los procesos que quedaron firmes en primer lugar fue tenida en cuenta en los que quedaron firmes en último lugar, para evitar que al final la persona interesada sufriera una carga excesiva, niega dicha circunstancia que no fue tenida en cuenta para la imposición de la sanción penal[896].

Y con relación a la exigencia de un vínculo temporal suficiente se estima, por parte del Tribunal, dado el elevado plazo de tiempo que transcurrió desde que se impuso la sanción administrativa y penal que la conexión temporal entre ambos procedimientos no fue suficiente para evitar una duplicidad de procedimientos[897]. Y, con ese conjunto de razonamientos, el TEDH concluye que ni los dos procedimientos estuvieron suficientemente vinculados en cuanto al fondo y al tiempo ni las sanciones finalmente impuestas tuvieron un carácter proporcionado por lo que se violó el art. 4 del protocolo nº7 del CEDH[898].

---

independientemente el uno del otro. Los juzgados de lo penal recogían y valoraban las pruebas y las sanciones penales se dictaban con independencia de la imposición de la multa urbanística".

[896] Los parágrafos 77 y 78 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de junio de 2022 se refiere a ello indicando que:

"El Tribunal de Apelación se refirió en su sentencia a las multas administrativas impuestas anteriormente por construcciones ilícitas que afectaran negativamente al paisaje natural y sostuvo que, por lo tanto, los demandantes debían ser condenados y debía imponerse una pena teniendo en cuenta el valor de las construcciones y el grado de degradación ambiental, según lo previsto en la disposición legal respectiva. Los elementos que tuvo en cuenta el tribunal para confirmar la pena de prisión de siete meses fueron la gravedad del delito y la personalidad de los demandantes. Por tanto, el Tribunal de Apelación consideró la imposición de la multa anterior no como un motivo para reducir la sanción penal, sino como un elemento que confirmaba la responsabilidad penal del demandante. El Tribunal de Casación también celebró una audiencia en el caso y no reconoció un efecto vinculante de las multas administrativas en relación con los procesos penales.

Añadiendo el párrafo 78 en relación a la proporcionalidad de la pena total infligida, que "la sentencia del Juzgado de lo Penal de Primera Instancia no hizo ninguna referencia al hecho de que el demandante ya había sido multado. El hecho de que el tribunal de apelación, al fijar la sentencia, haya tenido en cuenta, entre otras cosas, la situación económica general de los demandantes, no significa que las multas administrativas anteriores se hayan tenido en cuenta a tal efecto, y no es suficiente para concluir que existió un mecanismo en el proceso penal para asegurar la proporcionalidad de las penas en su conjunto. Además, la decisión de suspender la pena se debió a que los demandantes no habían sido condenados penalmente con efecto definitivo ni condenados a una pena privativa de libertad de más de un año".

[897] El parágrafo 79 argumentará a este respecto que:

Al evaluar la conexión en el tiempo entre los procedimientos, la Corte observa que la duración total de los procedimientos fue de aproximadamente siete años y 11 meses. La multa de construcción se impuso en el informe de inspección in situ del 5 de octubre de 2004 y la decisión correspondiente puede considerarse "firme" a partir del 5 de diciembre de 2004. En cuanto a la duración del proceso penal, el Tribunal no tiene en cuenta la fecha en que se remitió el asunto al fiscal para la investigación penal (21 de enero de 2005), ya que no consta en el expediente que se notificó a la demandante. El escrito de acusación fue dictado el 5 de julio de 2006, es decir, un año y siete meses después de que la sentencia de primera instancia quedara firme. El demandante fue condenado en primera instancia por el Tribunal Penal de *Nafplio* de un solo miembro el 17 de septiembre de 2008, es decir, más de tres años y nueve meses después de que la multa administrativa se hubiera convertido en "definitiva". El proceso penal pasó por todas las etapas después de la apelación y la apelación de los demandantes y finalmente fue concluido por el Tribunal de Casación el 11 de septiembre de 2012, aproximadamente siete años y nueve meses después de que el primer conjunto fuera definitivo. Por lo tanto, los procesos penales no estaban pendientes al mismo tiempo que los procesos administrativos relacionados con la multa de construcción, sino que se iniciaron mucho tiempo después de la "condena" administrativa. Este lapso de tiempo no puede atribuirse a la demandante y no puede considerarse que la conexión en el tiempo entre los dos conjuntos de procedimientos fuera suficiente para evitar una duplicación de procedimientos".

[898] El parágrafo 80 finalmente concluye que:

"Habida cuenta de las circunstancias anteriores, el Tribunal considera que, a pesar de sus propósitos complementarios y de la previsibilidad de las consecuencias de la conducta del demandante, los dos conjuntos de procedimientos no estaban suficientemente vinculados en cuanto al fondo y el tiempo. Por el

2.3 La existencia de otros procedimientos de exigencia de responsabilidad y su compatibilidad con la responsabilidad de la LTBG.

Como vamos seguidamente a comprobar, y tras lo hasta aquí expuesto, en la materia analizada un mismo hecho en la normativa de responsabilidad aplicable a altos cargos puede dar lugar no a una, ni siquiera a dos, sino inclusive a tres responsabilidades diferentes cuando se trata de actuaciones realizadas en la esfera económico-financiera. En mi opinión dicho resultado no es reflejo, y ello con independencia de que finalmente se incurra o no en la infracción del principio que hemos estudiado dada la doctrina jurisprudencial de la que se ha dado cuenta y las previsiones establecidas en las propias normas, sino de una mal resuelta exigencia de responsabilidad en este campo que debiera ser enfrentada y ser objeto de solución.

Ciertamente, el artículo 30 de la LTBG, que es consciente de dicha anómala situación, recoge determinadas previsiones en orden a conciliar las responsabilidades derivadas de esa norma con otras normativas sancionadoras existentes, a saber: la penal, la contable, la responsabilidad por otras infracciones administrativas contempladas en normas especiales y la específicamente establecida en la Ley General Presupuestaria. Adelantemos ya que dicha regulación tiene márgenes de franca mejoría y, tanto en lo que se refiere a su sistemática, como sustantivamente podría haberse ofrecido mejores soluciones, pues se podrían producir, en cualquier momento, declaraciones de los tribunales europeos contrarias a dicha situación.

2.3.1 Responsabilidad penal.

En primer lugar, y por este orden, el apartado 6 del artículo 30 LTBG se refiere específicamente a la responsabilidad penal, si bien, como podremos comprobar, con ciertos silencios que es preciso interpretar con arreglo a los criterios establecidos por la jurisprudencia.

En este sentido, y conforme a lo que se previene específicamente en el artículo 30.6 LTBG, "cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal" lo que no es sino la aplicación concreta a los altos cargos de las prevenciones que, en esta materia, ya se habían consagrado de acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales. De un lado, y en la vertiente material y aún sin hacerlo constar de forma expresa, se admite la compatibilidad entre la responsabilidad penal y la disciplinaria derivada de las infracciones previstas en la LTBG con las matizaciones que a esta doble sanción se han establecido con carácter general y de las que líneas atrás dábamos cuenta[899]; pero, de otro y más claramente en cuanto a su vertiente

contrario, habiendo sido sancionado dos veces por la misma conducta, el primer demandante, en opinión del Tribunal, sufrió un perjuicio desproporcionado resultante de la duplicación de procedimientos y sanciones, que no formaban un todo coherente y proporcionado en su caso"

[899] RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, p.129, recuerda estas matizaciones realizadas a la posibilidad de una doble sanción y, al referirse *al non bis in ídem*, mantiene la proximidad en el fundamento y la razón de ser de los principales delitos contra la Administración pública y las infracciones disciplinarias, en tanto unos y otros persiguen el objetivo de prevenir la arbitrariedad, los abusos y excesos de autoridades y empleados públicos.

procedimental, la aplicación de las dos consecuencias de las que, también con anterioridad, dábamos cuenta, a saber: en primer término, suspensión del procedimiento administrativo y, en segundo lugar y aunque de nuevo no se contempla de forma expresa, pendencia del resultado del procedimiento administrativo respecto de los hechos declarados probados con las importantes matizaciones que, a este respecto, se desprende de la jurisprudencia europea en la materia de la que dábamos cuenta páginas atrás.

Se consagra así la tradicional prevalencia de la potestad punitiva penal sobre la potestad sancionadora administrativa que se complementa con la previsión contenida en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya virtud "en los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien".

En cualquier caso, y en este punto, es preciso recordar lo que con anterioridad poníamos de manifiesto, es decir, admitiendo el distinto fundamento que puede acontecer en una y otra sanción, y su correlativa consideración como pena a los efectos del artículo 50 CEDH, resulta conveniente preguntarse si concurren los requisitos que hemos visto que se derivaban de la jurisprudencia europea pues mucho nos tememos que un test respecto de éstos podría arrojar un resultado negativo en determinados supuestos.

2.3.2 Responsabilidad contable.

La relación entre las responsabilidad derivada de las previsiones establecidas en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y de la LTGB es objeto de atención específica en el segundo párrafo del artículo 31.1 LTBG que previene que "la responsabilidad [sancionadora conforme a la LT] será exigida en procedimiento administrativo instruido al efecto, sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas por si procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable".

Y es que, derivado de lo previsto en el artículo 18.1 LOTC, la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. Si bien siendo compatibles al tenor de dicha previsión legal lo cierto es que no aclara el precepto, a diferencia de lo que veíamos en relación con la responsabilidad penal, si dichos procedimientos pueden ser tramitados conjuntamente o si resulta o no prevalente lo dispuesto en la jurisdicción contable respecto de los hechos declarados probados. La doctrina, a estos efectos, ha mantenido posiciones distintas: para unos no habiéndose establecido nada al respecto en forma expresa no resulta de aplicación dichas previsiones[900]; para otros, sin embargo, si habría de suspenderse el procedimiento previsto en la LTBG[901]. Desde nuestro punto de vista, y

[900] TERUEL LOZANO, G. y MOLINA GARCÍA, M. J. (2018): "El Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas ante la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", en el vol. col. dirigido por TRONCOSO REIGADA, A., *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, p. 336.

[901] PALOMAR OLMEDA, A., "Infracciones y sanciones en el ámbito de la gestión económica-presupuestaria y de orden general", en el vol. col. dirigido por TRONCOSO REIGADA, A., *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, p. 1590 y LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO,

sin perjuicio del silencio de la Ley en este punto, creo que esta segunda posición, quiero decir la suspensión del procedimiento, atiende en mayor medida a las exigencias de seguridad jurídica que en esta materia hay que tener en cuenta. Muy en cuenta.
Pero de nuevo es preciso cuestionarse si esta, no ya doble, sino triple sanción que eventualmente sea impuesta por los mismos hechos está suficientemente coordinada en su vertiente material y procedimental con las responsabilidades que eventualmente se derive en vía penal y disciplinaria.

2.3.3 Responsabilidad derivada de otros procedimientos sancionadores.

El apartado 7 del artículo 30 LTBG, por su parte, vendrá a establecer la preferencia de la responsabilidad sancionadora derivada de otras normas sobre la fundada en la LTBG, al prever que, "cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel".

Distintas cuestiones se plantean con la previsión establecida en dicho apartado junto a las ya expuestas de coordinación, proporcionalidad y el resto de requisitos derivados de la jurisprudencia europea que lucen por su ausencia en dichas previsiones. La primera de ellas no puede ser otra que preguntarse a qué normas puede referirse tal precepto y, al respecto, no parece que quepa entender que el precepto se refiere a la normativa establecida en la legislación presupuestaria ya que, in fine, el propio precepto la excluye expresamente. Por otro lado, es preciso preguntarse sobre los efectos que pueden producirse acerca de la supuesta compatibilidad material que el precepto presupone entre ambos tipos de responsabilidad, respecto de los plazos de prescripción de las infracciones establecidas en la LTBG que, en opinión de LAVILLA RUBIRA, debe entenderse suspendido hasta tanto se concluye el procedimiento sancionador previsto en la norma especial[902].

F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid, p. 730 siendo que para este último ha de tenerse en cuenta, "de una parte, los potenciales efectos negativos asociados a la tramitación simultánea de ambos procedimientos, puestos de relieve a propósito de la responsabilidad patrimonial prevista en la LGP, y, de otra, que, de haber querido la LTBG que tuviera lugar la misma, lo hubiera establecido expresamente (como hace la segunda frase de su art. 30.7), debe entenderse que tal tramitación simultánea no es posible, debiendo suspenderse las actuaciones correspondientes al procedimiento sancionador regulado por la LTBG en el caso de que se sustancie un procedimiento de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas y quedando interrumpido el plazo de prescripción de la infracción presuntamente cometida hasta que se resuelva aquél".

[902] LAVILLA RUBIRA mantiene que: "El corolario de esta previsión es, al igual que ocurre en relación con la responsabilidad penal, que, si el procedimiento sancionador instruido en virtud de la llamada norma administrativa especial concluye con una resolución sancionadora, no cabrá iniciar o proseguir la tramitación del procedimiento sancionador fundado en la LTBG, ya que, en caso contrario, se vulneraría la prohibición del *bis in idem*, consagrada por el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ("LRJSP"), en estos taxativos términos: "*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*" (ello siempre, claro está, que efectivamente concurran las tres identidades referidas). En caso contrario (esto es, si no se impone sanción ninguna en el procedimiento tramitado conforme a la otra norma), quedará levantada la suspensión y, en consecuencia, sí cabrá, lógicamente, iniciar o continuar el procedimiento sancionador derivado de la LT". LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid, p. 327.

En cualquier caso, y a la vista de dichas dificultades, quizás hubiese sido más útil explorar más decididamente una conciliación entre la normativa sancionadora prevista en la LTBG y la responsabilidad sancionadora derivada de estas otras normas administrativas especiales como ha propuesto el autor al que nos referíamos con anterioridad[903].

2.3.4 La responsabilidad derivada de la legislación presupuestaria.

Como fue objeto de estudio oportunamente, la LGP contempla, asimismo, una responsabilidad por la realización de determinados hechos en el ámbito económico-financiero que, de nuevo, comportan cuando se incurre en los mismos una responsabilidad que, como se detalló en un capítulo anterior, en principio no reviste carácter sancionador y por ello resultaría compatible en principio, y de acuerdo con lo hasta aquí visto, con la exigencia de la responsabilidad disciplinaria lo que, como ha puesto de manifiesto LAVILLA RUBIRA, en ningún caso se traduce en que ello no provoque ningún tipo de problema, sobre todo en la medida en que el apartado 7 *in fine* del artículo 30 LTBG viene a establecer que se considerará normativa especial la prevista en la LGP respecto de las infracciones previstas en el artículo 28 LTBG, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador[904].

---

[903] LAVILLA RUBIRA expone que "Por lo demás, y sin cuestionar la prevalencia aludida en el párrafo precedente, no parece irrazonable que se hubiera establecido, supuesto que las sanciones previstas por los apartados 2 y 4 del artículo 30 LTBG no estarán ordinariamente contempladas por las "normas administrativas especiales" (con la excepción, acaso, de la publicidad oficial a la que se refiere la letra a) de aquél), que, en el caso de que el procedimiento sancionador instruido en virtud de dichas normas concluya con una resolución que declare la existencia de responsabilidad, se impongan en todo caso en virtud de la misma, además de las sanciones tipificadas por la norma especial, las previstas por la LTBG. LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid, p. 328.

[904] En efecto, LAVILLA RUBIRA señala que: "Dicho eso, la tramitación simultánea de ambos procedimientos genera dificultades y dudas desde las dos perspectivas que se consideran seguidamente. La primera es la resultante de la posibilidad de que ambos procedimientos concluyan con resoluciones contradictorias. En efecto, supuesta la identidad, anteriormente puesta de relieve, entre algunas de las infracciones muy graves tipificadas por el artículo 28 LTBG y algunos de los hechos que pueden generar responsabilidad patrimonial tipificados por el artículo 177.1 LGP, no puede descartarse en modo alguno la posibilidad de que, por ejemplo, en un procedimiento se declare que un alto cargo o asimilado ha comprometido un gasto sin crédito suficiente y en otro se concluya que sí existía tal crédito o que no se produjo compromiso ninguno de gasto. Es cierto que tal eventual contradicción pudiera desaparecer en instancias posteriores, al recurrirse en su caso las correspondientes resoluciones, pero también lo es que la superación de aquélla no es segura en absoluto, supuesto que la resolución sancionadora dictada al amparo de la LTBG sería recurrible en vía contencioso-administrativa (art. 31.5 LTBG) y las que se dicten en el procedimiento de responsabilidad patrimonial disciplinado por la LGP lo serán ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (art. 180.2, último párrafo, LGP), sin que en ninguno de los dos casos esté garantizado el acceso a la casación contencioso-administrativa por razón del valladar que al mismo supone la exigencia de que concurra interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Y, de no tener lugar la superación de la contradicción que en su caso se haya producido, se podría vulnerar, en función de las circunstancias, el principio *non bis in idem* en sentido amplio, pues el mismo supone, según ha declarado el Tribunal Constitucional (por ejemplo, Sentencia 77/1983, de 3 de octubre), "*la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado*".
Por último, no puede dejar de ponerse de relieve que parecería razonable que la segunda frase del artículo 30.7 LTBG se hubiera referido, además de a la LGP, a la normativa presupuestaria que en cada caso sea aplicable a la Administración de que se trate." LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO

Bien es cierto que esa posibilidad, y a pesar de ser una medida sin carácter sancionatorio, pudiera ser notoriamente contradictoria con las propias previsiones establecidas en el artículo 30.8 LTBG que, como es conocido, anudan a la comisión de los hechos en esta materia la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente[905]. Como ya advertimos al analizar las infracciones económico-financieras, sería preciso repensar el sistema en este punto y, sobre todo, establecer la debida coordinación en la exigencia de estas responsabilidades.

A la vista de esta problemática, la realidad es que, no se alcanza a entender, ni siquiera parecería aconsejable ni respetuoso con una correcta interpretación del significado del principio *non bis in idem*, que la solución actual sea la más adecuada a fin de resolver la problemática que plantea la subsistencia de esa doble tipificación, como infracción y como hecho que genera una responsabilidad patrimonial en la LGP, y las consecuencias y dificultades interpretativas derivadas de ello.

2.4 Recapitulación y síntesis: ¿deberíamos abordar una reforma en lo que se refiere a la compatibilidad de responsabilidades exigibles a los altos cargos?

A la vista de lo expuesto cabe preguntarnos si el estándar de protección ofrecido por la jurisprudencia, tanto del TJUE al hacer suyos los criterios ENGEL como del TEDH, constituyen o no un grado de protección superior al que en la actualidad se deriva de la jurisprudencia del TC y TS de nuestro país[906]. Resulta procedente por distintas razones,

---

BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 728.

[905] Al respecto, LAVILLA RUBIRA indica que: "En segundo término, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 30.8 LT, la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará "*la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente*" y "*la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la* [LGP]". Esto es, la consecuencia indemnizatoria (y, debe entenderse, resarcitoria) resultante del procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado por la LGP se asocia *ipso iure* por la LTBG a la declaración de la responsabilidad sancionadora por ella regulada. Y, si ello es así, no se explica la simultaneidad en la tramitación de los procedimientos prevista por el artículo 30.7 LTBG, ya que, siendo las consecuencias indemnizatorias comunes a ambos, lo lógico sería dar prioridad en la tramitación a uno de ellos, el cual probablemente debería ser el sancionador conforme a la LTBG, ya que sus consecuencias potenciales engloban las del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Todo ello en el bien entendido de que la responsabilidad patrimonial surgirá solo, conforme al artículo 176 LGP, si hay dolo o culpa grave y con el alcance que para uno y otro caso se prevé en el artículo 178 LGP, mientras que la responsabilidad sancionadora únicamente requiere culpabilidad (art. 28, primera frase, LTBG), esto es, dolo o culpa, aunque ésta no sea grave (art. 28.1 LRJSP)". LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p. 728.

[906] De distinta opinión a la que venimos manteniendo resulta la de VELASCO CABALLERO, F. (2018): "Nueva jurisprudencia de "non bis in ídem" del TJUE: ¿afecta a España?", en *Blog de Francisco Velasco* (Disponible en: https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2018/04/10/nueva-jurisprudencia-de-non-bis-in-idem-del-tjue-afecta-a-espana/) que estima que:

"Y dicho todo esto, ¿va a cambiar algo para España tras la jurisprudencia europea *en Menci, Di Puma y Garlsson*? En principio no. Recordemos, en primer lugar, que lo que ha dicho el TJUE sólo rige allí donde se aplica el Derecho europeo por los Estados miembros (STJUE *Åkerberg Fransson*). En segundo lugar, considero que, de conformidad con el art. 53 CEDH, incluso cuando se aplique Derecho europeo (como cuando se liquide IVA, que es un impuesto armonizado por la Directiva 2006/112/CE) en principio las autoridades españolas se rigen por el estándar iusfundamental del art. 25.1 CE, no por el –aparentemente más liviano- europeo del art. 50 CEDF. Cabría plantearse una excepción a la luz de la doctrina *Melloni* del TJUE (que ya sabemos que declaró la primacía de la Decisión marco 2009/299/JAI sobre la orden de detención europea respecto de la Constitución española). En un hipotético supuesto en el que el Derecho

pero, al menos, por dos que nos parece oportuno traer a colación. De un lado, por la propia posición del Abogado General (BOBEK) que[907], a propósito de sus conclusiones a la sentencia *Bpost* se preguntó si el artículo 50 de la Carta, que consagra el principio *non bis in idem*, debe tener idéntico contenido con independencia del ámbito del Derecho de la Unión en el que se aplique proponiendo un criterio unificado que, al menos en nuestro ordenamiento resulta suficientemente conocido para la apreciación del principio *non bis in idem* en el marco del artículo 50 de la Carta, en sustitución de lo que hoy en día es, en opinión del Abogado General, un mosaico fragmentado y parcialmente contradictorio de regímenes paralelos. Ese criterio de apreciación unificado, a juicio del Abogado General, debería descansar en una triple identidad: del infractor, de los hechos pertinentes y del interés jurídico protegido. Bien es cierto que la apreciación de esa identidad descansa en criterios complementarios ya existentes en la propia jurisprudencia europea. Pero, por otro lado, existe una razón objetiva que debe impulsar a hacerlo: que la aparente calma en que se desenvolvía la vigencia del principio y su aplicación por parte de nuestros tribunales se ha visto, sin duda, espoleada por las recientes sentencias europeas a las que nos hemos referido con anterioridad. Tanto es así que el reciente ATS de 15 de mayo de 2022 (rec. 6723/2021) ha considerado que las siguientes cuestiones presentan interés casacional objetivo[908]:

---

derivado europeo *obligase* a los Estados miembros a la doble sanción (o al doble procedimiento punitivo), este mandato europeo, siempre que fuera conforme con las exigencias materiales del art. 50 CEDF (respeto al contenido esencial, proporcionalidad) desplazaría el estándar de protección del art. 25.1 CE: *obligaría* a España, por ejemplo, a tramitar un procedimiento administrativo sancionador después de haber tramitado un proceso penal. Pero como digo, este supuesto es más bien hipotético. Pues una cosa es que una Directiva europea *prevea* la existencia de sanciones administrativas, o incluso obligue a los Estados a contar con sanciones administrativas como garantía de cumplimiento de las normas sustantivas europeas (como la Directiva 2003/6/CE, sobre manipulaciones del mercado) y otra cosa es que esa *Directiva prevea expresamente e imponga* el "bis in ídem" penal y administrativo, lo que es bien distinto".

[907] Y es que, como detalla en sus conclusiones, debe tenerse en cuenta que:

1. El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») consagra la noble idea de un espacio jurídico único. En este espacio, nadie puede ser juzgado o sancionado más de una vez por la misma infracción. La protección concedida anteriormente a nivel de los Estados miembros se ha actualizado al nivel de la Unión.

2. La materialización de esta idea en el Derecho de la Unión ha sido algo difícil por varias razones. Cabe destacar tres. Primero, en un espacio legal compuesto como el de la Unión Europea, ya sea horizontalmente (Estados miembros - Estados miembros) o verticalmente (Estados miembros - Unión Europea), la aplicación práctica de la idea da como resultado un mayor nivel de complejidad. Simplemente hay demasiadas variables. En segundo lugar, se están introduciendo nuevos segmentos, niveles y subcampos regulatorios. Se están creando nuevos órganos o autoridades responsables de su supervisión. Esto a veces implica una superposición de mandatos que crea confusión sobre quién es responsable de investigar y sancionar. En tercer lugar, está la "multiplicación de Engel". Los propios criterios expansionistas, creado originalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ('ECHR') para ampliar su jurisdicción en virtud del artículo 6 (1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos ('ECHR'), ahora también se utilizan en otros contextos. Esto incluye la evaluación de lo que constituye un "delito" a los efectos del Artículo 50 de la Carta. Como resultado, muchas reglas y procedimientos que se consideraban conceptualmente administrativos en el pasado ahora se consideran criminales.

3. La combinación de estos tres factores ha ampliado considerablemente la gama de procedimientos y sanciones a los que se ha vuelto aplicable el principio *ne bis in idem*. Encontrar un equilibrio razonable entre la protección de los derechos fundamentales y la salvaguardia de los intereses legítimos al castigar determinados comportamientos ha resultado difícil a lo largo de los años. La jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, desarrollada a través de interacciones con el TEDH, se caracteriza por la fragmentación y la inconsistencia. Difícilmente puede calificarse de (*ne*) *bis in idem*, sino de *quater* o *quinquies in idem*, quedando también la incertidumbre en relación con *bis*.

[908] Los hechos que son objeto del litigio judicial son los siguientes:

1º. En el año 2003 se inició un procedimiento inspector por parte de la AEAT a la sociedad Vinos Padró, S.L. en el seno del cual se comprobaron, entre otros conceptos y periodos impositivos, el correspondiente al IVA del año 1999.

Una de ellas, "determinar si, conforme al artículo 66 del Reglamento General de Inspección Tributaria (actual artículo 250 de la Ley General Tributaria), la Administración tributaria puede iniciar o continuar un procedimiento sancionador administrativo cuando el órgano jurisdiccional penal haya dictado resolución en la que, aun considerando acreditada la comisión del delito, se declara prescrita la responsabilidad criminal por prescripción.

La segunda se refiere a la necesidad de aclarar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia sobre el principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental a la luz de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en particular, aclarar si resulta posible, en todo caso, la iniciación o continuación de un procedimiento sancionador administrativo tras no apreciar el tribunal penal la existencia de delito o, por el contrario, si resulta imperativo verificar que la infracción o sanción administrativa no tiene naturaleza penal y, en su caso, la compatibilidad de la dualidad del procedimiento penal y administrativo con el principio *non bis in idem* conforme la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

Es decir conviene y resulta preciso, y sin perjuicio de la sentencia que en su día se dicte sobre este asunto, preguntarse si atendiendo a los pronunciamientos realizados por el TJUE, y a lo ya argumentado páginas atrás en torno a la posibilidad de establecer un concurso ideal de infracciones, si resulta legítimo dicho proceder de la normativa española relativa a la compatibilidad de procedimientos y sanciones a altos cargos, tanto en su vertiente sustantiva como procedimental, atendiendo a las condiciones establecidas por la doctrina judicial europea en este aspecto[909], y todo ello a sabiendas de las limitaciones que la invocación de las previsiones establecidas en el artículo 50 de la Carta Europea impone y que serían de plena aplicación en este sector[910]. Desde luego más

2º. El 14 de julio de 2004, la AEAT denunció al Ministerio Fiscal las actuaciones referidas a este y otros impuestos, que presentó denuncia penal contra los administradores de la sociedad por la presunta comisión de delitos contra la Hacienda Pública.

3º. Con fecha 8 de enero de 2015, el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Tarragona dictó sentencia por la que condenó al administrador de la sociedad por ocho delitos fiscales. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Tarragona en sentencia de 30 de julio de 2015, a excepción del delito fiscal del IVA, 1998, que se consideró prescrito. Mediante auto aclaratorio de 29 de noviembre de 2015, la Audiencia Provincial declaró también prescrito el delito correspondiente al IVA de los periodos de 1999.

4º. El día 3 de febrero de 2016, el órgano tributario competente recepcionó el auto indicado y, consiguientemente, continuó las actuaciones de comprobación respecto del IVA 1999 que culminaron mediante acuerdo de liquidación notificado el 6 de julio de 2016. Asimismo, el 3 de marzo de 2016 se inició procedimiento sancionador que finalizó mediante acuerdo sancionador notificado al obligado tributario el 26 de julio de 2016.

5º. Frente a dichos acuerdos de liquidación y sanción, la mercantil formuló reclamación económico-administrativa ante el TEAC, que la desestimó en resolución de 24 de junio de 2020.

6º. Finalmente, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la citada resolución, que se tramitó bajo el número 597/2020 ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y que fue estimado parcialmente en lo relativo a la impugnación del acuerdo sancionador.

[909] Cabe remitirnos, para estudiar el alcance de dicha jurisprudencia, al trabajo de HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (2019): "La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales", *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 1-2019, pp. 286-304

[910] Como es conocido el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, estableciendo que "nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido

moderada resulta en este concreto punto alguna normativa autonómica que mantiene, con mayor firmeza, la vigencia del principio *ne bis in ídem*[911].

Y sobre ello opinamos que la conclusión resultante sería algo así como "según y cómo". Esto es, creo que lleva razón VELASCO CABALLERO cuando argumenta que "no puede sorprender que los niveles de protección de los dos derechos fundamentales, el europeo y el español, no sean propiamente coincidentes"[912]. Y añade literalmente: "Podríamos decir que el estándar de protección europeo es *ligeramente más bajo* que el español, aunque ni siquiera esto sería exacto, pues se trata de dos jurisprudencias estructuralmente distintas".

Distinta, o al menos complementaria a la mantenida por dicho autor, resulta nuestra opinión cuando nos referimos a la responsabilidad administrativa de los altos cargos que, recordémoslo mantenemos que se deriva de una relación de sujeción especial. Como ya sabemos, si bien la prohibición de una doble sanción es absoluta en el ámbito de las relaciones de heterotutela a las que básicamente se han referido los tribunales europeos en las sentencias referidas, el concepto de sanción penal a efectos de aplicación del artículo 50 de la Carta permitiría incluir plenamente en la misma, al menos en mi opinión, las sanciones derivadas de la legislación de buen gobierno y, en estos supuestos y a diferencia de las sanciones impuestas en relaciones de sujeción general -permítasenos la expresión dada la problemática que presenta la misma-, la situación no resulta coincidente dado que, en principio y sin restricción alguna, en el ordenamiento y en la jurisprudencia española, se admite la doble sanción, administrativa (disciplinaria) y penal, sin

absuelto o condenado en la Unión mediante Sentencia penal firme conforme a la ley". Asimismo, y en el mismo sentido, el art. 4 del Protocolo nº 7 del CEDH dice que: "1. Nadie podrá ser juzgado o castigado nuevamente en un proceso penal bajo la jurisdicción del mismo Estado por un delito por el cual ya haya sido absuelto o condenado por una sentencia firme de conformidad con la ley y el procedimiento penal de ese Estado".

No obstante, es de subrayar que reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas la STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Akerberg Fransson*) mantiene que los derechos fundamentales recogidos en el ordenamiento jurídico europeo en general y, en la Carta, en particular, solo pueden ser aplicados en las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión Europea, pero no fuera de ellas lo que se traduce en que solo cuando la normativa del Estado está comprendida en el marco del Derecho de la Unión Europea, podrá ser revisada por el TJUE. Y como podemos imaginar el estatuto jurídico de los altos cargos es una materia que dudosamente puede ser incluida dentro del ámbito competencial de la UE a pesar de la vis expansiva de ésta en materias que podrían considerarse de responsabilidad institucional de los estados miembros.

[911] En este sentido, el artículo 76.2 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña establece que: "El régimen sancionador del presente capítulo no se aplica si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal y tampoco si, de acuerdo con la ley, puede ser aplicable otro régimen de responsabilidad administrativa o de naturaleza jurisdiccional, siempre que se dé también identidad de sujeto y fundamento". Declaración cuya virtualidad es relativa dado que, en ciertos supuestos, la legislación estatal tiene carácter básico y por ello sería de plena aplicación.

[912] Indica el autor, a este respecto, que: "Esta jurisprudencia del TJUE no es contradictoria, pero tampoco simétrica, respecto de la del Tribunal Constitucional español. Por dos razones fundamentales. Primero, porque el TJUE se centra en identificar *hasta dónde puede la ley* (en las cuestiones prejudiciales, las leyes italianas) limitar el derecho de "non bis in ídem" del art. 50 CEDF. En cambio, el TC español, en la doctrina que quedó sentada en la STC 2/2003, se ha centrado en declarar cuál es el *alcance frente a los jueces y Administración del derecho* a no sufrir "bis in ídem" (penal más administrativo) que contiene el art. 25.1 CE. Por supuesto que, en hipótesis, también en España sería posible que una ley limitara el alcance del derecho fundamental del art. 25.1 CE y que el TC, al enjuiciar tal hipotética ley, definiera hasta dónde puede llegar el legislador en su faculta de limitación del derecho fundamental. Pero, por ahora, esto no ha ocurrido. Así que tenemos dos jurisprudencias estructuralmente distintas: la del TJUE define el contenido del derecho fundamental europeo *frente al legislador*; el TC define el contenido del derecho fundamental español *frente a la Administración y los jueces"*.

prácticamente ningún otro condicionante, requisito o restricción, mientras la situación resultante en el ámbito de las exigencias que la jurisprudencia europea plantea podrían ser otras distintas.

En efecto, si atendemos a la jurisprudencia constitucional sentada básicamente a partir de la STC 2/2003 que, apartándose de la doctrina establecida en la STC 177/1999, vino a establecer que el principio *non bis in idem*, como garantía material, integra el derecho fundamental al principio de legalidad del art. 25.1 de la CE y tiene por finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, pero se fundamenta también en el principio de culpabilidad y proporcionalidad. En este sentido, y a juicio de esta jurisprudencia, no se produce reiteración punitiva, prohibida constitucionalmente, aunque haya identidad de sujeto, hecho y fundamento, cuando el órgano judicial toma en consideración la anterior sanción administrativa para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal ya que materialmente sólo ha existido una sola sanción.

Pues bien, a tenor de la jurisprudencia europea que, como ya se ha puesto de manifiesto, admite aún concurriendo identidad de sujeto, hecho y fundamento la imposición de dos sanciones[913], una administrativa y otra penal, siempre que haya una suficiente conexión temporal entre los dos procedimientos y concurran tres específicos requisitos basados en el fundamento plural de la prohibición de *bis in idem* material: a) Que se evite la duplicidad probatoria b) Una expresa previsión legal que así lo permita por ser complementarios de tal forma que lo hagan previsible c) Que el resultado finalmente alcanzado no pueda ser calificado de desproporcionado en la visión integral de la sanción global que suponen.

Estas últimas consideraciones suponen, en mi opinión, una matización a la situación existente que merecería ser considerada en aquellos ámbitos que pueden ser considerados como de sujeción especial y de los que dimos cuenta con anterioridad.

3. ASPECTOS COMPETENCIALES Y PROCEDIMENTALES DE RELEVANCIA EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A LOS ALTOS CARGOS.

Por lo que respecta al procedimiento sancionador vamos a encontrar una escueta referencia al mismo, que en realidad nada aclara, en el artículo 31 de la LTBG que contempla, asimismo y en el mismo precepto, la enumeración en la Administración

[913] Como indica GÓMEZ TOMILLO, con quien coincidimos en este punto, "Cuando haya habido un sobreseimiento libre o provisional o sentencia absolutoria, es posible que se siga un ulterior procedimiento administrativo sancionador, cuando no haya una perfecta coincidencia objetiva o subjetiva entre delito e infracción administrativa, pero siempre y cuando la Administración se encuentre vinculada con las conclusiones alcanzadas en el procedimiento penal. Ello es especialmente posible cuando el delito sea doloso y la infracción administrativa culposa. Si la absolución se debió a un defecto procedimental, la cuestión es discutible, pero entendemos que cabe un ulterior procedimiento sancionador administrativo, al no ponerse con ello en riesgo ninguno de los fines que inspiran la prohibición de *bis in idem* formal. Nada diverso puede concluirse cuando se aprecie la prescripción del delito, cuyas reglas no necesariamente tienen que coincidir con las reglas administrativas (y se trata de una cuestión de legalidad ordinaria). Por último, en los casos de sobreseimiento en los limitados casos en los que en España cabe el ejercicio del principio de oportunidad penal, el criterio del Ministerio Fiscal, no vincula a la Administración, si bien en la práctica es difícil desoír su punto de vista". GÓMEZ TOMILLO, M. (2020): "*Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 2, p. 454.

General del Estado de los órganos competentes para la iniciación, la instrucción y la imposición de las sanciones pertinentes.

En el resto de Administraciones públicas, la LTGB se va a remitir con buena lógica, en relación a la iniciación del procedimiento, la instrucción del mismo y la imposición de la sanción correspondiente, a los órganos que tengan atribuidas dichas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento.

Debe subrayarse que el texto del artículo 31 LTBG fue objeto de modificación en el trámite parlamentario dado que, en la dicción del Anteproyecto, se preveía la posibilidad de que la incoación e instrucción fuera competencia del Estado respecto del resto de Administraciones públicas. Dicha situación, fundamentalmente denunciada por los grupos nacionalistas por ser contraria a la autonomía política[914], pero también por parte del grupo parlamentario socialista y popular, fue objeto de modificación introduciendo la remisión competencial a las CCAA y a las EELL a la que anteriormente nos hemos referido, y excepcionando a los cargos electos de la posibilidad de ser separados de éstos en el supuesto de la comisión de infracciones contempladas en dicha norma por éstos.

3.1 La Competencia para la exigencia de responsabilidad.

3.1.1 Administración General del Estado.

En el caso de la Administración General del Estado el apartado 2 del artículo 31 LTBG prevé la siguiente atribución de competencias en lo que se refiere a la iniciación del procedimiento:

a) Cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado, será competente el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

b) Cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración General del Estado distintas de los anteriores, corresponderá al Ministro de Hacienda.

Idéntica previsión se contempla, por su parte, para la imposición de la sanción correspondiente, si bien en lo que se refiere a la competencia para la instrucción del procedimiento sancionador se radica en la Oficina de Conflictos de Intereses a la que ya nos referimos en un anterior capítulo.

Dicha norma se ve completada con lo dispuesto en el artículo 27 de la LACAGE que sigue, respecto de las sanciones previstas idéntica ratio de atribución competencial correspondiéndoles a los mismos órganos las competencias para la iniciación del procedimiento, si bien realiza una distinta atribución para la imposición de las sanciones por faltas leves que, de forma ciertamente incomprensible, era algo que no se había

[914] Relatan, y aportan datos sustanciales respecto de esta concreta cuestión, FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2014): *Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno*, Thomson-Reuter Aranzadi, Pamplona, pp. 379 y ss. quienes ponen de manifiesto las modificaciones acontecidas, tanto como consecuencia del Dictamen del Consejo de Estado de 19 de julio de 2012 sobre el Anteproyecto, como durante el trámite parlamentario por el Grupo Parlamentario Vasco.

contemplado en la LTBG. De esta forma, indica el apartado 3 del artículo 27 que la competencia para la imposición de la sanción correspondiente en el caso de faltas muy graves corresponderá al Consejo de Ministros cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado y añade, en el caso de faltas graves, que dicha competencia recaerá en el Ministro de Hacienda, para seguidamente atribuir dicha competencia en el caso de la sanción por faltas leves al Secretario de Estado de Administraciones Públicas.

3.1.2 Las Comunidades Autónomas.

En el supuesto de las Comunidades Autónomas el ya referido artículo 31 de la LTBG se refiere también a la iniciación, la instrucción y la imposición de las sanciones correspondientes. En lo que se refiere a la iniciación e instrucción del procedimiento sancionador se limita a realizar, según expusimos anteriormente, una remisión a la legislación autonómica que se dicte en la materia, pero en lo que se refiere a la imposición de sanciones aparentemente realiza una discutible atribución residual de competencias al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma[915].

En las distintas Comunidades Autónomas encontramos soluciones diversas atendiendo a si se ha dictado normativa específica en materia de buen gobierno que haya desarrollado las previsiones establecidas en la LTBG. Por ello nos encontramos con situaciones de lo más variado: en unos casos se mantiene la legislación anterior pero reducida básicamente a las incompatibilidades; en otros casos debemos tener en cuenta si la normativa autonómica se aplica o no a la función pública y no solo a los altos cargos; si se trata o no de cargos electos, o si finalmente se ha creado o no un órgano específico a estos efectos (Oficinas Antifraude), e, inclusive y existiendo ese órgano, pueden encontrarse soluciones diversas. Pasemos a exponerlo.

De esta forma, y en el caso de Andalucía, en lo que se refiere a las incompatibilidades y conflictos de interés, el artículo 21 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades, declaración de actividades y bienes, y retribuciones de los altos cargos de la Junta de Andalucía, prevé que la competencia para ordenar la incoación de los procedimientos sancionadores, así como para la imposición de las sanciones, cualquiera que sea su gravedad recaerá en el titular de la Dirección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción. Y en lo referido a la instrucción de los correspondientes procedimientos se realizará por quien designe el titular de dicha Dirección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción[916].

---

[915] Digo discutible dadas las aparentes dudas de constitucionalidad que suscita que una norma estatal, por muy básica que sea, establezca una competencia supletoria de un órgano de una Comunidad Autónoma.

[916] El citado artículo recibió su redacción actual por el apartado d) de la disposición final segunda de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Cuyo artículo 40 prevé que:

El procedimiento sancionador se iniciará de oficio por acuerdo del titular de la Dirección de la Oficina, cuando la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección apreciara la posible comisión de una infracción administrativa tipificada en este título.

La instrucción de los correspondientes procedimientos se realizará por la Subdirección de la Oficina competente en materia de actuaciones de investigación, inspección y régimen sancionador.

El órgano competente para la imposición de las sanciones consecuencia de la comisión de las infracciones previstas en esta Ley será el titular de la Dirección de la Oficina.Dicha Oficina sigue el patrón de otras como veremos a continuación, si bien en este supuesto se le atribuyen competencias sancionadoras

En el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la que existe una Agencia de Integridad y Ética pública que ostenta competencias investigadoras (artículo 9 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón) y de colaboración (artículo 22 de la Ley 5/2017) y que por su autonomía funcional podría haber ostentado mayores competencias, el artículo 65 de la Ley 5/2017 contiene las siguientes previsiones:

- El órgano competente para ordenar la incoación del procedimiento sancionador es el Consejero del Departamento de Presidencia, salvo que el cargo público afectado sea miembro del Gobierno, en cuyo caso la incoación corresponde al propio Gobierno, a propuesta de dicho Consejero.

- La instrucción de los correspondientes expedientes se realizará por el órgano competente en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades (disposición adicional quinta Ley 5/2017 de Aragón) la atribuye a la Secretaria General Técnica de la Presidencia del Gobierno de Aragón).

- Corresponde al Consejo de Gobierno la imposición de sanciones por faltas muy graves y, en todo caso, cuando se trata de un miembro del Gobierno. La imposición de sanciones por faltas graves y leves corresponde al consejero del Departamento de Presidencia.

En Asturias el régimen establecido atiende a los distintos tipos de infracciones contempladas en la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés. En este sentido, y respecto de los conflictos de intereses e incompatibilidades, el artículo 50 de dicha Ley contempla la siguiente atribución de competencia:

-*El órgano competente para ordenar la incoación será:*

a) Cuando el presunto responsable sea el Presidente del Consejo de Gobierno, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

b) Cuando el presunto responsable sea un Consejero, el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero competente en materia de buen gobierno o, si este fuera el presunto responsable, el Consejero que corresponda según el orden establecido en el Decreto del Presidente por el que se determinan las Consejerías.

c) Cuando el presunto responsable sea otro alto cargo, el Consejero competente en materia de buen gobierno.

-*La instrucción de los correspondientes expedientes* se realizará por la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción.

-*La competencia para la imposición de sanciones corresponderá*:

directamente a diferencia de otros supuestos en los que simplemente se le atribuyen competencias de investigación, pero no de imposición de sanciones directamente en materia de incompatibilidades -no en otras materias- pero restringidas a la Administración de la Comunidad Autónoma sin extensión a las entidades locales (artículo 9 y 10 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante)

a) Cuando el responsable sea el Presidente del Consejo de Gobierno, al Pleno del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

b) Cuando el responsable sea un Consejero, al Consejo de Gobierno.

c) Cuando el responsable sea otro alto cargo, al Consejo de Gobierno si se trata de infracciones muy graves, y, si se trata de infracciones leves o graves, al Consejero competente en materia de buen gobierno.

Ahora el artículo 57 de la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de Asturias, contempla las siguientes previsiones:

1ª) El órgano competente para ordenar la incoación será:

a) Cuando el presunto responsable sea un grupo de interés, el Consejero competente en materia de grupos de interés.

b) Cuando el presunto responsable sea el Presidente del Consejo de Gobierno, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

c) Cuando el presunto responsable sea un Consejero, el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero competente en materia de grupos de interés o, si este fuera el presunto responsable, el Consejero que corresponda según el orden establecido en el Decreto del Presidente por el que se determinan las Consejerías.

d) Cuando el presunto responsable sea otro alto cargo, el Consejero competente en materia de grupos de interés.

2ª) La instrucción de los correspondientes expedientes se realizará por la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción.

3ª) La competencia para la imposición de sanciones corresponderá:

a) Cuando el responsable sea un grupo de interés, al Consejero competente en materia de grupos de interés.

b) Cuando el responsable sea el Presidente del Consejo de Gobierno, al Pleno del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

c) Cuando el responsable sea un Consejero, al Consejo de Gobierno.

d) Cuando el responsable sea otro alto cargo, al Consejo de Gobierno si se tratara de infracciones muy graves, y, si se tratara de infracciones graves, el Consejero competente en materia de grupos de interés.

En el caso de Baleares, los artículos 18 y siguientes de la Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos, y de nuevo respecto de las incompatibilidades estrictamente, prevé que sea el Consejo de Gobierno

(añade o el órgano que se prevea reglamentariamente[917]) quien inicie, instruye y debe imponer las sanciones correspondientes. Bien es cierto que la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears contempla como funciones de ésta, sin perjuicio de la competencia propia sancionadora que atribuye a dicha oficina para los hechos que obstaculicen sus actuaciones (artículo 34), la investigación y la colaboración con otros órganos a fin de que cumplan las funciones que le corresponden y se remite al reglamento de funcionamiento y de régimen interno de la Oficina para regular el procedimiento específico de actuación en los casos de ejercicio de funciones concurrentes con otros órganos[918]. Es decir, se establece una competencia mediata y previa a la propiamente establecida en el procedimiento sancionador que, sin perjuicio de su incidencia respecto del procedimiento que con posterioridad se instruya o no, sigue reservando a los órganos ejecutivos ya mencionados.

En el supuesto de la Comunidad Autónoma de Canarias, y en materia de incompatibilidades, la Ley 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de Canarias, contempla en su artículo 21 los siguientes órganos competentes[919]:

---

[917] El Decreto 250/1999, 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears («B.O.C.A.I.B.» 16 diciembre) es la norma a la que se remite sin que, sin embargo, se encuentre en la misma ninguna previsión competencial.

[918] Dicho Reglamento, aprobado por la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales del Parlamento Balear en sesión de 21 de diciembre de 2018, contempla en su artículo 49 que, a la conclusión del procedimiento de investigación que realice dicha Oficina, se emitirá un informe razonado del director o la directora, con las conclusiones de las investigaciones y de ese informe podrán derivarse las siguientes actuaciones:

a) La interposición de una denuncia ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal.

b) La comunicación a la autoridad administrativa competente para que inicie los procedimientos administrativos sancionadores, disciplinarios o de cualquier naturaleza que correspondan.

c) El inicio del procedimiento sancionador, si la competencia es de la Oficina.

d) La comunicación al Tribunal de Cuentas y a la Sindicatura de Cuentas de las Illes Balears, en caso de que se aprecien indicios de responsabilidad contable.

e) El archivo del expediente.

Y atribuye, en el artículo 50, al Director de la Oficina competencia para solicitar a las autoridades administrativas competentes información sobre las decisiones adoptadas en relación con la información razonada comunicada y con las medidas propuestas y contempla que el resultado del seguimiento se hará constar en la memoria anual de la Oficina (téngase en cuenta, a estos efectos, que su competencia se extiende a los Consejos Insulares y a las entidades locales).

[919] Esquema similar se contempla en la Comunidad Autónoma de Cantabria, a propósito de los conflictos de intereses, en los que el artículo 24 de la Ley 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria contempla como órganos competentes del procedimiento sancionador los siguientes:

-El órgano competente para ordenar la incoación cuando los altos cargos tengan la condición de miembro del Gobierno, director general o secretario general será el Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería de Presidencia y Justicia.

En los demás supuestos, el órgano competente para ordenar la incoación será el titular de la Dirección General en la que se encuadre orgánicamente la Inspección General de Servicios.

-Corresponde al Gobierno la imposición de sanciones por faltas muy graves y, en todo caso, cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno, director general o secretario general. La imposición de sanciones por faltas graves corresponde al titular de la Consejería de Presidencia y Justicia. La sanción por faltas leves corresponderá al secretario general de la Consejería de Presidencia y Justicia.

Idéntica conclusión puede llegarse en el caso de La Comunidad Autónoma de la Rioja donde el artículo 71de la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros, al abordar los Órganos competentes, prevé que:

-El Consejo de Gobierno será el Órgano competente para la incoación del procedimiento sancionador.

1º). Cuando el alto cargo sea miembro del Gobierno o Viceconsejero, será el Gobierno de Canarias el competente para la incoación del procedimiento sancionador.

2º) En todos los demás supuestos contemplados en el artículo 2 de esta ley, será competente para la incoación del procedimiento sancionador el titular de la consejería a la que esté adscrito el órgano directivo competente en materia de incompatibilidades de altos cargos.

3º) Para la instrucción de los expedientes será competente dicho órgano directivo.

4º) La imposición de sanciones corresponderá:

a) Al Gobierno de Canarias:

- En todo caso, cuando el alto cargo sea miembro del Gobierno o Viceconsejero.

- Por infracciones muy graves y graves.

b) Al Consejero de quien dependa el órgano directivo competente en materia de incompatibilidades de altos cargos, por infracciones leves.

En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno, también aplicable también a la Universidad y las entidades locales, se contempla la siguiente atribución competencial:

a) En caso de que el presunto infractor tenga la condición de miembro del Consejo de Gobierno, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, al órgano que se determine en la ley reguladora del régimen jurídico del Consejo de Gobierno y el de sus componentes.

b) Cuando el presunto infractor tenga la condición de alto cargo o asimilado, no prevista en la letra anterior y presten servicios en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha o en los organismos o entidades de su sector público:

1.º Al titular de la consejería de la que dependan o a la que estén vinculados o adscritos.

2.º Al titular de la consejería que ejerza la tutela administrativa o, en su defecto, la que tenga atribuida la competencia sobre relaciones institucionales, cuando se trate de corporaciones de derecho público.

3.º En el supuesto de la Universidad de Castilla-La Mancha, la competencia se establecerá de acuerdo con su propios Estatutos.

-La instrucción de los expedientes corresponde al órgano directivo competente en materia de incompatibilidades.
-Corresponde al Consejo de Gobierno la resolución del procedimiento e imposición de sanciones en su caso.

4º) En el caso de las entidades locales la competencia sancionadora se ejercerá por los órganos que se determinen conforme a la legislación de régimen local.

Cuando se trate de infracciones económico-financieras se prevé asimismo que la competencia corresponderá:

- A la consejería competente en materia de hacienda cuando las obligaciones económicas se generen con cargo a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

- A la entidad de derecho público a cargo de cuyo presupuesto hayan celebrado contratos, suscrito convenios o percibido ayudas o subvenciones los sujetos responsables.

Y añade que, en el supuesto de las infracciones tipificadas en el artículo 28 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, al titular de la consejería competente en materia de hacienda.

Castilla-León, por su parte, en el artículo 26 de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, establece cómo órganos competentes:

A la Comisión de Ética Pública, que será el órgano competente para incoar los procedimientos sancionadores por hechos realizados por altos cargos en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracciones administrativas previstas en cualquier norma que les sea de aplicación.

A la Inspección General de Servicios de la Junta de Castilla y León le corresponde la competencia de instrucción de los procedimientos sancionadores.

Corresponde a la Comisión de Ética Pública resolver los procedimientos sancionadores por hechos que constituyan infracciones administrativas de los altos cargos. Las resoluciones que dicte dicho órgano pondrán fin a la vía administrativa.

En Cataluña es preciso distinguir lo dispuesto en la legislación de incompatibilidades específicamente a estos efectos[920], y lo dispuesto en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que de forma detallada establece en su artículo 86 respecto de la incoación del procedimiento sancionador los siguientes órganos competentes[921]:

[920] El artículo 20 Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, establece que: el Gobierno, a propuesta del consejero del departamento competente en materia de función pública, debe declarar los incumplimientos de la presente ley y debe comunicarlos al Parlamento.
El órgano competente para la incoación del procedimiento sancionador es el consejero del departamento competente en materia de función pública, salvo que el alto cargo afectado sea miembro del Gobierno, en cuyo caso la incoación del procedimiento corresponde al propio Gobierno**.**

[921] Bien es cierto que el artículo 87 la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y respecto de la incoación del procedimiento a instancia *del Síndic de Greuges*, la Sindicatura de Cuentas y el director de la Oficina Antifraude de Cataluña, contempla las siguientes previsiones:
1ª). Si, en el ejercicio de sus funciones, *el Síndic de Greuges*, la Sindicatura de Cuentas o la Oficina Antifraude de Cataluña tienen conocimiento de hechos que pueden constituir una infracción tipificada como muy grave o como grave, pueden instar a los órganos competentes a los que se refiere el artículo 86 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre para incoar el procedimiento sancionador.

a) El Gobierno, en el caso de altos cargos con la condición de miembros del Gobierno, del secretario del Gobierno, del portavoz del Gobierno y de los secretarios generales.

b) El titular del departamento competente en materia de Administración pública, en el caso de otros altos cargos.

c) El alcalde o el presidente de los entes locales o el pleno, en el caso de altos cargos al servicio de la Administración local.

d) Los órganos competentes en materia de función pública, en el caso del personal al servicio de la Administración.

e) El rector, en el caso de las universidades públicas.

f) Los titulares o los órganos rectores colegiados, en el caso de las instituciones y los organismos a los que se refiere el artículo 3.1.b.

En cuanto a la instrucción el artículo 88 atribuye la competencia a los siguientes órganos:

a) El órgano del departamento competente en materia de Administración pública que se determine por reglamento, en caso de que el responsable de la infracción sea un alto cargo.

b) Los órganos que determina la legislación de la función pública, en caso de que el responsable de la infracción sea personal al servicio de la Administración.

c) El órgano que corresponda de acuerdo con la normativa de régimen local, en el caso de infracciones cometidas en el ámbito de la Administración local.

d) Los órganos correspondientes que se determine en el caso de las instituciones y organismos a los que se refiere el artículo 3.1.b y c[922].

En cuanto a la resolución de los procedimientos sancionadores la Ley catalana contempla distintas previsiones. Por una parte, y para resolver los procedimientos sancionadores que afectan a los altos cargos a los que se refiere el artículo 86 Ley 19/2014, de 29 de diciembre, es al Gobierno al que le corresponde. Por otra, y para el caso de los demás altos cargos al servicio de la Generalidad, la resolución del expediente corresponde a un órgano colegiado integrado por el titular del departamento competente en materia de

---

2ª). Si el órgano competente decide no incoar el procedimiento, la resolución debe ser expresa y motivada

[922] El artículo 3.1. b y c de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia de Cataluña establece:

b) A los organismos y entes públicos, las sociedades con participación mayoritaria o vinculadas, las fundaciones del sector público, las entidades de derecho público dependientes o vinculadas con las administraciones a las que se refiere la letra a, las entidades de derecho público que actúan con independencia funcional o con una autonomía especial reconocida por ley que ejercen funciones de regulación o supervisión externa sobre un determinado sector o actividad, las instituciones de la Generalidad a las que se refiere el capítulo V del título II del Estatuto de autonomía, los colegios profesionales y las corporaciones de derecho público en lo que afecta al ejercicio de sus funciones públicas y los consorcios u otras formas asociativas y sus entes vinculados y sociedades mercantiles en que participa de forma mayoritaria alguna de estas administraciones.

c) A las universidades públicas de Cataluña y los entes que dependen de ellas o están vinculados o participados, incluidas las sociedades mercantiles, fundaciones y otros entes instrumentales.

Administración pública, un representante de la Comisión Jurídica Asesora y dos juristas de reconocido prestigio designados por el Parlamento de Cataluña, no vinculados a ninguna Administración ni institución pública, salvo las universidades. Este órgano colegiado es designado al inicio de cada legislatura, ejerce sus funciones durante la misma y hasta nueva designación, y puede solicitar informes a la Comisión Jurídica Asesora. Si el responsable de la infracción es personal al servicio de la Administración, se aplica lo establecido por la legislación de la función pública.

Por su parte, y en el ámbito local, la competencia para resolver el procedimiento sancionador corresponderá al pleno si se trata de altos cargos, y al órgano que corresponda de acuerdo con la legislación aplicable a los entes locales si se trata de personal al servicio de la Administración local. En el caso de las universidades públicas, el órgano competente para resolver el procedimiento sancionador es el rector.

Y, por último, en el supuesto de las instituciones y organismos a los que se refiere el artículo 3.1.b de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, el órgano competente para resolver el procedimiento sancionador es su titular o el órgano rector colegiado.

Extremadura, por su parte, y a propósito de los conflictos de interés e incompatibilidades indica en el artículo 50 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración, que el órgano competente para acordar la incoación y resolver el procedimiento sancionador por las responsabilidades previstas será el Consejo de Gobierno, que podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. El acuerdo de incoación irá acompañado del nombramiento del instructor y, en su caso, del secretario. Mientras que la instrucción de los procedimientos sancionadores va a corresponder al órgano competente al que se encuentre adscrito el Registro de Conflictos de Intereses.

La Comunidad Autónoma de Galicia en el artículo 56 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno, en forma detallada, establece que:

El órgano competente para ordenar la incoación será:

a) El Consejo de la Xunta, para las infracciones de cualquier tipo que afecten a miembros del Gobierno, a propuesta de la persona titular de la consejería competente en materia de administraciones públicas.

b) La persona titular de la consejería competente en materia de hacienda, para las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria que afecten a las restantes personas incluidas en el ámbito de aplicación del título II.

c) La persona titular de la consejería competente en materia de función pública, para las infracciones en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses que afecten a las restantes personas incluidas en el ámbito de aplicación del título II.

d) La persona titular de la consejería competente en materia de administraciones públicas, para las infracciones disciplinarias.

En cuanto al órgano competente para instruir el procedimiento será:

a) El titular de la secretaría general técnica de la consejería competente en materia de hacienda, para las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria.

b) El titular de la secretaría general técnica de la consejería competente en materia de función pública, para las infracciones en materia de incompatibilidades y conflicto de intereses. Si bien se especifica que el órgano competente para instruir los procedimientos de responsabilidad en materia de conflictos de intereses será el órgano directivo al que se encuentre adscrito el Registro de Conflictos de Intereses

c) El titular de la secretaría general técnica de la consejería competente en materia de administraciones públicas, para las infracciones disciplinarias.

Por último, y en cuanto al órgano competente para la imposición de las sanciones se prevé la siguiente atribución de competencias:

a) El Consejo de la Xunta de Galicia en el caso de las sanciones muy graves o cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno.

b) El órgano competente para su incoación en el caso de las sanciones graves y leves.

Insuficiente nos parece el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid donde, a pesar de la existencia de la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos, de estar sujeta esta Comunidad Autónoma a las previsiones de las LTBG, y haber aprobado un Código ético y de conducta mediante Acuerdo de 31 de octubre de 2016 del Consejo de Gobierno, la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid sólo contempla las infracciones y sanciones en materia de transparencia y participación, pero no en la materia de buen gobierno.

Muy singular resulta el caso de la Comunidad de Murcia, donde en ausencia de una norma específica de buen gobierno, la Ley 5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política regula las sanciones a los altos cargos -excepto el Presidente- encomendando a la Comisión del Estatuto del Diputado y de la actividad política que proponga, en el supuesto de incumplimiento de los deberes establecidos en dicha ley (incompatibilidades, abstención, etc.), al Pleno de la Asamblea regional:

1º. Para que inste al Consejo de Gobierno a que cese al alto cargo.

2º. Instar al Consejo de Gobierno para que promueva la revisión del acto o contrato en que hubiere intervenido el alto cargo.

3º. Que inste al Consejo de Gobierno a que ejerza, en nombre de la Comunidad Autónoma, las acciones civiles pertinentes para la indemnización de los daños y perjuicios que con las omisiones, actos o contratos en cuestión se hubieren causado.

4º. Que se pase el tanto de culpa a los Tribunales ordinarios, si hubiere indicios racionales de delito o falta.

En el caso de la Comunidad Foral Navarra, y tras la creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción cuya actuación comprende también a los entes locales[923], se modificó el artículo 19 de la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración, para atribuir la competencia para la incoación del procedimiento sancionador a la dirección de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, y para la instrucción de dicho procedimiento al funcionario designado por la dirección de dicha Oficina [924]. Correspondiendo también la resolución del procedimiento sancionador a la dirección de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción.

En el País Vasco la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos responde a un esquema más tradicional y así su artículo 32 atribuye la incoación del expediente sancionador al consejero del departamento competente en materia de función pública, salvo que el cargo público afectado sea miembro del Gobierno, en cuyo caso la incoación corresponde al propio Gobierno. La instrucción al Servicio de Registro de Personal de la Dirección de Función Pública y la resolución, en el supuesto de que el incumplimiento de la ley hubiere sido realizado por un miembro del Gobierno, corresponde al lehendakari, previa información al Consejo de Gobierno y corresponderá al Consejo de Gobierno la imposición de sanciones por faltas muy graves y graves mientras que la imposición de sanciones por faltas leves corresponde al consejero o consejera del departamento competente en materia de función pública.

El modelo en Valencia es distinto pues, a pesar de contar con una Oficina Antifraude de reconocida trayectoria[925], la Ley 1/2022, de 13 de abril de Transparencia y Buen

[923] En el caso de Navarra encontramos, a estos efectos, que la Ley Foral 8/2018, de 17 de mayo, procedió a la creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra que tiene a su cargo funciones de control e investigación de las obligaciones éticas y de integridad de los altos cargos de Navarra, pero al que además, y tras las correspondientes actuaciones de investigación, se le atribuyen competencias directamente en la tramitación del procedimiento sancionador. Su estrecha dependencia del Parlamento de Navarra quien nombra a su director y su condición de entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia la dotan de una autonomía funcional idónea para el ejercicio de sus funciones.

[924] La redacción de este apartado corresponde a la establecida por Ley Foral 8/2018, de 17 de mayo, de modificación de la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.
La redacción original era la siguiente:
"El órgano competente para la incoación del procedimiento sancionador cuando el alto cargo afectado sea un miembro del Gobierno, será el Gobierno de Navarra, a propuesta del Consejero de Presidencia e Interior. Si el alto cargo afectado fuera el Consejero de Presidencia e Interior, la propuesta se realizará por el consejero siguiente en el orden establecido por el artículo 46 de la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril.
En el caso de los demás altos cargos, la incoación se realizará por el Consejero de Presidencia e Interior, excepto en el caso de que el alto cargo dependa jerárquicamente de dicho consejero, en cuyo caso el órgano competente será el consejero siguiente en el orden establecido por el artículo 46 de la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril.
La instrucción de los expedientes se realizará por la Dirección General de Función Pública.".

[925] La Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana se creó mediante la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, modificada por la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, se encuentra adscrita a las Corts como entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.
No obstante, no se le atribuyen competencias sancionadoras, salvo la relativa al ejercicio de sus funciones de investigación, y solo podrá poner en conocimiento los hechos de forma motivada a los órganos

Gobierno de la Comunitat Valenciana. se limita a concretar las competencias sancionadoras previstas en materia de buen gobierno en el título II de la LTBG atribuyendo a los órganos del gobierno y de la administración activa y, en este sentido, la incoación de los expedientes sancionadores se residencia:

a) En cuanto al órgano competente para ordenar la incoación de los expedientes sancionadores:

- Cuando el alto cargo sea miembro del Consell o titular de una secretaría autonómica, el Consell a propuesta de la consellería que tenga atribuida la competencia en materia de transparencia.
- Cuando sean personas diferentes de las anteriores, el titular de la consellería que tenga atribuida la competencia en materia de transparencia.

b) La instrucción de los procedimientos corresponderá al órgano directivo que se determine reglamentariamente.

c) La competencia para la imposición de sanciones corresponde:

- Al Consell cuando el alto cargo tenga la condición de miembro de este o sea titular de una secretaría autonómica, a propuesta de la persona titular de la consellería que tenga atribuida la competencia en materia de transparencia.

- Al titular de la consellería competente que tenga atribuida la competencia en materia de transparencia cuando sea una persona distinta de las anteriores.

En el resto de sujetos obligados comprendidos en el ámbito de aplicación de esa ley, los órganos correspondientes a los que se atribuye esta competencia de acuerdo con la normativa de aplicación.

No obstante, y más específicamente, en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses, la Ley valenciana 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos establece previsiones específicas en estas materias y así su artículo 17 contempla las siguientes previsiones:

- El órgano competente para ordenar la incoación cuando el cargo público tenga la condición de miembro del Consell será el Consell.

- En el resto de casos la incoación del expediente corresponderá a la persona titular de la consellería competente en materia de transparencia, siempre que el cargo público no dependa de ella. En caso de depender de esta última consellería, la incoación corresponderá al titular de la consellería competente en materia de Administración pública y, en el caso de que las competencias en materia de transparencia y de Administración pública recaiga en la misma consellería, el titular de la Presidencia de la Generalitat atribuirá la competencia a un miembro del Consell.

- La instrucción de los correspondientes expedientes la llevará a cabo la Oficina de Control de Conflictos de Intereses.

competentes para la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador (artículo 16 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre).

- La imposición de sanciones corresponderá al Consell cuando se trate de sanciones por infracciones muy graves y graves y, en todo caso, cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Consell.

- La imposición del resto de sanciones corresponde al titular de la consellería competente en materia de transparencia, siempre que el cargo público no dependa de ella. Cuando la persona con alto cargo dependa de la Conselleria con competencias en transparencia corresponderá al titular de la consellería competente en materia de administración pública y, en el caso de que las competencias en materia de transparencia y de administración pública recaiga en la misma consellería, el titular de la Presidencia de la Generalitat atribuirá la competencia a un o una miembro del Consell.

En definitiva, y a diferencia de otros sectores de actividad de las Administraciones públicas, donde podemos encontrar un cierto mimetismo en las soluciones que se ofrecen por la normativa en materia organizativa, en el caso de los procedimientos sancionadores para los altos cargos nos encontramos con una variedad y diversidad de soluciones organizativas de las que podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que atendiendo a lo que dijimos al principio de este epígrafe, las soluciones pueden ser diversas con competencias atribuidas al Gobierno o a la Administración activa y cuya validez a mi juicio es notoriamente insuficiente, o a órganos específicamente creados a estos efectos cómo las Agencias Antifraude u otros de similar factura con independencia funcional siempre que esta sea efectiva o, simplemente como acontece en la Comunidad de Madrid, no haber procedido en esta materia ni antes ni ahora a regular un aparato sancionador en este concreto aspecto;

En segundo lugar, que creadas instancias específicas como las Agencias Antifraude su competencia sancionadora no se extiende en todos los casos a la sanción -si a la prevención- de las conductas derivadas de la LTBG y legislación de desarrollo, sino que en unos casos se limitan a la investigación e inspección atribuyéndose las competencias sancionadoras en el Gobierno y la Administración activa (no en otros supuestos en que en materia de incompatibilidades y conflictos de interés si se le atribuyen competencias sancionadoras específicas);

Por último, y en tercer lugar, es preciso poner de manifiesto como ya se indicaba en el capítulo que dedicamos a la organización administrativa responsable de la prevención y represión de las conducta irregulares en el sector público que ello dibuja un escenario de control bastante complejo que dificulta notoriamente el propio ejercicio de dicha competencia.

En cualquier caso, lo que sí parece que resulta claro, al menos desde mi punto de vista, es que un escenario de integridad exige una arquitectura institucional-organizativa adecuada si queremos que, en forma efectiva, las responsabilidades por la comisión de infracciones administrativas sean verdaderamente efectivas. Y dicha cuestión, y a la vista de la experiencia acumulada, pasa necesariamente por garantizar una verdadera independencia funcional y unos mecanismos efectivos que hagan real las previsiones normativas en estos aspectos[926].

[926] Como ha puesto de manifiesto JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2022): "La arquitectura institucional de la integridad en España", *Blog AVAF* (Disponible en: https://www.antifraucv.es/la-arquitectura-institucional-

3.1.3 Las Entidades Locales.

En el caso de las entidades locales la atribución de la competencia sigue idéntica lógica que en el caso de las Comunidades Autónomas. De esta forma, y en lo que se refiere a la iniciación y a la instrucción del correspondiente expediente sancionador, el artículo 31.2 apartado c) y 31.3 de la LTBG se remite a los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento. En el supuesto de la imposición de sanciones de nuevo se realiza una operación similar a la realizada en el caso autonómico dado que se remite de forma supletoria, en aparente errata, al "*Pleno de la Junta de Gobierno Local"*. Y es que, dado que el Pleno de la entidad local y la Junta de Gobierno Local son dos órganos diferenciados, se plantea la duda de si se trata de dos órganos, el Pleno o la Junta de Gobierno Local, o de uno tan solo. Pero es que, además, la Junta de Gobierno Local es un órgano que puede no existir en los municipios de menos de cinco mil habitantes, lo que pone de relieve la defectuosa técnica normativa empleada.

Dicha genérica remisión, salvo aquellos supuestos en que las normas autonómicas han realizado alguna previsión al respecto[927], es una remisión a un procedimiento disciplinario inexistente en el caso de las entidades locales. De esta forma, en el caso de la Administración Local, cuando los posibles responsables sean altos cargos o asimilados a su servicio, la orden de incoación del procedimiento se dará por los órganos que tengan atribuidas estas funciones de acuerdo al régimen disciplinario propio de las Entidades Locales. Claro está que simplemente su lectura provoca numerosas inquietudes: ¿A qué régimen disciplinario se refiere la norma y dónde está establecido? ¿se refiere al establecido para el personal al servicio de la entidad local, al procedimiento sancionador general o a la instrucción de un procedimiento no formalizado?

Respecto de este punto hay, entre los autores que se han acercado al tema, distintas opiniones[928]. De esta forma, OSCA FUERTES ha mantenido que, no existiendo previsión

---

de-las-politicas-de-integridad-en-espana/), "En verdad, para que haya independencia funcional de un órgano se tienen que dar, al menos, las siguientes premisas: a) Que el nombramiento no se produzca por libre nombramiento o designación ni pueda comportar libre cese (durante el período de su mandato o ejercicio no pueda ser cesado más que por causas tasadas); b) Que en el proceso de designación se valoren objetivamente los méritos y competencias de los diferentes candidatos; y c) Que el órgano no esté dentro de la estructura jerárquica (goce, al menos, de un estatus efectivo de autonomía funcional) de los departamentos ministeriales ni esté sometido a directrices o subordinado a otros órganos".

[927] Lo hace, por ejemplo, la Ley de Cataluña cuyo artículo 86 c) atribuye al alcalde o el presidente de los entes locales o el pleno, en el caso de altos cargos al servicio de la Administración local sin especificar, en concreto, a quien y en qué supuestos. Si es más clara, dentro de lo que cabe, al atribuir la competencia para la imposición de sanciones en el artículo 88.4 al establecer que la competencia para resolver el procedimiento sancionador en el ámbito local corresponde al pleno si se trata de altos cargos, y al órgano que corresponda de acuerdo con la legislación aplicable a los entes locales si se trata de personal al servicio de la Administración local.

[928] Entre los autores que se han acercado al tema hay opiniones variadas sobre este punto. Puede verse a este respecto ARIAS MARTÍN, J.L. (2014): "Reflexiones sobre el buen gobierno en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su aplicación en el ámbito local", *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8, Sección A Fondo, del 1 Jul. al 31 Ago. 2014, tomo 2, Editorial La Ley; CORCHERO, M. Y SÁNCHEZ PÉREZ, L. (2015): "Régimen sancionador en materia de transparencia y buen gobierno local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Jun. al 14 Jul. 2015; o, por último, OSCA FUERTES, B. (2014): "Aproximación al régimen disciplinario aplicable a alcaldes y concejales regulado en la Ley 19/2013, de 9

alguna al respecto, habría que entender que la competencia en el nivel local se distribuye de la siguiente manera:

- El responsable por incumplimiento de las infracciones tipificadas en el ámbito de las obligaciones de buen gobierno, arts. 27 a 29 de la Ley de Transparencia, puede ser el alcalde o concejal miembro de la Junta de Gobierno, en quién se haya delegado esta atribución.

- El órgano competente para iniciar el procedimiento podría ser el alcalde pero careciendo de procedimiento disciplinario propio (el art. 31.2 letra c LTBG solo se refiere al personal empleado público que sea alto cargo, «... a las personas al servicio de la Administración ... local» dice el precepto), este procedimiento resulta indeterminado por la Ley, teniendo en cuenta que de acuerdo con el art. 38.2 letra e) LTBG el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno tiene como una de sus funciones la de instar el inicio del procedimiento sancionador, en cuyo caso el órgano competente solo podrá no incoar el procedimiento mediante decisión motivada.

- El órgano competente para instruir también está indeterminado por inexistencia de procedimiento aplicable.

- El órgano competente para resolver es el «Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local» de que se trate, redacción cuya literalidad plantea la consiguiente duda de si el competente va a ser el Pleno o la Junta de Gobierno Local.

Distinta opinión mantiene CORCHERO y SÁNCHEZ PÉREZ que buscando una posible interpretación a la norma dada la enrevesada dicción de la misma, y dado también que la remisión se realiza a la normativa local en cuanto a la determinación del órgano competente para la incoación, instrucción y sanción por aplicación de la LBRL, debiera repararse que, en el ámbito local, es preciso atender en lo que se refiere a la organización y competencia a la clase de municipio y en este sentido, y en lo que se refiere a la iniciación e instrucción la competencia habría de radicarse en:

1º En los municipios de régimen común sería competente el alcalde en relación a los cargos electos (art. 78.4 LBRL) y respecto a los titulares de órganos directivos y superiores no electos (art. 21.1.h LBRL).

2º En los municipios de gran población la competencia reside en el alcalde en cuanto a los cargos electos (art. 78.4 LBRL) y en la Junta de Gobierno respecto a los titulares de órganos directivos y superiores no electos (art. 127.1.h LBRL).

En lo referido a la imposición de sanciones a juicio de este autor, será ese mismo órgano o, en su caso, y por remisión de la LTBG el Pleno o la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate.

En cualquier caso, y como puede apreciarse tras lo expuesto, el simple silencio de la norma hubiese sido, sin duda, más recomendable que estas remisiones "supletorias" con erratas que solo abonan las dudas y la indeterminación respecto de esta materia. Pero es

de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 Feb. 2014.

que, además, y respecto de la instrucción del procedimiento que, como puede imaginarse, resulta un elemento clave para la exigencia de responsabilidad dado que en el ámbito local no existe un órgano de similar naturaleza a la Oficina de Conflicto de Intereses por lo que, en principio y salvo disposición expresa en el Reglamento Orgánico Municipal (en adelante ROM), habrá de recaer en órganos sin la independencia funcional reconocida en el ámbito estatal y ello plantea serios interrogantes, entre otros, ¿Se va a exigir esa exigencia disciplinaria por el mismo órgano que ha nombrado al alto cargo cuando por la estructura de gasto y de toma de decisiones en el ámbito local el propio órgano que incoa puede resultar implicado?

Todo ello podría haber sido objeto de enmienda si, como hubiera sido de desear, las entidades locales hubieran incorporado en sus correspondientes Reglamentos Orgánicos previsiones al respecto lo que, lamentablemente y en lo que he podido comprobar, no se ha realizado, al menos de forma generalizada. Coincido, en este concreto punto, con CASTILLO BLANCO, que estima que hay una expresa llamada, a su juicio muy necesaria, a fin de resolver los problemas que plantea la deficiente regulación, al ROM para abordar el procedimiento disciplinario de los cargos públicos. Y es que, como razona dicho autor, "la Disposición Final Novena de dicha norma determina que los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley[929]. De esta forma, y toda vez que nos encontraríamos frente al cumplimiento de una obligación en lo que se refiere a la tramitación de estos procedimientos y su resolución ante conductas infractoras acreditadas, y no existiendo específico procedimiento previsto en la normativa estatal -salvo las puntuales referencias al procedimiento sancionador de heterotutela-, autonómica o local, pudiera tratarse de una de aquellas obligaciones para las que resulta posible adaptarse en el plazo de dos años mediante la pertinente modificación del ROM"[930].

Y es que creo con el citado autor que, si bien pareciera procedente rechazar una solución que situase la exigencia de responsabilidad en otras Administraciones distintas a aquella en la que se prestan los servicios como hacía el texto del Anteproyecto de Ley, hubiese sido deseable la adopción de alguna decisión al respecto. Una alternativa que podría haberse ensayado en mi opinión, similar al ámbito estatal con la atribución de la competencia a un órgano con independencia funcional, podría haber consistido en la

[929] En la legislación catalana (Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), la disposición adicional cuarta, titulada "Adaptaciones organizativas y de funcionamiento", contempla que las Administraciones (en las que se incluyen las entidades locales), instituciones, entidades y organismos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley deben promover y realizar las adaptaciones organizativas, procedimentales y de régimen interno que sean necesarias para ajustar su actividad y cumplir lo establecido por la presente ley antes de que dicha norma entre en vigor.

[930] CASTILLO BLANCO, F.A. (2018): "El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad", en el vol. col. *Empleo Público, Derecho a una Buena Administración e Integridad* (coordinado por PONCE SOLÉ, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 287. Si bien, ciertamente, es preciso poner de manifiesto que ese recurso pudiera plantear alguna dificultad dado que el artículo 1.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar. Lo que plantea, como pueda imaginarse, algunas dudas sobre las posibilidades del ROM en esta materia a salvo de lo que se establezca en la legislación autonómica.

modificación de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y, en concreto el artículo 20 de la misma y el capítulo II del Título X que regulan los órganos necesarios en las entidades locales, estableciendo la necesaria existencia de un órgano, con independencia funcional, que llevara a cabo esas concretas funciones a regular y desarrollar en el correspondiente Reglamento Organizativo Municipal.

3.2 El procedimiento de exigencia de responsabilidad: especial referencia a la iniciación del procedimiento sancionador.

Es posible que el título del presente epígrafe pudiera causar un tanto de perplejidad al referirse muy específicamente a la iniciación del procedimiento sancionador y no al resto de fases que, como conocemos, estructuran los procedimientos sancionadores o disciplinarios. Sin embargo, no debiera de resultar tan extraño si atendemos a dos tipos de razones. La primera que, como se ha puesto de manifiesto en distintos momentos a lo largo de este estudio, la problemática que se ha puesto de relieve se centra, no tanto en la complejidad o las dificultades que plantea el procedimiento de exigencia de responsabilidad a los cargos públicos, sino, más bien, a la falta de iniciación de éstos, a la inacción reiteradamente puesta de manifiesto por los organismos de control, a la desidia en la incoación de estos expedientes administrativos de exigencia de responsabilidad; la segunda razón, los procedimientos sancionadores, ya sean de heterotutela o de autotutela, están suficientemente estudiados en sus distintas fases y remitiéndose las normas que regulan la responsabilidad de los altos cargos a éstos sin establecer singularidad alguna reseñable a salvo de las que aquí se analizarán, por lo que su estudio sería ajeno a los objetivos y finalidades del presente trabajo ceñido, como nos es conocido, a la responsabilidad de los altos cargos.

Y dentro de la fase de inicio haremos un especial hincapié en aquellas instituciones que, como la denuncia de la ciudadanía, las recomendaciones que a estos efectos efectúen las Agencias Antifraude y las actuaciones previas condicionan el efectivo ejercicio de la potestad sancionadora en materia de buen gobierno y que, en el caso de las dos primeras, suponen en realidad un régimen específico en esta materia, y casi un rediseño de estas instituciones, tanto en el supuesto de la denuncia como para la petición razonada de otros órganos de la que nos habla tanto la legislación procedimental común como la normativa de buen gobierno.

3.2.1 ¿Cuál es la naturaleza del procedimiento: sancionador o disciplinario?

Como ya se ha puesto de manifiesto, en la legislación estatal hay una remisión al procedimiento sancionador de heterotutela que hoy viene regulado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Dicha remisión la realiza de forma más clara la LACAGE[931] que la LTBG, que solo se refiere a que la responsabilidad se exigirá en procedimiento administrativo tramitado al efecto sin especificar ni remitir a procedimiento alguno. En cualquier caso, así parece que hay que deducirlo por las continuas remisiones que a este procedimiento se realizan (artículo 30.5 o artículo 32.3 LTBG). Resulta lógico, en este sentido, dado el carácter básico de la LTBG y el respeto que la misma debe a la competencia de las CCAA en este concreto aspecto.

[931] El artículo 27.4 de la LACAGE establece que el procedimiento se ajustará a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y su normativa de desarrollo en relación con el procedimiento administrativo sancionador

Lo cierto es que dicha remisión también se ha establecido prácticamente de forma general en la mayoría de la normativa autonómica que se ha dictado. De esta forma, la Ley 19/2014, de transparencia de Cataluña, realiza dicha remisión de forma expresa en su artículo 85.1, que señala que el procedimiento sancionador de aplicación es el establecido por la legislación de régimen jurídico y procedimiento aplicable a las Administraciones públicas y a lo sumo contemplando una específica previsión sobre las actuaciones previas a desarrollar[932]. En muy pocos casos se establece claramente la remisión a una normativa propia como en el caso del artículo 31.2 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos de País Vasco que establece que el procedimiento se sustanciará en expediente contradictorio conforme se determine reglamentariamente, de acuerdo a los principios reflejados en la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y a los principios de la presente ley[933]. En otros supuestos simplemente no se aclara nada al respecto o[934], en forma alternativa, se establece un procedimiento muy sencillo que solo prevé la audiencia del afectado sin ninguna otra consideración ni remisión a procedimiento alguno (artículo 72 y 73 de la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de La Rioja o los artículos 22 y 23 de la Ley 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias). Bien es cierto que, en algunos supuestos, y para determinados tipos de infracciones la legislación se remite al procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos. Así resulta en el caso de la Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares cuyo artículo 19 establece expresamente que el

[932] El artículo 60.2 de la Ley 5/2017 de Aragón establece que en todo aquello no determinado por el presente capítulo son de aplicación los principios y reglas generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora y el procedimiento sancionador establecidos por la legislación básica y por la legislación autonómica y añade en el artículo 64 que el procedimiento se sustanciará en expediente contradictorio y sumario conforme se determine reglamentariamente y en lo que no se regule de manera específica, se aplicará supletoriamente la normativa autonómica que regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma de Aragón. En el caso de Castilla-La Mancha el artículo 55.2 de la Ley 4/2016 contempla que la imposición de las sanciones establecidas en el presente título, seguirá las reglas establecidas para los procedimientos sancionadores en la legislación estatal básica de procedimiento administrativo común, sin perjuicio, si procediese conforme a la legislación específica, de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas u organismo autonómico competente. El artículo 52.2 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia establece que la potestad sancionadora respecto a las infracciones tipificadas en esta ley se ejercerá de conformidad con lo dispuesto en este título y en la normativa en materia de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo sancionador.

O, por poner un último ejemplo, el artículo 18 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos se remite al reglamento de procedimiento sancionador de 1993.

[933] También el artículo 51 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura prevé que el procedimiento sancionador se regirá por las disposiciones generales vigentes en esta materia y de aplicación en la Comunidad Autónoma de Extremadura o el artículo 25 de la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León que establece que el procedimiento será abreviado y contradictorio y se ajustará a lo previsto en la normativa reguladora de la potestad sancionadora de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Si bien no nos consta que tengan normativa propia en esta materia.

[934] Así se deriva del artículo 21 de la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja.

procedimiento sancionador se regirá por lo que dispone el Decreto 45/1995, de 4 de mayo, mediante el cual se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, con las especificidades que se deriven del contenido de esta Ley.

En aquellos casos en que dichas normas son de aplicación a los empleados públicos, además de a los altos cargos, hay también una remisión al régimen disciplinario de éstos Y así el artículo 52.2 de la Ley 4/ 2016 de Castilla-La Mancha se refiere a que la responsabilidad de los empleados públicos por su participación culpable en cualquiera de las infracciones previstas en la presente ley se tipificará y sancionará por la legislación del régimen disciplinario que les resulte aplicable, conforme a la naturaleza de su respectiva relación de servicios[935]. También existe esa misma remisión en el caso de Cataluña (artículo 82 Ley 19/2014).

Una situación singular acontece en la Comunidad Valenciana donde el artículo 17 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos establece que para la tramitación del expediente sancionador se aplicará el régimen sancionador de los empleados públicos. Sin embargo, y con carácter general, para las materias atinentes al Buen Gobierno el artículo 36 de la Ley 2/2015, de 2 de abril de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana establecía un doble régimen según que el responsable de la infracción fuese o no un cargo público remitiéndose a la normativa disciplinaria en el caso de que se tratase de personal al servicio de la Administración y no cargo público[936]. Situación que se mantiene en la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana, que procede a la derogación de la anterior si bien mantiene idéntica opción aclarando la normativa a establecer en casos específicos[937].

Si descendemos al nivel territorial local, y como quiera que este procedimiento sancionador disciplinario no existe en este concreto ámbito, a salvo del personal al servicio de la entidad local cuyo régimen disciplinario si está claramente definido, quiere decirse que para el resto de los que se incluyen en la LTBG, concretamente altos cargos y asimilados, no existe en el nivel local procedimiento alguno y la realidad es que, como

[935] Similar previsión se contempla en el artículo 23 Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria, en el que se establece que el procedimiento se sustanciará conforme la legislación básica estatal reguladora del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, salvo en el caso de infracción tipificada en el artículo 20.1.f) cometida por funcionarios de la Administración General de la Comunidad Autónoma, a los que será de aplicación el régimen disciplinario correspondiente.

[936] Un análisis sobre las previsiones contenidas en esta norma puede verse en BLASCO DÍAZ, J.L. (2019): Comentarios a los artículos 36 a 38 en el volumen colectivo *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Editorial Reus, pp. 276 y ss.

[937] De esta forma, el artículo 66 de la Ley 1/2022, de 13 de abril aclara que:

"Al incumplimiento de las obligaciones relativas a la gestión y aplicación de los recursos públicos se aplicará la normativa reguladora de la responsabilidad contable y, si procede, la legislación específica reguladora de esta materia, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier tipo que puedan derivarse de las actuaciones practicadas en el ámbito de esta responsabilidad.

El régimen sancionador por el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades o declaraciones que deben realizar los altos cargos y asimilados de la administración de la Generalitat y su sector público instrumental es el que establece la normativa aplicable en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses de los altos cargos".

páginas atrás ya se puso de manifiesto, nada se ha realizado a fin de subsanar ese vacío normativa en la mayoría de los municipios por lo que la mayoría de las entidades locales no disponen de un específico procedimiento, ni siquiera una específica remisión al procedimiento sancionatorio general, para dar respuesta a las previsiones legales[938].

El balance final, a la vista de lo expuesto, arroja un panorama un tanto desolador por el descuido y desidia de los legisladores en este punto. Ciertamente, la norma estatal empodera a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales en este punto, pero como acabamos de comprobar, más allá de que las soluciones sean dispares, lo que resulta perfectamente legítimo, lo cierto es que el legislador autonómico y local no ha concedido importancia alguna al procedimiento para la exigencia de responsabilidad. Como si ocuparse de este punto fuese una cuestión baladí[939].

En cualquier caso, es preciso poner de manifiesto que la remisión a las normas que rigen el procedimiento administrativo sancionador de carácter general no hace perder, al menos desde mi punto de vista y de lo que se ha mantenido en este trabajo, el carácter disciplinario de este procedimiento, con las consecuencias anudadas a dicha consideración y de las que hemos dado cuenta en este capítulo. Se trata, y ello con independencia de los trámites procedimentales del concreto expediente que se analice, de un procedimiento de exigencia de responsabilidad disciplinaria.

3.2.2 La denuncia de los ciudadanos y la legislación de protección del denunciante.

Según las previsiones legales sobre buen gobierno contenidas en la LTBG el procedimiento sancionador se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos, o por denuncia de los ciudadanos. Así de escueta y también de limitada es la posición que adopta la norma respecto de la participación de la ciudadanía en los procedimientos derivados de la exigencia de responsabilidad por infracciones al buen gobierno y a la buena administración. Por su parte, en la LACAGE, promulgada en 2015, tampoco se encuentra una respuesta suficiente a los problemas planteados para la participación de la ciudadanía en la exigencia de esta responsabilidad dado que la misma, como ya sabemos, se remite a la legislación general de procedimiento administrativo con las carencias que ésta, a este respecto, presenta[940].

Recordemos, en este punto, que la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, partiendo de los paradigmas clásicos respecto de la posición del denunciante, contempla en el art. 62.1 una definición de denuncia como "el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo". Y es que,

[938] La propia Ordenanza Tipo de la FEMP aborda exclusivamente las cuestiones ligadas a la transparencia omitiendo cualquier referencia a este espinoso asunto. Y no hemos podido conocer, en la investigación realizada, ninguna ordenanza que contenga procedimiento alguno.

[939] Baste remitirnos en este punto a los trabajos contenidos en el volumen colectivo E*studios sobre el Procedimiento Administrativo. Instituciones III* dirigido por PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M. (2020), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 13 que recogen la famosa frase de Adolf Merkl de que "en el fondo, toda Administración es procedimiento administrativo" para subrayar la relevancia que tiene el procedimiento para que la Administración pueda servir objetivamente al interés general.

[940] Sobre todo, si se repara en que como señala ACFE (Association of Certified Fraud Examiners) alrededor del 40 por ciento de todos los casos de fraude detectados son descubiertos por alertadores.

en el ámbito administrativo, como manifiesta CERRILLO I MARTÍNEZ, "la denuncia no es más que la mera comunicación a la Administración Pública de unos hechos presuntamente ilícitos sin que sea necesaria su calificación jurídica, tarea que corresponde a la Administración Pública…"[941]. Bien es cierto, sin embargo, que el artículo 62.3 LPAC incorpora un nuevo estatuto para el denunciante que invoque "un perjuicio" al patrimonio de las Administraciones públicas pero cuyas consecuencias se limitan a que el denunciante tiene derecho a que se le notifique la iniciación del procedimiento de forma motivada o la negativa a tal resolución ya que el artículo 62.5 reitera el criterio general ya tradicional en nuestro ordenamiento jurídico de que "La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento"[942].

Prácticamente igual de desalentador, respecto de la posición de la ciudadanía en la exigencia de responsabilidad, se presenta el panorama cuando nos acercamos a la normativa dictada por las Comunidades Autónomas[943]. Y es que en esta materia el escenario viene presidido, con carácter general, mediante una remisión a la legislación de procedimiento administrativo en este concreto aspecto como con anterioridad se puso de manifiesto, o en otros supuestos la normativa no aporta novedad alguna como sucede en Castilla-La Mancha[944], o bien reduce a una posición subjetiva de mayor relevancia a un cierto grupo de ciudadanos -funcionarios públicos- como acontece en Aragón[945], o en fin contiene previsiones muy limitadas como acontece en Navarra[946].

Es decir, a los ciudadanos, y a pesar de la posición mantenida por un sector doctrinal que ha reivindicado unas posibilidades de acción más amplias articuladas mediante el

[941] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35.

[942] La jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, circunscribe la legitimación del denunciante a la hora de impugnar acuerdos de archivo a reclamar la realización de la investigación necesaria sobre los hechos denunciados en el caso de que sea precisa, así como impugnar decisiones incoherentes o carentes de la necesaria motivación, pero sigue negándola para pretender la incoación de expediente disciplinario o la imposición de sanciones. La razón no es otra sino porque ni de la una ni de la otra resulta un enriquecimiento del patrimonio jurídico de dicho denunciante ni evita un perjuicio que de otro modo sufriría (Véanse las STS de 28 de enero de 2019, rec. 4580/2017, Sección Tercera; de 4 de octubre de 2010, rec. 245/2009, Sección Séptima; de 8 de febrero de 2021, rec. 359/2019, Sección Octava; o más recientemente de la Sección Sexta la STS de 3 de abril de 2021, rec. 6/2020).

[943] Cabe reseñar en este punto el trabajo de GARRIDO JUNCAL, A. (2019): "La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 13.

[944] La Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, en su artículo 55.1, no aporta novedad alguna limitándose a señalar que: "El Procedimiento sancionador se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o por denuncia".

[945] La Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón si bien establece un estatuto del denunciante restringe el mismo a los empleados públicos (artículo 45).

[946] La Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su artículo 52, en relación a los grupos de interés prevé que: "Cualquier persona está legitimada para presentar una denuncia fundamentada en hechos materiales, si sospecha que las personas o las organizaciones comprendidas en este título incumplen las obligaciones establecidas por la ley o por el código de conducta" y añade en su apartado 3º que: El procedimiento de tramitación de las denuncias y de investigación debe ser realizado por los responsables del registro y debe garantizar la audiencia del afectado. A diferencia de esta previsión, y en relación a las obligaciones derivadas del principio de transparencia y los derechos anejos a éstos, el artículo 60 de dicha Ley Foral si establece una previsión de mayor especificidad y así, en su apartado 3, prevé que: "Cualquier ciudadano o ciudadana podrá presentar denuncia sobre el incumplimiento de esta ley foral, teniendo derecho a recibir una respuesta motivada en el plazo de un mes desde la presentación de la misma. La denuncia y la respuesta se publicarán en la página web o portal correspondiente previa disociación de los datos personales".

reconocimiento de una acción pública en esta materia[947], se le asigna una posición limitada que se reduce a la posibilidad de presentar denuncias con las graves carencias que la posición del denunciante tiene en nuestro ordenamiento. Curiosamente ni siquiera se hace mención alguna a las exigencias que establece la legislación de procedimiento administrativo común respecto del denunciante.

En cualquier caso, sí es preciso subrayar que en algunas normas de las citadas se contemplan órganos específicos *ad hoc* a fin de prevenir conductas irregulares y velar por el cumplimiento de la normativa vigente lo que, en gran medida, puede aliviar las carencias que en esta materia hemos encontrado en la legislación general en el aspecto que se analiza como ahora después se expondrá[948]. Bien es cierto, y conviene advertirlo, que se realiza en forma mediata ya que, aun cuando a la ciudadanía se le reconocen ciertos derechos en esas normas a la hora de denunciar eventuales hechos irregulares, lo cierto es que esa denuncia y sus efectos lo son, no para iniciar un procedimiento sancionador en condición de interesado, sino para que se inicie un procedimiento de investigación sobre la veracidad de los hechos denunciados y, caso de que éstos se comprueben, proceder a ponerlo en conocimiento de los órganos competentes para la incoación del correspondiente procedimiento sancionador que valorarán si de la investigación realizada por estos órganos existen suficientes indicios que aconsejen la incoación del procedimiento.

---

[947] En efecto, un grupo de autores, y con referencia a la iniciación del procedimiento, ha defendido la conveniencia de haber dado un mayor protagonismo a la ciudadanía en la defensa del correcto funcionamiento de la Administración pública reconociendo una posición activa más allá de la de mero denunciante. En este sentido, puede verse PONCE SOLÉ, J. (2013): "La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local", en *Anuario de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, pp. 136 y ss. Quien propone la articulación de una acción pública en demanda de una buena administración dentro de los remedios para evitar la corrupción. En idéntico sentido, pero proponiendo el reconocimiento de un derecho al patrimonio público que otorgaría legitimación puede consultarse CASTILLO BLANCO, F.A. (2015): "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, pp. 123-162. Cabe destacar aquí, asimismo, a TAVARES DA SILVA, S. (2020): "Protección de intereses financieros públicos y protección de la confianza legítima de los beneficiarios de subvenciones", en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, p.619, quien se pregunta si el denunciante de un acto de corrupción tiene un derecho individual a que su queja sea analizada y tramitada por un expediente de investigación en el que él pueda participar y en el que al final, cuando se produzca una decisión, él pueda recurrir del mérito de esa decisión y, sigue diciendo esta autora, que nos referimos exclusivamente a un derecho individual (de representación del intereses general – un 'derecho procuratorio') para la defensa de la integridad financiera pública negando, a diferencia del anterior autor, que puedan reconocerse derechos individuales para la defensa de un bien o valor público al que ni siquiera reconocemos como colectivo o como integrado por un sustrato personal, ya que explica: "no identificamos un grupo como su titular, y tampoco nos parece correcto afirmar que este puede ser un interés de los contribuyentes o de los ciudadanos de un Estado para defender recursos financieros de los que ellos sean al final titulares. Estamos ante un valor de matiz ético social, pero de naturaleza pragmática y no humanista, lo que anula cualquier posibilidad de construcción de un derecho subjetivo".
También FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2014), *Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno,* Thomson-Reuter Aranzadi, Pamplona, p. 384, aún sin las pretensiones de los anteriores autores, estiman que debería ser obligatorio informarles, al menos, si se procedió a incoar el procedimiento

[948] Que siguen la estela de otros órganos creados establecidos en el ámbito europeo como la oficina antifraude europea (OLAF) creada por decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999 o como la Autorità Nazionale Anticorruzione en Italia (ANAC), creada por La ley italiana 190/2012 y de la que ya hemos dado cuenta en anteriores capítulos.

Es el caso de la Oficina de Buen Gobierno y lucha contra la corrupción en Asturias (artículo 62 de la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.)[949]; también de la Oficina Antifraude de Cataluña a la que se atribuye capacidad para instar el procedimiento sancionador que, en caso de denegarse, habrá de ser expresa y motivadamente realizado por el órgano competente aunque tampoco, como en el caso anterior, se le reconoce la condición de interesado (artículo 16.3)[950]; asimismo, es de destacar la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana como entidad adscrita a las Corts y con personalidad jurídica propia e independencia funcional y que establece una serie de medidas de protección del denunciante[951]; la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, que depende orgánicamente del Parlamento de las Illes Balears y ejerce sus funciones con plena independencia, sometida únicamente al ordenamiento jurídico[952]; la Agencia de Integridad y Ética Públicas, ente público que dependerá directamente de las Cortes de Aragón, pero que reduce exclusivamente a los empleados públicos la condición de denunciante (artículo 45.1)[953] o, por citar un último ejemplo, la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de Navarra[954].

[949] Prevé dicho artículo que "Recibida la denuncia, la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción dará traslado al órgano competente para incoar el correspondiente procedimiento si apreciara indicios suficientes, a cuyo efecto podrá practicar actuaciones previas, orientadas a determinar con la mayor precisión posible los hechos, la identificación de las personas y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. En caso contrario, acordará motivadamente el archivo y se le comunicará al denunciante". Si bien no se le reconoce la condición de interesado de acuerdo con el artículo 60 de dicha norma.

[950] En efecto, el artículo 16.3 de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre de Cataluña establece que cualquier persona puede dirigirse a la Oficina Antifraude para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos. En este caso, se debe acusar recibo del escrito o comunicación recibidos. La persona informante puede solicitar que se guarde la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la Oficina Antifraude está obligado a mantenerla, excepto en el caso de recibir un requerimiento judicial.

[951] Establecida por Llei 11/2016 de la Generalitat Valenciana y modificada per la Llei 27/2018, de 27 de desembre, de mesures fiscals, gestió administrativa i financera i d'organització de la Generalitat contempla en su artículo 11.2 que cualquier persona puede dirigirse a la agencia para comunicar conductas que puedan ser susceptibles de ser investigadas o inspeccionadas por esta. En este caso, se acusará recepción del escrito recibido.

La persona informadora puede solicitar que se garantice la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la agencia está obligado a mantenerla, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial.

[952] Regulada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears prevé en su artículo 14.3 que la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción garantizará que cualquier persona pueda dirigirse a ella para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o la gestión de los fondos públicos. En este caso, se acusará recepción del escrito o de la comunicación recibidos. El personal de la Oficina deberá informar de sus derechos y obligaciones como denunciante a la persona informante, la cual podrá solicitar la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la Oficina estará obligado a mantenerla, excepto en el caso de que reciba un requerimiento judicial. Y añade en su apartado 6 que, una vez realizadas las diligencias de investigación necesarias, si se desprende que la denuncia no tiene ningún fundamento, el director o la directora podrá, de forma razonada, acordar el archivo y la finalización del expediente, notificando al denunciante esta resolución e informándolo de los recursos que legalmente correspondan.

[953] Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública.

[954] Creada por la Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción contempla en sus artículos 14 y ss. la posición del denunciante que, sin ser considerado interesado aun utilizando esa denominación, solo se le reconoce el derecho a que se le informe del archivo del expediente para que pueda hacer valer sus derechos estableciéndose un plazo de dos meses para la adopción de la oportuna decisión junto, eso sí, establecer determinadas previsiones de protección cuando sean necesarias.

Más recientemente, en el caso de Andalucía, la Oficina Andaluza contra el fraude y la corrupción que ha sido recientemente creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante contempla interesantes avances en esta cuestión reconociendo dos derechos de este último:

a) A conocer el estado de la tramitación del procedimiento de investigación e inspección derivado de sus denuncias y a que se les notifiquen los actos y resoluciones dictados respecto de las mismas, siempre que, en este último supuesto, así se prevea de forma expresa en esta Ley.

b) A que las denuncias presentadas finalicen mediante resolución expresa y motivada, sin perjuicio de la posibilidad de dictar resolución motivada de inadmisión a trámite cuando concurra la circunstancia descrita en el artículo 21.2 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía.

Y es que finalmente, y por la influencia que en esta materia ha tenido la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, se está progresivamente reconduciendo la participación y la colaboración ciudadana en esta materia a la posibilidad de interponer denuncias ante los canales internos y externos previstos en la legislación a estos efectos dictada con las garantías que se contemplan en la misma que, sin reconocer la condición de interesado como han reivindicado los anteriores autores, asigna derechos y protección a los denunciantes[955].

[955] Dichas denuncias, sin duda por la influencia que ha tenido en esta materia el Derecho europeo y la propia doctrina, tienen carácter confidencial -no anónima- en todos los supuestos, a diferencia de la denuncia regulada en la legislación procedimental común en el artículo 62.2 LPAC, que exige expresar la identidad de las personas que las presentan. Bien es cierto que, tras el artículo 24 de la Ley 3/2018 Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, caben las denuncias anónimas tal como ha puesto de relieve la Agencia Española de Protección de Datos. Así lo ha señalado AMENÓS ÁLAMO J. (2022): "El procedimiento de investigación e inspección de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 329.
A título de ejemplo el artículo 60 de la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, del Principado de Asturias, sin reconocerle la condición de interesado y tan solo el derecho a ser informado del estado de tramitación de su denuncia y resolución de la misma, establece que sin perjuicio de los derechos establecidos en la legislación básica y de lo que reglamentariamente se determine, el denunciante gozará, en todo caso, de los siguientes derechos:
a) Confidencialidad. La Administración estará obligada, a solicitud del denunciante, a omitir cualquier dato que pueda conducir a su identificación, sin perjuicio de que, en los términos en su caso establecidos por la legislación básica, puedan presentarse denuncias anónimas.
b) Indemnidad. La Administración no podrá adoptar ninguna medida que suponga directa o indirectamente retorsión o represalia sobre el denunciante como consecuencia de la presentación de la denuncia, siendo nulos los actos administrativos que vulneren este nuestro derecho.
De sumo interés es la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes en la Comunidad de Castilla y León bien que ceñida al personal al servicio de dicha Comunidad Autónoma.
Puede consultarse, en torno a este punto, CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018). *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción* (2ªed.), Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2019): "La

Recordemos, a estos efectos, que acaba de aprobarse la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que transpone la citada Directiva sobre protección de denunciantes que, sin embargo, debía haber sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico antes de finalizar 2021[956]. La misma obliga a incorporar en nuestro derecho interno con un alcance general los canales de alerta, el régimen de protección de los denunciantes y la designación de las autoridades independientes que deben gestionar los canales externos de denuncia y a las que ya nos hemos referido en un capítulo anterior y en éste para conocer la posición del denunciante[957].

Bien es cierto que el alcance de esta norma estatal está limitado al ámbito de la Administración estatal dado que, de acuerdo con el artículo 24.1 b) de la Ley 2/2023, solo será de aplicación a las Administraciones de las comunidades autónomas, a las entidades que integran la Administración y el sector público institucional autonómico o local, cuando se atribuya la competencia a la Autoridad Independiente de Protección del Informante por virtud de un convenio o cuando la respectiva comunidad autónoma no haya atribuido competencia para gestionar el canal externo de informaciones a ningún órgano o autoridad propios como hemos visto ocurre en distintas Comunidades Autónomas. Y así se especifica en el artículo 24.2, de la citada Ley 2/2023 que atribuye a la Autoridad Independiente u órgano que pueda señalarse en cada comunidad autónoma la competente respecto de las informaciones que afecten al sector público autonómico y local de su respectivo territorio[958].

---

irrupción del estatuto del denunciante: un instrumento del buen gobierno para la lucha contra la corrupción", en CASTILLO BLANCO, Federico A. (Coord.): *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.83-114.

[956] En relación con este punto, y los puntos fuertes y débiles del modelo, pueden consultarse los trabajos de VAUGHN, R.G. (2012), *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham y VESTRI, G. (2019), "Aproximación al sistema de «whistleblowing». Un nuevo desafío para la Administración Pública española" *Revista General de Derecho Administrativo***,** núm. 51. Asimismo, puede consultarse sobre esta Directiva BACHMAIER WINTER, L. (2019) "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión", *Diario La Ley*, núm. 9527.

[957] Los Considerandos 62 y 63 de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, establecen que puede darse el caso de que no existan cauces internos o de que se hayan utilizado, pero no hayan funcionado correctamente (por ejemplo, la denuncia no se tramitó con diligencia o en un plazo razonable, o no se tomó ninguna medida adecuada en relación con la infracción pese al resultado positivo de la investigación) o, en otros casos, no puede esperarse razonablemente que los cauces internos funcionen adecuadamente. Y añade en los Considerandos 64 y 65 que la falta de confianza en la eficacia de las denuncias es uno de los principales factores que desalientan a los potenciales informantes. Esto justifica la imposición de una obligación clara a las autoridades competentes para que establezcan cauces externos de denuncia adecuados, actúen con diligencia en la tramitación de las denuncias recibidas y, en un plazo razonable, den respuesta a los denunciantes, correspondiendo a los Estados miembros determinar qué autoridades son competentes para recibir y tramitar adecuadamente las denuncias que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Dichas autoridades competentes pueden ser autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala del Estado central, autoridades policiales o judiciales, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo.

[958] Esta previsión es acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la Sentencia 130/2013, al indicar que "en casos como los que contemplamos, las disposiciones del Estado que establezcan reglas destinadas a permitir la ejecución de los Reglamentos comunitarios en España y que no puedan considerarse normas básicas o de coordinación, tienen un carácter supletorio de las que pueden dictar las Comunidades Autónomas para los mismos fines de sus competencias. Sin olvidar que la cláusula de supletoriedad del

Reconociendo su artículo 16 a toda persona física la posibilidad de efectuar denuncias de la comisión de cualesquiera acciones u omisiones incluidas en su ámbito de aplicación[959]., ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante, ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno[960]. Bien es cierto que la posición jurídica que la Ley 2/2023 otorga al demandante es inclusive más debilitada que el ya existente en otras normas autonómicas que, como hemos dado cuenta, atribuyen determinados derechos de participación en el procedimiento al denunciante[961].

---

artículo 149.3 de la CE no constituye una cláusula universal atributiva de competencias, en tales casos, la posibilidad de que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio está plenamente justificada".

[959] El artículo 2 del Anteproyecto de Ley establece el ámbito material de aplicación previendo que se aplicará:

a) A cualesquiera acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea siempre que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el Anexo de la Directiva (UE) 2019/1937, con independencia de la calificación que de las mismas realice el ordenamiento jurídico interno, afecten a los intereses financieros de la Unión tal y como se contemplan en el artículo 325 del TFUE o incidan en el mercado interior, tal y como se contemplan en el artículo 26, apartado 2 del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades.

b) Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente el interés general, y no cuenten con una regulación específica. En todo caso, se entenderá afectado el interés general cuando la acción u omisión de que se trate implique quebranto económico para la Hacienda Pública.

[960] De esta forma, el artículo 3 de la Ley 2/2023, al referirse al ámbito personal de aplicación, establece:

-La presente ley se aplicará a los informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional, comprendiendo en todo caso:

a) las personas que tengan la condición de empleados públicos y trabajadores por cuenta ajena;

b) los autónomos;

c) los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos;

d) cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

-También se aplicará a los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquéllos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual.

- Finalizando que las medidas de protección del informante previstas en el título VII también se aplicarán, específicamente a los representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante. y en su caso, a:

a) Personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante asistan al mismo en el proceso.

b) Personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante, y

c) Personas jurídicas, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa. A estos efectos, se entiende que la participación en el capital o en los derechos de voto correspondientes a acciones o participaciones es significativa cuando, por su proporción, permite a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada.

[961] Un exhaustivo estudio del denunciante, y su aplicación práctica en diferentes iniciativas puestas en marcha en las distintas instancias, puede encontrarse en el *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020* (directores PONCE SOLÉ, J. y VILLORIA MENDIETA, M.), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2021 y los trabajos contenidos en el mismo desde distintas perspectivas.

Ley 2/2023 utiliza la denominación de informante, y no la de denunciante, aunque el cambio de denominación no altera desde mi punto de vista la naturaleza de la figura, va a regular en el título VII, que constituye uno de los ejes principales de la ley, las medidas de protección. La primera medida es la de prohibir y declarar nulas las conductas que puedan calificarse de represalias, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia, y se adopten dentro de un plazo temporal determinado en función de las investigaciones, como son la resolución de contratos, las intimidaciones, el trato desfavorable, los daños reputacionales, etc.[962], o las cláusulas de confidencialidad o disposiciones contractuales que reflejan renuncias expresas o que impidan o pretendan limitar el derecho o la capacidad de informar, así como que se exima de responsabilidad ante la obtención de información relevante o que se invierta la carga de la prueba en aquellos procesos que inicie para exigir la reparación de daños[963].

[962] El Considerando 38 de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, establece que: "La aplicación efectiva del Derecho de la Unión exige que se conceda protección a la gama más amplia posible de categorías de personas que, independientemente de que sean ciudadanos de la Unión o de un tercer país, en virtud de sus actividades laborales (con independencia de su naturaleza y de si perciben remuneración o no), disponen de un acceso privilegiado a información sobre infracciones que redundaría en interés de los ciudadanos y que pueden sufrir represalias si lo hacen. Los Estados miembros deben garantizar que la necesidad de protección se determine atendiendo a todas las circunstancias pertinentes y no solo a la naturaleza de la relación, para abarcar al conjunto de personas vinculadas a la organización, en sentido amplio, en la que se haya cometido la infracción"

[963] En el ámbito autonómico también se ha procedido, antes que en el ámbito estatal, a establecer medidas de protección del denunciante. Es el caso, a título de ejemplo, del artículo 24 de la Ley Foral de Navarra 7/2018, de 17 de mayo, donde se establece que:

"1. La actuación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra prestará especial atención a la protección de las personas que denuncien posibles casos de vulneración de los bienes y principios que con esta ley foral se pretenden proteger. En este sentido, la Oficina velará por que estas personas no sufran aislamiento, persecución o un empeoramiento de las condiciones de su entorno laboral, ni puedan sufrir cualquier forma de perjuicio o discriminación como consecuencia de su comportamiento cívico.

2. La persona denunciante ha de estar protegida frente a todo empeoramiento de las condiciones de su entorno laboral o profesional, y frente a cualquier perjuicio económico, moral o discriminatorio que pudiera sufrir como consecuencia de su comportamiento cívico de denuncia de hechos que considera pueden ser constitutivos de fraude o de corrupción. A tal efecto la persona podrá permanecer en el anonimato, sin que la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra pueda revelar sus datos ni a la Administración, entidad o funcionario afectado ni a terceros, sin perjuicio de que, cuando los hechos investigados puedan ser constitutivos de delito, sea el Juez el que arbitre las medidas de protección necesarias al respecto con comunicación por la Oficina de las medidas de protección que hubiera podido acordar.

3. Si la Oficina conoce que la persona denunciante ha sido objeto, directa o indirectamente, de intimidación o represalia por presentar denuncia, podrá ejercer las acciones correctoras y de restablecimiento de la situación que considere oportunas, de las cuales dejará constancia en la memoria anual. Atendiendo a las circunstancias de cada caso, y siempre a instancia del denunciante, la oficina podrá instar al órgano competente el traslado a otro puesto. A tal fin la oficina proporcionará a la persona denunciante el asesoramiento necesario.

4. La protección podrá mantenerse, de forma motivada, más allá de la terminación del proceso de investigación. En ningún caso esta protección le eximirá de las responsabilidades en que haya podido incurrir por hechos diferentes a los que hayan sido objeto de la denuncia.

5. No será de aplicación lo establecido anteriormente cuando en la denuncia se formule y proporcione información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita. En estos casos, la Oficina podrá, previa audiencia reservada con la persona denunciante, archivar la denuncia manteniendo la confidencialidad, y le advertirá de que, si la hace pública, no se le otorgará la protección establecida en esta ley foral y de que podrían derivarse responsabilidades disciplinarias o penales contra el falso denunciante".

Son también de interés las medidas que en garantía de los informantes contempla el artículo 3 de la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, que regula las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública, en el que se prevén herramientas específicas de protección como el traslado

Las mismas medidas de protección, los derechos de tutela judicial y defensa, de acceso al expediente, de confidencialidad y reserva de identidad y la presunción de inocencia, se dirigen también a la persona a la que se refieran los hechos relatados en la comunicación ante el riesgo de que la información, aun con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar. Y es que la buena fe preside, en cualquier caso, la regulación en esta materia de forma tal que, como ya acontecía en la Directiva 2019/1937, las informaciones que no respondan a hechos reales pueden ser objeto de sanción (artículo 63 de la Ley 2/2023).

A nivel internacional hay varios países que tienen normativas específicas de protección del denunciante, y no solo de protección sino inclusive también de recompensa a su actuación[964], pero en nuestro caso, y dado el carácter de este trabajo, nos volveremos a remitir al caso de Portugal y su reciente normativa sobre protección de denunciantes.

En el país luso se ha dictado recientemente la Ley n.º 93/2021[965], por la que se transpone al ordenamiento jurídico portugués la Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de los denunciantes[966]. Dicha norma va a establecer un nuevo régimen general de

[964] Es el caso, a título de ejemplo, de Estados Unidos cuya norma conocida como *"Dodd-Frank Act"* del año 2010, se presenta como una de las leyes más completas respecto de la protección de los denunciantes, sustentándose sobre tres pilares fundamentales: protección laboral, anonimato y recompensas al delator. En Francia, la Ley nº 2016-1691, del 9 de diciembre, relativa a la transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica, más comúnmente conocida como la *"Loi Sapin II"*, dedica un capítulo a "*De la protection des lanceurs d'alerte"*. En el caso italiano puede reseñarse que el Parlamento aprobó la Ley del 30 de noviembre de 2017 relativa a la protección del denunciante (*"Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarita' di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato").* De sumo interés resultan los trabajos de Feinstein y Devine que han estudiado las leyes dictadas en 37 países, en los que se especifica que es necesario redactar leyes que reflejen las mejores prácticas mundiales y aplicarlas de buena fe. Añadiendo que las leyes con mejores prácticas serán ineficaces sin el apoyo o la supervisión pública de estos derechos, y eso no es posible sin transparencia y educación (Feinstein y Devine, *Are whistleblowing laws working? A global study of whistleblower protection litigation,* Government Accountability Project e International Bar Association, Washington D.C. y Londres, 2021).

[965] Explica COSTA GONÇALVES, P. (2020) en "Direito Administrativo e criminalidade administrativa" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid, p. 88 que hasta ese momento "Na lei portuguesa, a figura encontra-se regulamentada em detalhe no Código dos Valores Mobiliários, quanto à comunicação à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários de informações relativas a infrações nos mercados financeiros: ali se estabelece, além do mais, que a CMVM coopera e troca informações e elementos com autoridades administrativas ou judiciais, no âmbito de procedimentos administrativos ou judiciais de proteção de trabalhadores contra discriminação, retaliação ou outras formas de tratamento não equitativo, por parte do empregador, que estejam relacionadas com a apresentação de denúncias (cf. artigo 368.º-E).
A regulamentação da denúncia de infrações tem também aplicações no sentido, não de proteger, mas de premiar os denunciantes ("delação premiada"): por ex., no âmbito do "regime da clemência" previsto na Lei da Concorrência, em relação às empresas que revelem práticas anticoncorrenciais em que elas próprias tenham participado"

[966] Crítica con este instrumento resulta TAVARES DA SILVA quien estima que cree que no contribuirán, en países como Portugal y España, a cambiar el marco cultural en materia de incumplimiento de las normas jurídicas y, por el contrario, pueden empeorar drásticamente el ambiente laboral en los servicios de la Administración y en la relación entre administrados y Administración. Véase TAVARES DA SILVA, S. (2020) "Protección de intereses financieros públicos y protección de la confianza legítima de los beneficiarios de subvenciones", en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid, p.618. Más adelante (p. 621) argumentará que "nos preocupa igualmente que el modelo en el que se basan estos nuevos controles ―el que cada administrado se convierte en el policía de su vecino― nos aparte de valores relevantes de la

protección de los denunciantes, pero más allá de ello trata de ser una de las piezas de la estrategia anticorrupción (2020-2024)[967], que se completa con el Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de diciembre, "Sobre el establecimiento del Comité Nacional Anticorrupción y del Régimen General de Prevención de la Corrupción" del que dimos cuenta oportunamente.

La nueva ley de 2021 se aplica a las empresas (tanto del sector público como privado) con más de 50 (cincuenta) trabajadores que ahora deben adoptar canales internos de denuncia que sean adecuados y proporcionados a su ámbito de actuación, que permitan la presentación y tramitación de las denuncias, garantizando la exhaustividad, integridad y, por supuesto, la confidencialidad de todo el proceso.

La Ley se aplica, por tanto, tanto al sector privado como al público y a las personas que se encuentran dentro de estas organizaciones y denuncian delitos o cualquier violación de sus derechos por parte de estas mismas organizaciones, públicas o privadas, siendo consideradas todas las personas que trabajan en una organización pública o privada, o que se ponen en contacto con ellos. profesionalmente, y que en ocasiones se encuentran en una posición privilegiada para tener conocimiento de las infracciones que se producen en el ámbito de estas organizaciones pero que también están expuestas a represalias, con repercusión en su situación laboral, lo que constituye un importante factor de inhibición e injusticia que debe ser objeto de protección[968].

En relación con los canales internos de denuncia los mismos deben contar con las siguientes características: a) deben garantizar la presentación y el seguimiento seguros de las denuncias, a fin de garantizar la integridad, integridad y conservación de la denuncia; b) asimismo, estos canales internos deben garantizar la confidencialidad de la identidad o el anonimato de los denunciantes y la confidencialidad de la identidad de los terceros mencionados en la denuncia; y c) debe impedir el acceso de personas no

sociedad europea, como la solidaridad, agravando la individualidad, y, ante todo, las libertades cuya implementación tantos sacrificios ha supuesto y que hoy se ignoran con tanta facilitad al servicio de valores o intereses de rango inferior".

No es mi opinión, sin embargo, dado los datos fácticos que revelan la relevancia de estos supuestos en el descubrimiento de ilícitos, la necesidad de proteger a los denunciantes y la conveniencia de otorgar un mayor protagonismo a la sociedad civil en esta materia sin tener que ampliar el círculo de legitimación para el otorgamiento de una acción pública.

[967] La Estrategia considera distintos vértices en materia de prevención, detección y represión de la corrupción con el mismo grado de importancia y necesidad y, a estos efectos, establece siete prioridades: i) mejorar el conocimiento, la capacitación y las prácticas institucionales en materia de transparencia e integridad; ii) prevenir y detectar los riesgos de corrupción en la actuación pública; iii) involucrar al sector privado en la prevención, detección y enjuiciamiento de la corrupción; iv) reforzar la articulación entre instituciones públicas y privadas; v) asegurar una aplicación más eficaz y uniforme de los mecanismos legales en materia de represión de la corrupción, mejorar el tiempo de respuesta del sistema judicial y asegurar la adecuación y eficacia de la sanción; vi) producir y difundir periódicamente información fidedigna sobre el fenómeno de la corrupción; y vii) cooperar internacionalmente en la lucha contra la corrupción.

[968] Si bien la Ley en cuestión se refiere expresamente al concepto de "trabajadores" en el artículo 9, lo cierto es que, en pasajes posteriores, el instrumento legislativo en cuestión termina refiriéndose a otros conceptos que se encuentran cercanos, pero no son del todo coincidentes -como es el caso de "personas dentro de una organización o que están en contacto profesional con ella". Dicha dicción, como también sucede en el Anteproyecto de Ley en España, puede plantear algunos problemas a la hora de definir el ámbito subjetivo de la Ley, y lo cierto es que, en este último concepto, puede incluso incluirse, en una visión más amplia, la figura de los prestadores de servicios.

autorizadas. Estas denuncias podrán formularse por escrito, de forma oral o por ambas vías.

Por su parte, el uso de canales de denuncia externos estará sujeto, en cuanto a su utilización, a los siguientes requisitos: a) que no exista canal de denuncia interno; b) en segundo lugar, que el canal interno de denuncias sólo admita la presentación de denuncias por parte de los trabajadores no pudiendo hacerlo un denunciante que no tengan dicha condición; c) que se tengan motivos razonables para creer que la infracción[969] no puede ser efectivamente conocida o resuelta internamente o que existe riesgo de represalias; d) haya presentado inicialmente una denuncia interna sin haber sido notificado de las medidas previstas o adoptadas a raíz de la denuncia dentro de los plazos previstos; o e) que la infracción constituya delito o falta sancionable con multa superior a 50.000 € .

En cuanto a las medidas de protección del denunciante, la Ley portuguesa nº 93/2021 establece las siguientes garantías: a) confidencialidad de la identidad del denunciante, que sólo puede ser revelada en virtud de una obligación legal o decisión judicial; b) prevención de represalias contra el denunciante, incluyendo, a estos efectos, la inversión de la carga de la prueba y la presunción de que determinados actos, como cambios en las condiciones de trabajo o la aplicación de una sanción disciplinaria, cuando se practiquen hasta dos años después la denuncia o divulgación pública, estén motivados por la denuncia o divulgación pública[970]; c) la protección jurídica en términos generales, como la protección de testigos en procesos penales; y d) la no aplicación de responsabilidad disciplinaria, civil, administrativa o penal en los casos de denuncia o divulgación pública de infracciones realizadas de conformidad con los requisitos impuestos por la ley.

Es de destacar que, entre las infracciones que se contemplan en la norma y en garantía del denunciante y refuerzo de su posición jurídica, está la de impedir la presentación o no dar seguimiento a la denuncia; la no comunicación al denunciante del resultado del análisis de la denuncia, si éste lo ha solicitado; o, por citar un último ejemplo, dejar de registrar o conservar la denuncia recibida por un período mínimo de cinco años o durante la tramitación de un proceso judicial o administrativo.

3.2.3 La función de las Agencias Antifraude: ¿petición razonada de otros órganos?

En un capítulo anterior nos hemos referido a estas Agencias que, primero en Cataluña, pero después en distintas Comunidades Autónomas, han dado cumplimiento al artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General de 31 de octubre de 2003, que llama a la instauración de un organismo especializado e independiente que, en el caso de la mayoría de las normas

[969] Las infracciones pueden referirse a los siguientes temas: a) contratación pública; b) mercados financieros y prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; c) inocuidad de alimentos y piensos, sanidad y bienestar animal; d) salud pública; e) protección del consumidor; f) protección de la privacidad y datos personales y seguridad de la red y sistemas de información; entre otras materias enumeradas en el artículo sobre el ámbito de aplicación de esta ley.

[970] A estos efectos, se considera represalia cualquier acto u omisión que, directa o indirectamente, en un contexto profesional y motivado por la denuncia, sea capaz de causar o de hecho cause daños materiales o morales al denunciante – las amenazas o tentativas también se consideran actos de represalia: la práctica de actos de represalia dicta la obligación del denunciante de indemnizar.

dictadas[971], depende del poder legislativo a fin de hacer efectivas dichas previsiones[972] y que adopta, en algunos casos, el carácter de entidad pública personificada[973].

Ciertamente se une este organismo a otros ya existentes que, en algunos supuestos, cumplen funciones similares, lo que puede contribuir, en defecto de una adecuada coordinación, a una duplicidad en el ejercicio de ciertas funciones y a una hiperinstitucionalización de la lucha por la integridad como ya hemos puesto de manifiesto en un capítulo anterior. A juicio de AMENÓS ÁLAMO, y con referencia a la oficina andaluza manifiesta que no nos encontramos ante "un ente ya estipulado por el Estatuto de Autonomía, sino que nace y se configura a partir de una Ley del Parlamento andaluz. A partir de ahí, podríamos sugerir que, en el fondo, nos hallamos ante una comisión parlamentaria de investigación con carácter permanente. Su misma Ley reguladora lo recuerda a veces. Por ejemplo, cuando se refiere a la "entrevista personal" como fórmula principal del procedimiento de investigación"[974]. Bien es cierto que, desde nuestro personal punto de vista, creemos que la naturaleza, funciones y estructura de

[971] La Declaración de Utrecht, adoptada por la Red de Autoridades Europeas de Integridad y Alertadores, de 4 de junio de 2021, establece unos requerimientos mínimos que se concretan en:
-Garantizar que los canales externos de denuncia, establecidos por las autoridades competentes, provean de una estricta confidencialidad a las personas denunciantes y a sus denuncias, así como a las investigaciones de las autoridades competentes derivadas de estas denuncias hacia cualquier tercero, y aseguren su protección mediante la concesión de la autonomía organizativa y financiera necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, dotándolos de recursos suficientes.
-Considerar la posibilidad de fijar una autoridad que sea reconocida y posicionada como la autoridad principal, central o fundamental dentro del Estado miembro o región, que proporcione, conforme a la Directiva y a la ley de implementación nacional, un nombre, una cara y un número de teléfono.
-Disponer que esta autoridad lleve a cabo, no necesariamente de forma exclusiva y en función de la legislación nacional, una o más de las tareas previstas por la Directiva, que podrán incluir, en particular, investigar las denuncias de represalias, proporcionar información y estar disponible para la consulta o el asesoramiento de las personas denunciantes, y en su caso, la remisión a la autoridad competente pertinente.
-Considerar la posibilidad de designar a esta autoridad competente para el seguimiento de denuncias de infracciones, como último recurso cuando ninguna otra autoridad sea competente o no haya llevado el seguimiento adecuado de una denuncia, de acuerdo con el marco nacional aplicable.

[972] El artículo 6 de la Resolución 58/4 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 31 de octubre de 2003, con la denominación de órgano u órganos de prevención de la corrupción, establece las siguientes previsiones:
-Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:
a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;
b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.
-Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida.
Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.
-Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción.

[973] Así se configura en la Leyes 14/2008 de Cataluña, 16/2016 de las Islas Baleares, 11/2016 de la Comunidad Valenciana, 7/2018 de la Comunidad Foral de Navarra y 2/2021 de Andalucía.

[974] AMENÓS ÁLAMO, J. (2022): "El procedimiento de investigación e inspección de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 315

dicho órgano lo hacen sustancialmente distinto a una comisión parlamentaria, aunque ésta fuese de carácter permanente.

Curiosamente, y sin embargo, dichas Agencias Antifraude, salvo en algún supuesto concreto y en determinadas infracciones referidas al ejercicio de sus funciones[975], no ostentan potestad sancionadora respecto de las infracciones derivadas de la legislación de buen gobierno y, por ello, su actuación no determina en forma automática y necesariamente la apertura del procedimiento sancionador sino que en realidad, y tras realizar sus funciones de investigación e inspección, elevan dichas actuaciones al órgano competente para la incoación del oportuno procedimiento que puede o no proceder a su incoación, bien es cierto que, en caso de no proceder a ello, debe de motivar dicha resolución[976]. En algunos casos, además, se prevén actuaciones específicas de información de los órganos competentes para la incoación del oportuno procedimiento sancionador[977] o se establecen obligaciones de remisión de las actuaciones a la jurisdicción contable o al Ministerio Fiscal[978].

En definitiva, se trata, como con acierto detalla AMENÓS ÁLAMO, de una resolución declarativa que se limita a acordar el traslado de las actuaciones practicadas al órgano competente que, en ese momento, ha de valorar las actuaciones practicadas y ha de iniciar,

[975] Se atribuye potestad sancionadora a la Agencia Antifraude de Andalucía en las infracciones derivadas de la legislación de incompatibilidades de 2005 (Disposición adicional segunda de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante de Andalucía).

[976] En este sentido, el artículo 87 Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña establece que si, en el ejercicio de sus funciones, el *Síndic de Greuges*, la Sindicatura de Cuentas o la Oficina Antifraude de Cataluña tienen conocimiento de hechos que pueden constituir una infracción tipificada como muy grave o como grave por la presente ley, pueden instar a los órganos competentes a los que se refiere el artículo 86 a incoar el procedimiento sancionador.
Si el órgano competente decide no incoar el procedimiento, la resolución debe ser expresa y motivada.

[977] En este sentido, el artículo 16 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, prevé que, una vez finalizada la tramitación, el director o directora de la agencia deberá emitir un informe motivado sobre las conclusiones de las investigaciones, que será tramitado por el órgano al que corresponda en cada caso, el cual, posteriormente y en el plazo que se haya establecido en el informe, deberá informar al director o la directora de la agencia sobre las medidas adoptadas o, en su caso, los motivos que le impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones formuladas.
Similar previsión se contiene, asimismo, en el artículo 16 de la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears que establece, en su apartado 1º, que el director o la directora de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears emitirá un informe razonado sobre las conclusiones de las investigaciones, que remitirá al órgano que en cada caso corresponda, el cual, posteriormente y en un plazo de tres meses, informará al director o a la directora de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción sobre las medidas adoptadas o, en su caso, los motivos que le impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones y los recordatorios formulados.

[978] Así puede verse en el artículo 23.1 de la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra donde se especifica que, una vez finalizada la tramitación, la persona encargada de la instrucción propondrá resolver:
-Remitir a la Fiscalía todas las actuaciones iniciadas si, a resultas de la investigación emprendida por la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, esta advirtiera conductas o hechos presumiblemente constitutivos de delito.
-Dar traslado a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas por el cauce establecido en la Ley Foral 19/1984, de la Cámara de Comptos, en el caso de que de las investigaciones se pueda derivar una posible responsabilidad contable, directa o subsidiaria.

en su caso, el correspondiente procedimiento[979]. De ahí la denominación del presente epígrafe ya que la función de las mismas, sin perjuicio de la relevancia de estas oficinas y de que difícilmente se pueda hacer caso omiso a las recomendaciones de éstas salvo que exista causa suficiente para ello, no es sino una puesta de manifiesto de información relevante respecto de una eventual actuación irregular de un cargo público[980]. Nada más, pero justo es decirlo, nada menos, dada su dependencia de los órganos parlamentarios.

3.2.4 Las actuaciones de oficio de los órganos competentes para el inicio del procedimiento sancionador: especial referencia a las actuaciones previas o informativas preliminares.

Con la denominación de actuaciones previas en la generalidad de los casos o informaciones previas en otros, la legislación sobre buen gobierno, referida a la responsabilidad de los cargos públicos, contempla, con carácter previo a la incoación del eventual expediente sancionador, un trámite cuyo objetivo final es proporcionar al órgano que ha de adoptar la decisión de incoar o no el mismo una información suficiente y fundada a fin de adoptar la mejor decisión que, como la indicado la jurisprudencia de nuestros tribunales, responda a solidas razones[981]. Inclusive, en algunos supuestos,

---

[979] AMENÓS ÁLAMO, J., (2022) "El procedimiento de investigación e inspección de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 336. De esta manera, en el caso catalán, el artículo 20 de la Normas de Actuación y de régimen interior de la Oficina Antifraude de Cataluña de 2009, al referirse a la conclusión de los expedientes de investigación, establece que éstos terminan mediante resolución motivada del director o directora, que puede acordar:
a) La denuncia ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal.
b) La comunicación a la autoridad administrativa competente para que inicie los procedimientos administrativos sancionadores o que correspondan.
c) La presentación de un informe razonado a la correspondiente Administración local, a efectos de lo establecido en el artículo 6.ª de la Ley 14/2008.
d) El archivo del expediente.

[980] Así se explicita en la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, al recoger que, como resultado de sus actuaciones, los datos e información recabados por la Agencia en ejercicio de sus competencias serán remitidos a la autoridad competente para iniciar los procedimientos disciplinarios, sancionadores o penales a que pudieran dar lugar

[981] Como detalladamente expone la SAN 17 de octubre de 2017 (Rec.180/2006) "Se trata de que por la gravedad y trascendencia que entraña el ejercicio de la potestad sancionadora, pues el status jurídico de quien se halla sometido a un expediente sancionador, por esta sola circunstancia, puede encontrarse negativamente afectado, resulta necesario que la decisión de incoar el procedimiento sancionador sea fundada y esté asentada en sólidas razones que exijan dicha incoación.
Es decir, con la finalidad de permitir a la Administración conocer los hechos previsiblemente infractores, las circunstancias concurrentes y las personas intervinientes, se permite a la misma practicar dichas actuaciones de investigación o indagación previas, en cuanto sean necesarias y oportunas para verificar, hasta que punto, existe base racional para entender producido el hecho infractor, e imputárselo a persona determinada.
Es por ello que la doctrina más autorizada ha señalado que tales diligencias previas constituyen una garantía encaminada a asegurar el correcto ejercicio de la potestad sancionadora, evitando en lo posible fallidas acusaciones sin base legal o fáctica, o la precipitada apertura de expedientes sancionadores. Y también que nos encontramos ante una institución materialmente garantizadora del correcto ejercicio de la potestad sancionadora, en beneficio del administrado, en tanto evita que el mismo pueda ser objeto de un expediente sancionador de manera infundada
En igual sentido la STS 13 de septiembre de 2002 (Sala Militar) declara que las diligencias de investigación son el medio ordinario, habitual y ortodoxo de que dispone la Administración, desde el punto de vista legal, para esclarecer hechos que pudieran tener trascendencia sancionadora, constituyendo una garantía contra

también se contempla dicha posibilidad para el inicio de la potestad de investigación por las Agencias Antifraude que, como ya sabemos, no deriva necesariamente en el inicio de un procedimiento sancionador si existieran fundadas razones para ello[982]. Lo que, como puede imaginarse, y en aquellos supuestos en que nos tengan atribuida competencia para la incoación de un expediente sancionador añadiría un nuevo trámite en aquellos casos en que el órgano que tiene a su cargo la incoación del expediente decidiese, de forma cumulativa a la actuación realizada por la Agencia, abrir un nuevo trámite de información previa.

Se diferencian, sin embargo, de otras instituciones que, como las medidas provisionales que se pueden dictar al inicio del procedimiento sancionador a fin de asegurar la eficacia de la resolución que eventualmente pudiera recaer y que acontecen una vez iniciado el expediente, responden a una finalidad distinta ya que en las que de ahora se da cuenta no se trata sino, de que de forma previa a que se inicie el procedimiento, intentar averiguar si existen indicios suficientes para proceder a su apertura.

MONTOYA MARTÍN caracterizó las mismas[983], tras analizar la jurisprudencia española y europea, en base a distintos aspectos que delimitan la función, validez y objetivo de las mismas, a saber y en opinión de dicha autora: se trata de un trámite, con conocimiento o no del interesado, que no forma parte del procedimiento y que no requiere siempre la audiencia del afectado; en segundo lugar, carácter facultativo de las actuaciones desarrolladas dado que no se imponen de forma obligatoria; en tercer lugar, apuntó que las garantías derivadas del ejercicio del *ius puniendi* del Estado[984], y dado que no forman

---

la precipitación en los casos en que se considere preciso conocer datos y extremos de los hechos susceptibles de sanción.

[982] Así, y a título de ejemplo, en el artículo 21 de la Ley 2/21 de Andalucía se prevé que:

1. En los supuestos de formulación de denuncia o petición razonada, la Oficina podrá acordar, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la misma, la apertura de un periodo de información o actuaciones previas, al objeto de realizar las actuaciones de investigación previstas en el artículo 17, párrafos a), b) y d), que resulten indispensables para conocer las circunstancias del caso concreto y, en consecuencia, la conveniencia o no de iniciar el procedimiento de investigación e inspección.

2. No obstante, la Oficina podrá resolver motivadamente la inadmisión a trámite de las denuncias o peticiones razonadas que carezcan manifiestamente de fundamento, sin necesidad de apertura de período de información o de actuaciones previas.

3. En el plazo máximo de treinta días desde la apertura del periodo de información o actuaciones previas, la persona titular de la Dirección de la Oficina deberá acordar la iniciación del procedimiento de investigación e inspección o, por el contrario, dictar resolución motivada de archivo de las denuncias y peticiones razonadas. La resolución por la que se acuerde el archivo se notificará a la persona denunciante o a la institución, órgano o entidad que hubiera realizado la petición, así como a las personas sobre las que se hubiera acordado la apertura del periodo de información o actuaciones previas.

[983] MONTOYA MARTÍN, E. (2008), "Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado", *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, pp. 195-220.

[984] Bien es cierto que, como matiza la citada autora, se pone de manifiesto que, en las relaciones de sujeción especial, según el TC no se tiene garantía alguna. Explica la misma que:

"El TC ha afirmado que la información reservada no tiene carácter sancionador, sin perjuicio de que las diligencias practicadas en la información reservada puedan, en su caso, ser valoradas por el órgano decisor. No obstante, aunque las actuaciones previas no constituyen el procedimiento administrativo sancionador, el TC ha reconocido el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable como garantías instrumentales del genérico derecho de defensa en esta fase preliminar en la reciente sentencia 142/2009, de 15 de junio. El TC ha extendido la garantía de no autoincriminación propia del procedimiento sancionador a la fase previa o de información reservada, lo que contradice a nuestro juicio tanto el régimen general de estas actuaciones de averiguación como la doctrina del TS. En particular, sobre el derecho del administrado a conocer de estas actuaciones previas y la posible vulneración

parte del procedimiento sancionador, no le son en principio de aplicación; por último, y derivado de la jurisprudencia dictada por los tribunales, señala la citada autora que su validez queda condicionada, en la mayoría de los supuestos, a la incorporación de las mismas al expediente posteriormente incoado. Concluye MONTOYA MARÍN que: "Las investigaciones previas o información previa no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente que la ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente; esto es, el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente. Tienen lugar extramuros del procedimiento sancionador propiamente dicho, cuya finalidad no va más allá de una apreciación acerca de si, efectivamente, se han producido o no los hechos de que se tiene noticia, y, en su caso, personas que hayan intervenido en aquéllos, así como las circunstancias concurrentes en la producción de aquéllos y la intervención de éstas en los mismos, para poder así, concluir si hay motivos razonables para iniciar el procedimiento sancionador".

Lo cierto es que su regulación es bastante escueta y aclara poco sobre la funcionalidad real de las mismas y, aún más relevante, si existe o no alguna garantía en aquellos supuestos en que se ha previsto la existencia de las mismas ya que no en todas las normas de las que se está dando cuenta se han contemplado éstas lo que no se traduce empero en la imposibilidad de su utilización dada su previsión tradicional en la legislación procedimental común o en las normas sancionadoras que habilitarían su utilización en aquellos supuestos en que el órgano que ha de incoar el procedimiento sancionador estimase que podrían ser de utilidad.

En esta normativa sobre buen gobierno se contemplaron tradicionalmente, desde los años noventa, en la legislación de incompatibilidades de los cargos públicos y su correspondiente aparato sancionador, con una dicción que explicaba poco o nada como decimos acerca de sus características y efectos y en las que simplemente se autorizaba a incoar las mismas y se les asignaba, con carácter general, carácter reservado y se establecía que preceptivamente se notificase su apertura al interesado[985]. En algunos

---

de su derecho fundamental a no declarar contra sí mismo el TS entiende que el derecho a conocer de la acusación sólo surge cuando el expediente lo permite por haber llegado a un momento en que las imputaciones puedan ya formularse como fundamento sólido.
Mas a continuación, el TC establece una modulación de dicha garantía, fundada en la condición de policías locales de los demandantes de amparo, es decir, en la situación de sujeción especial de la que derivan deberes especiales para con la Administración y con los administrados, ligados a la autoridad de la que están investidos. En definitiva, esta sentencia provoca contradicción con la propia naturaleza de estas actuaciones previas, toda vez que no tienen carácter sancionador, sino que mediante las mismas se pretende la averiguación de unos hechos para, en su caso, incoar un expediente disciplinario. Resulta por ello improcedente, la invocación por los recurrentes de los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (art. 24.2CE) puesto que estos derechos se proyectan, exclusivamente, sobre el proceso penal y los procedimientos administrativos sancionadores." MONTOYA MARTÍN, E. (2008), "Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado", *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, p. 220.

[985] De esta forma, el artículo 18 de la Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares establece respecto de las mismas que*:*
-El Consejo de Gobierno o el órgano que se designe reglamentariamente, antes de iniciar cualquier expediente sancionador, podrá realizar actuaciones previas de carácter reservado con el objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen o no tal iniciación.
-El inicio de las actuaciones previas deberá notificarse, en su caso, al interesado.

supuestos, lo que es de agradecer, se obligaba a una motivación en la resolución de las mismas[986].

La normativa más reciente dictada a propósito de las ideas de buen gobierno y buena administración en los últimos años[987], también contempla esta posibilidad. Pero, de nuevo, sin añadir mucho más a lo que resulta de la legislación procedimental común en último extremo aplicable que, inclusive es más detallada, en lo que se refiere al

-Una vez acabada la información previa, el Consejo de Gobierno o el órgano que se designe reglamentariamente, decidirá, en su caso, la incoación del procedimiento sancionador o el archivo de las actuaciones

Y el artículo 22.2 de la Ley 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias previó que, con el fin de determinar si concurren circunstancias que lo justifiquen, el Consejero del que dependa el órgano directivo competente en materia de incompatibilidades de altos cargos podrá encomendar a éste la realización de actuaciones previas reservadas antes de que se inicie cualquier procedimiento sancionador. El inicio de las actuaciones previas se notificará al interesado y al titular del Departamento del que dependa. El informe con que aquéllas concluyan será elevado al órgano competente indicado en el artículo anterior. La Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de La Rioja, por su parte, prevé en su artículo 72.2 que con el fin de determinar si concurren circunstancias que lo justifiquen, el Consejero del que dependa el órgano directivo competente en materia de incompatibilidades, podrá encomendar a éste la realización de actuaciones previas reservadas antes de iniciar cualquier procedimiento sancionador con objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. Y añade que el inicio de las actuaciones previas se notificará al interesado y al Consejo de Gobierno al que se elevará también el informe con que aquéllas concluyan.

Similar dicción puede encontrarse en la normativa más moderna en esta materia y así el artículo 22 Ley 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración de Cantabria subraya los mismos aspectos que las anteriores normas asignando a la Inspección General de Servicios la instrucción de los mismo y la elaboración de un informe para elevarlo a los órganos que han de decidir o no la incoación del oportuno expediente.

[986] La Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad de Cataluña, en su artículo 21 dedicado al procedimiento sancionador en esta materia, establece que: el consejero o consejera del departamento competente en materia de función pública, antes de incoar el procedimiento, puede realizar actuaciones de carácter informativo y reservado, dando audiencia a la persona interesada, para determinar si concurren circunstancias que justifiquen dicha incoación. Emitiendo posteriormente el consejeror una resolución escrita y motivada, que debe notificar a la persona interesada. Esta resolución debe ordenar la continuación del procedimiento administrativo o bien debe acordar su archivo definitivo.

[987] Puede verse, a este respecto, el artículo 50 de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura que al regular los órganos competentes para acordar la incoación y resolver el procedimiento sancionador habilita a éste para abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. En otros casos se encomienda a un órgano específico como el artículo 30 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco que lo atribuye al Servicio de Registro de Personal, remitiéndose a la legislación procedimental común, y especificándose que las actuaciones de carácter informativo y reservado tendrán la finalidad de determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación y se notificará el inicio de las actuaciones a la persona interesada, dándole oportunidad de presentar las aportaciones que considere oportunas. Con el resultado de las informaciones previas, el Registro de Personal elaborará un informe al consejero titular del departamento responsable en materia de función pública, quien emitirá resolución motivada ordenando el archivo definitivo de lo actuado o, en su caso, la incoación del expediente.

En otros supuestos, como es el caso de Galicia, dicha competencia se le atribuye al órgano instructor por el artículo 57 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno para, con carácter reservado, determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación notificando el inicio de tales actuaciones a la persona interesada. Una vez realizada la información previa, el órgano competente para la instrucción elevará el informe de las actuaciones previas realizadas al órgano competente para la incoación.

procedimiento sancionador[988]. Bien es cierto que, tanto en un caso como en otro, se realiza de forma quizás excesivamente amplia, sin determinación de contenido alguno como se ha denunciado por la doctrina[989].

Realmente la problemática de estas actuaciones previas se ha presentado, junto a las garantías que han de rodearlas a lo que nos hemos referido con anterioridad dado que se corre el riesgo de que sin iniciar procedimiento se acumule un material probatorio difícil de discutir con posterioridad[990], respecto de su eventual utilización fraudulenta al no tener plazo establecido a fin de evitar que la realización de actuaciones propias de la fase de instrucción se realicen con carácter previo al inicio del expediente sancionador y, con ello, sin afectar a una eventual caducidad del expediente dada la reiterada jurisprudencia que niega que esta se produzca por el excesivo plazo en que se desarrollan éstas (SSTS de 13 de noviembre de 2015, rec. 560/2014 y 21 de abril de 2016, rec. 3245/2014).

Bien es cierto que también la jurisprudencia, y puede citarse en este concreto aspecto la STS de 6 de mayo de 2015 (rec. 3438/2012), ha indicado que el plazo de estas actuaciones ha de ser breve y advirtió de que dicha actuación preliminar no puede desbordar su preciso ámbito de actuación anticipando actuaciones instructoras sin las necesarias garantías. En el mismo sentido, y de forma más reciente, la STS de 4 de noviembre de 2021 (rec. 8325/2019) conexiona los deberes de buena administración con la tramitación de éstas y razona que "Es consustancial al principio de buena administración la diligencia en el actuar de la Administración y el desarrollo y resolución en tiempo razonable y proporcionado. Cuando existe una inactividad administrativa objetiva, injustificada y desproporcionada, se está conculcando el derecho del ciudadano a la buena administración" y sin perjuicio de confirmar la doctrina tradicional indica que "excepto que estas se utilicen fraudulentamente para alargar el plazo de seis meses para concluir el procedimiento sancionador, debiéndose entender que la inactividad injustificada y

[988] Y es que el artículo 55 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, junto a indicar que con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, añade en el caso de los procedimientos de naturaleza sancionadora que las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.
Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.

[989] Así lo denuncia BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2020): "El procedimiento administrativo común en la Ley de 2015: su estructura", en el en el volumen colectivo *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo. Instituciones III* dirigido por PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 193.

[990] Respecto de las cuales la doctrina ha mostrado sus reparos y, en este sentido, cabe citar SANTAMARIA PASTOR, J.A. (2015): "Los proyectos de Ley del procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa*, núm. 2; ZAMBONINO PULITO, M. (2017): "Iniciación del Procedimiento Administrativo", Tomo 1, en el volumen colectivo dirigido por GAMERO CASADO, E., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia; NAVAJAS REBOLLAR, M. (2016): "Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, Madrid. De otro lado, y aunque en la mayoría de los supuestos se establece que se tramitarán con carácter reservado no en todos así se indica y es preciso poner de manifiesto que, recientemente, la STSJ de Galicia de 2 de julio de 2021 (rec. 7403/2020), ha reconocido el derecho del denunciante a acceder al contenido de las mismas en aquellos supuestos en que no se incoe efectivamente el procedimiento sancionador o disciplinario para que pueda ser impugnado, en su caso, el archivo de la denuncia.

desproporcionada de la Administración desde la finalización de las actuaciones previas al inicio del expediente sancionador, conculca el derecho del interesado a la buena administración en su manifestación de no sufrir dilaciones injustificadas y desproporcionadas, y vicia las posteriores actuaciones llevadas a cabo por conculcar el principio de buena administración".

En definitiva, y tras esta última jurisprudencia, se restringe y limita la discrecionalidad de la Administración en la adopción de estas medidas, en su duración y en su finalidad, lo que estimo es un completo acierto dados los abusos y la indefensión que puede evitarse con motivo de su tramitación o de su uso fraudulento a fin de obviar los plazos que preceptivamente se establecen para la tramitación de los procedimientos sancionadores.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2008): *La garantía del non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2010): "Principio non bis in ídem", en LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid.

AMENÓS ÁLAMO, J. (2022): "El procedimiento de investigación e inspección de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

ARIAS MARTÍN, J.L. (2014): "Reflexiones sobre el buen gobierno en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su aplicación en el ámbito local", *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8, Sección A Fondo, del 1 Jul. al 31 Ago. 2014, tomo 2, Editorial La Ley.

ARROYO ZAPATERO, L. (1983): "Principio de Legalidad y Reserva de Ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8.

BACHMAIER WINTER, L. (2019) "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión", *Diario La Ley*, núm. 9527.

BARCELONA LLOP, J. B. (2017): "Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 54 (I).

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2020): "El procedimiento administrativo común en la Ley de 2015: su estructura", en el en el volumen colectivo *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo. Instituciones III* dirigido por PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M., Tirant lo Blanch, Valencia.

BERNAL BLAY, M. A. (2023): "El control de los conflictos de interés en los procedimientos administrativos que ejecutan fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia", *Blog OBCP*. (Disponible en https://www.obcp.es/opiniones/el-control-de-los-conflictos-de-interes-en-los-procedimientos-administrativos-que)

BLASCO DÍAZ, J.L. (2019): Comentarios a los artículos 36 a 38 en el volumen colectivo *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Editorial Reus.

CANO CAMPOS, T (2001): "*Non bis in Idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 156.

CANO CAMPOS, T. (2018): *Sanciones Administrativas*, Francis Lefebvre, Madrid.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2015): "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo (RAP)*, núm. 172.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2018): "El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad", en el vol. col. *Empleo Público, Derecho a una Buena Administración e Integridad* (coordinado por PONCE SOLÉ, J.), Tirant lo Blanch, Valencia.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., (2018): "Los códigos éticos en el empleo público", en el vol. col. dirigido por PONCE SOLÉ, J. *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A (2019): "Los Códigos Éticos y de Conducta: de la teoría a la práctica", en el vol. col. coordinado por CASTILLO BLANCO, F. *Compliance e Integridad en el Sector Público,* Tirant lo Blanch, Valencia.

CORCHERO, M. Y SÁNCHEZ PÉREZ, L. (2015): "Régimen sancionador en materia de transparencia y buen gobierno local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Jun. al 14 Jul. 2015.

CORTINA ORTS, A. (1998): *Hasta un pueblo de demonios*; Taurus, Madrid.

COSTA GONÇALVES, P. (2020) en "Direito Administrativo e criminalidade administrativa" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

DIEGO BAUTISTA, O. (2006): *La ética y la corrupción en la política y la administración pública*, Tesis Doctoral (Disponible en: https://dspace.unia.es/handle/10334/45).

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007): "Los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas" Administración & Ciudadanía, *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 2.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2014): *Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno,* Thomson-Reuter Aranzadi, Pamplona.

GALLARDO CASTILLO, M.J. (2008): *Los principios del. Potestad sancionadora. Teoría y Práctica,* Iustel, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2014): ("La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constittucional (REDC)*, núm. 1.

GARRIDO JUNCAL, A. (2019): "La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 13.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. (2021): "¿Existe la cosa juzgada administrativa?, en su blog *Es de Justicia* (Disponible en: https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/existe-la-cosa-juzgada-administrativa)

GÓMEZ TOMILLO, M. (2020): "Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 2.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (2019): "La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales", *Revista de Estudios Europeos,* número extraordinario monográfico 1-2019.

HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas,* Iustel, Madrid.

HUERGO LORA, A. (2018): *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador,* Iustel, Madrid.

IRURZUN MONTORO, F. (2010): "Ética y responsabilidad en la Administración Pública", *Documentación Administrativa*, núm. 287-287.

IZQUIERDO CARRASCO, M. (2001): "La determinación de la sanción administrativa", *Justicia Administrativa*, número extraordinario 2001.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017): *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y Transparencia*, Catarata/IVAP, Madrid.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2022): "Más vale tarde que nunca" en su blog *La mirada institucional* (Disponible en: https://rafaeljimenezasensio.com/2022/01/30/mas-vale-tarde-que-nunca/)

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2022): "La arquitectura institucional de la integridad en España", *Blog AVAF* (Disponible en: https://www.antifraucv.es/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-integridad-en-espana/)

LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en el volumen colectivo dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

LLINARES GÓMEZ, J.A. (2022): "De los planes antifraude a los planes de integridad", en el *Blog AVAF* (Disponible en: https://www.antifraucv.es/de-los-planes-antifraude-a-los-planes-de-integridad/)

LÓPEZ ESPEJO, J. (2022): "La configuración del *non bis in ídem* en el seno de la jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de

integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 79, enero-junio 2022.

MARINA JALVO, B. (2001): "*Non bis in ídem* e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 155.

MARTÍNEZ CANTON, S. y PÉREZ CORDÓN, R. (2020): "La identidad de procedimientos en el principio non bis in ídem ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 52.

MARTÍNEZ FERNÁDEZ, J.M. (2017): "Corrupción en la contratación pública" en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. (2012): *La doctrina del principio non bis in ídem y la relación de sujeción especial*, Bosch, Barcelona.

MATARELLA, B. G. (2007): *Le regole dónestà. Etica, política, amministraziones*, Bolognia, Il Mulino.

MONTOYA MARTÍN, E. (2008), "Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado", *Documentación Administrativa*, núm. 280-281.

MUÑOZ QUIROGA, A. (1985): "El principio "non bis in ídem", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 45.

NAVAJAS REBOLLAR, M. (2016): "Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, Madrid.

NIETO GARCÍA, A. (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid.

OCTAVIO DE TOLEDO Y URBIETA, E. (1980): *La prevaricación del funcionario público*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

OSCA FUERTES, B. (2014): "Aproximación al régimen disciplinario aplicable a alcaldes y concejales regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 Feb. 2014.

PALOMAR OLMEDA, A. (2017): "Infracciones y sanciones en el ámbito de la gestión económica-presupuestaria y de orden general", en el vol. col. dirigido por TRONCOSO REIGADA, A., *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra.

PÉREZ BARRIOS, A. (1985): "La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración: sus límites", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 13.

PONCE SOLÉ, J. (2013): "La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local", en *Anuario de Derecho Local,* Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.

PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PRIETO SANCHÍS, L. (1992): "La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 4.

QUINTANA LÓPEZ, T. (1986): "El principio non bis in idem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *Revista Española de Derecho Administrativo* (*REDA)*, núm. 52.

RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid.

SANTAMARIA PASTOR, J.A. (2015): "Los proyectos de Ley del procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa*, núm. 2.

TAVARES DA SILVA, S. (2020): "Protección de intereses financieros públicos y protección de la confianza legítima de los beneficiarios de subvenciones", en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

TERUEL LOZANO, G. y MOLINA GARCÍA, M. J. (2018): "El Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas ante la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", en el vol. col. dirigido por TRONCOSO REIGADA, A., *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra.

TOLIVAR ALAS, L. (2008): "Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada", *Documentación Administrativa*, núm. 280-281.

TOMILLO, M. (2020): "Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 2.

VAUGHN, R.G. (2012), *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

VELASCO CABALLERO, F. (2018): "Nueva jurisprudencia de "non bis in ídem" del TJUE: ¿afecta a España?", en *Blog de Francisco Velasco* (Disponible en: https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2018/04/10/nueva-jurisprudencia-de-non-bis-in-idem-del-tjue-afecta-a-espana/)

VESTRI, G. (2019), “Aproximación al sistema de «whistleblowing». Un nuevo desafío para la Administración Pública española” *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51.

VILLORIA MENDIETA, M. (2008): *Incompatibilidades y conflictos de interés en la Administración Local. Ponencia presentada en el Seminario de derecho local organizado por la Federación de Municipios de Cataluña*, Barcelona, 15 de febrero de 2008. (Disponible en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Villoria_Incompatibilidades.pdf).

VILLORIA MENDIETA, M. (2015): “Ética en las Administraciones Públicas: de los principios al marco institucional”, R*evista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones* Públicas, núm 9.

VILLORIA MENDIETA, M. (2017): “Ética postconvencional e instituciones en el servicio público”. *REIS: Revista española de investigaciones sociológicas*, núm.117.

ZAMBONINO PULITO, M. (2017): “Iniciación del Procedimiento Administrativo”, Tomo 1, en el volumen colectivo dirigido por GAMERO CASADO, E., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES[991].

Se refería UMBERTO ECO a una tesis doctoral cómo «un trabajo mecanografiado de una extensión media que varía entre cien y las cuatrocientas páginas, en el cual el estudiante trata un problema referente a los estudios en los que quiere doctorarse»[992]. Si admitimos esa definición, salvo en lo que se refiere a la referencia tecnológica hoy ya arrinconada, y la aplicáramos al presente estudio habría que concluir que el problema al que viene referida la presente tesis doctoral no es otro sino la contestación a una serie de cuestiones y preguntas a través del estudio y reflexión sobre la legislación aprobada en España sobre buen gobierno y, más en concreto, sobre la responsabilidad administrativa de los altos cargos y de los cargos públicos en general:

¿Tiene sentido haber arbitrado de forma específica un sistema de responsabilidad administrativa de los altos cargos en el ejercicio de sus funciones?; ¿a qué naturaleza responde?

¿Cuáles son los requisitos esenciales para que dicho sistema de responsabilidad funcione en forma armónica con otros tipos de responsabilidades que también contempla nuestro ordenamiento jurídico?,

¿Es acertada la arquitectura institucional y organizativa de que nos hemos dotado para exigirla?,

¿Funciona, a la vista de la regulación aprobada por el legislador estatal y autonómico, dicho sistema de responsabilidad?

Y, como correlato a estas respuestas, la necesaria conclusión: ¿en qué sería preciso cambiar el modelo de dicha responsabilidad?

Y es que, como ha puesto de relieve COSTA GONÇALVES[993], siendo el Derecho Administrativo el Derecho de la Administración pública, tiene todo el sentido suponer que éste ha de tener un papel determinante en la lucha contra la criminalidad administrativa, que implica la constitución de um *Direito Administrativo da criminalidade administrativa* ou *Direito Administrativo da corrupção*. Parafraseando a dicho autor hemos de decir que, si bien tiene sentido esa construcción a la que también

[991] La utilización de letra cursiva en los distintos apartados, que es nuestra, pretende exclusivamente resaltar el contenido de algunas de las conclusiones obtenidas en este estudio.

[992] Umberto Eco: *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997

[993] Explica dicho autor, el profesor COSTA GONÇALVES, P. (2020) en "Direito Administrativo e criminalidade administrativa", en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid, p. 73 que "Por fim, uma observação para indicar que o nosso propósito reside em procurar perceber a possível incumbência e responsabilidade do Direito Administrativo em matéria de criminalidade administrativa. A colocação do problema tem todo o sentido, uma vez assente o pressuposto de que está aqui em pauta um fenómeno criminal que nasce ou que, pelo menos, cresce dentro da Administração Pública, no interior do próprio sistema administrativo. Pois bem, tendo o Direito Administrativo a condição particular de "direito da Administração Pública", é razoável supor que lhe seja atribuído um papel relevante no "combate" à criminalidade administrativa. Trata-se, certamente, de um "combate" que vai atuar num plano diferente daquele em que se move o Direito Penal, mas que se revela tão necessário e porventura até mais eficaz do que a repressão penal".

hemos tratado de contribuir con el presente trabajo, está por ver si el papel del legislador ha sido acertado en la precisa articulación de éste.

Primera conclusión: ¿Tiene sentido arbitrar de forma específica un sistema de responsabilidad administrativa de los altos cargos en el ejercicio de sus funciones?; ¿a qué naturaleza responde?

Desde nuestro punto de vista la respuesta es positiva, tiene pleno sentido la constitución de un sistema específico de responsabilidad administrativa de los altos cargos. Pues, al no tratarse de funcionarios públicos que mantienen una relación estatutaria con la institución en la que se integran, quedaban fuera del ámbito de aplicación del EBEP. Tampoco se trata de personal al servicio de las Administraciones públicas sujetos a una relación laboral y, mucho menos, de ciudadanos sometidos a una relación general de sujeción. Y muchas de las conductas irregulares en las que podían incurrir no encontraban encaje en el Código Penal ni podían subsumirse en los tipos penales. El sentido y significado de este tipo de responsabilidad reside en los contenidos atinentes al buen gobierno y la buena administración en garantía de los derechos de los ciudadanos a la objetividad, la independencia, imparcialidad y la interdicción de la arbitrariedad, cuya extensión y significado cuenta con una vis atractiva al predicarse más allá del propio contenido de los textos legales y procedimentales o de los límites establecidos en la propia Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

Y es que la nueva realidad de nuestras sociedades, y su relación con el poder público, es determinante para afirmar que los ciudadanos reivindican un papel más activo en los asuntos públicos y demandan una actuación de autoridades públicas inspirada en los principios de transparencia, integridad y rendición de cuentas, que serán exigidos mediante el principio de responsabilidad. Puesto que la responsabilidad de los poderes públicos y de las personas a su servicio constituye un principio fundamental del Derecho público de cualquier país. Es, por así decirlo, un elemento basal sobre el que construimos el propio Estado de Derecho, y un elemento crucial para conseguir un buen gobierno y una buena administración.

Hasta hace pocos años, a pesar de que la legislación histórica española sí que se había hecho eco de un sistema de responsabilidad típicamente administrativo (baste señalar aquí el juicio de residencia), nuestro ordenamiento jurídico no había articulado ni incorporado un sistema de responsabilidad de los cargos públicos que, junto a la penal y contable protegiese en forma efectiva los contenidos atinentes al buen gobierno y a la buena Administración. En España, la responsabilidad administrativa de los altos cargos había estado carente de una regulación explícita frente a la existencia de una responsabilidad civil, penal y de la responsabilidad disciplinaria del régimen de función pública que viene siendo un elemento común prácticamente desde su constitución.

La responsabilidad penal o contable, tanto en la legislación criminal o de cuentas, habían encontrado su fundamento en la Constitución y en los correspondientes textos normativos. También la propia responsabilidad política que, por su propia naturaleza, contaba y cuenta con los cauces formales a través del control parlamentario mediante preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación, moción de censura o la cuestión de confianza, o mediante los cauces informales como puede ser la suspensión de militancia de cargos públicos a resultas de la apertura de eventuales procesos penales. Sin

embargo, no había sido así en el caso de los cargos públicos que, a salvo de la legislación histórica, carecían en nuestro sistema de las exigencias de una responsabilidad administrativa

El reto, como podrá imaginarse, era encontrar el necesario equilibrio entre la responsabilidad y la necesaria protección de la ciudadanía frente a las conductas irregulares de los cargos públicos. No obstante, cuando se pretende construir un sistema de responsabilidad administrativa de los altos cargos, la primera cuestión que ha de abordarse es la caracterización de dicha responsabilidad, la delimitación de su naturaleza. Para ello en esta tesis hemos acudido a una categoría jurídica sempiterna, de eterna discusión sobre su utilidad y contenido, que no es otra que la aplicación de la teoría de las relaciones de sujeción especial, elaborada por el Derecho alemán, ampliamente utilizada en España, y menos en el caso de Portugal, aunque la mejor doctrina como VIEIRA DE ANDRADE sí se haya hecho eco de la misma[994].

Ciertamente, y a pesar de que soy consciente de que no existe unanimidad doctrinal en torno a la aceptación de esta categoría jurídica, lo cierto es que, en mi opinión, es necesario dejar claro a la vista de las consideraciones emitidas por una parte de la doctrina, de la propia legislación y de la jurisprudencia que existen situaciones en las que se modulan los derechos de ciertos grupos de ciudadanos, que encuentran justificación en la especial relación o relación más intensa que mantienen con la Administración.

En este sentido, consideramos que en el ámbito de los altos cargos se dan estas circunstancias (que, incluso, persisten e inciden después de su cese durante un periodo de tiempo determinado). De esta forma, y en base a la inserción de un alto cargo en la esfera organizativa de la Administración, se establece un específico poder de organización y control de su actuación y de su propio comportamiento. Se imponen determinadas singularidades respecto de las condiciones de nombramiento (idoneidad y honorabilidad). Su función queda sometida a determinados principios de actuación, como los de objetividad, transparencia y austeridad. Se les exigen obligaciones específicas como la de formación, la de desempeñar sus funciones con integridad, absteniéndose, por tanto, de incurrir en conflictos de intereses y se prevé un particular modelo de incompatibilidades. Se articula un régimen retributivo y de protección social específico y de limitaciones al ejercicio de determinadas actividades económicas tras su cese, o el uso de medios de pago para los gastos de representación, etc. Y a los efectos de este trabajo, se delimita un régimen sancionador específico derivado de las anteriores exigencias.
Ello no significa, por supuesto, que dejen de regir principios tan importantes en nuestro ordenamiento constitucional como el de reserva de ley o de tutela judicial sobre el

[994] En la terminología utilizada por DIEZ SASTRE S, se trata de una categoría jurídica o concepto metodológico que pretende contribuir a la estructuración del pensamiento jurídico mediante teorías que, como ésta, cumplen funciones esenciales en el razonamiento para comprender la esencia de la institución estudiada. Matizando que una determinada relación o situación lo es o no lo es con independencia de la diversidad de contenidos que cada relación concreta pueda tener ((*La formación de conceptos en el Derecho público*. *Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018; "La relación jurídica en el sistema de Derecho administrativo", *Revista de Derecho Público*, nº 2, 2020).

ejercicio de sus derechos e intereses, pero sí se traduce en unas exigencias de comportamiento y de responsabilidad que no encontramos en la ciudadanía en general.

No obstante, esta consideración tiene sus consecuencias jurídicas. Y es que, como se ha abordado en la tesis, la relación de sujeción especial del alto cargo hace posible la doble sanción penal y administrativa de conductas irregulares que hayan sido tipificadas por infracciones administrativas y penales dado que, en estos supuestos, no concurre la triple identidad derivada del principio *non bis in ídem* al tratarse, digámoslo de una vez, de una responsabilidad disciplinaria.

El resultado final producido hasta ahora por el modelo de responsabilidad administrativa de los altos cargos, tal como hemos tratado de poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, parece poco alentador y efectivo. La normativa que la contempla (LTBG, LACAGE, más normas autonómicas) genera un alto grado de confusión y complejidad, le falta precisión y claridad y, en algunos casos, contundencia, y contiene evidentes deficiencias y notorias ausencias, Y todo desdibuja los objetivos y el propósito perseguidos por dicha normativa.

Segunda conclusión. Para aplicar de forma eficaz la responsabilidad administrativa de los altos cargos es imprescindible tener claro a quién se le exigirá, es decir, conocer de forma previa el ámbito subjetivo sobre el que recae y se aplica. Y la normativa no establece un concepto preciso suficientemente acabado y completo sobre el alto cargo. Todo lo contrario, existe confusión y poco rigor en la utilización del término.

A pesar de que uno de los objetivos de la LACAGE fue ofrecer una definición, lo cierto es que no existe en nuestro derecho positivo actual, como se ha puesto de manifiesto, un concepto correctamente delimitado de alto cargo. Como puede observarse la citada normativa no incorpora una definición conceptual sino una lista o enumeración de los cargos que pueden ser incluidos en el ámbito estatal. Esto que, en principio, podría parecer negativo por su resultado impreciso, en algunos casos puede tener ciertas ventajas al permitir ir adaptando el ámbito subjetivo de aplicación a las condiciones y requisitos exigibles en la actuación de los sujetos llamados a ejercer funciones públicas, y a los objetivos concretos que se persiguen dado el planteamiento funcional que informa la actitud del legislador. Sin embargo, y a pesar de todo, creo que debería deslindarse de forma mucho más efectiva y con mayor rigor la noción de alto cargo, delimitándolo de figuras afines como la dirección pública profesional, o la del personal eventual que desempeña funciones de confianza, mediante una regulación específica de ambas figuras. Similar conclusión se alcanza si acudimos al ámbito autonómico o local donde esa conclusión se ve confirmada e, inclusive, en algunos casos reforzada.

Pues, en el marco de la figura subjetiva del alto cargo que enumera la LACAGE pueden incluirse tanto los cargos electos como los cargos titulares de los órganos directivos de la organización central y territorial de la Administración General del Estado, así como los cargos de organismos institucionales o instrumentales, y los cargos relacionados con el servicio exterior. Por su parte, la LTBG especifica que las disposiciones sobre buen gobierno no afectarán, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar los altos cargos.
Por lo que volvemos a reiterar, a pesar de las enumeraciones establecidas en la normativa, la concreción del concepto de alto cargo no es una cuestión resuelta debido a la ausencia de una noción legal de dicho concepto.

Junto a las deficiencias del concepto de alto cargo, sorprende también la inusual y poco frecuente práctica de expedientes sancionadores de los altos cargos, cuando dicha responsabilidad debería exigirse de forma ordinaria y habitual. Sobre todo, teniendo en cuenta que el fundamento jurídico de dicha responsabilidad descansa en la idea, confirmada constitucional y normativamente, de que las actividades y actuaciones de los altos cargos estén plenamente sometidas al principio de legalidad, obligación constitucional consustancial al Estado de Derecho y a la vida democrática de nuestra sociedad, y que tiene como consecuencia inexcusable la vinculación y sujeción positiva a la Ley y al Derecho en el ejercicio de sus funciones, con las matizaciones admitidas normativamente.

Y junto a este claro sometimiento normativo de tipo constitucional, la LACAGE deja claro también que su actuación y actividad queda sujeta a una serie de principios reconducibles a dos grandes bloques, los principios de buen gobierno y buena administración, incluidos ambos en un amplio y extenso conjunto normativo de ámbito estatal, autonómico y local, y articulado fundamentalmente en la LACAGE, la LTBG, LPAC, LRJSP, más la normativa autonómica específica. Y esta normativa impone obligaciones positivas de hacer y de abstención en orden a respetar dichos principios.
Se trata esencialmente de los principios de transparencia, servicio objetivo a los intereses generales, desempeño de sus funciones con integridad, absteniéndose por tanto de incurrir en conflictos de intereses, la objetividad e imparcialidad, y la austeridad, todos ellos íntimamente vinculados y relacionados entre sí, y que informarán el régimen de su actuación, y con ello también de su responsabilidad.

Sorprende por todo ello el carácter extraordinario y excepcional de la práctica de esta responsabilidad, que se ha constituido en algo inusual y muy poco frecuente, cuando debería exigirse de forma ordinaria y habitual al contar con un claro fundamento constitucional, con un marco normativo específico y con unos principios que la presiden.

Tercera conclusión. *Creemos que el legislador debería ser mucho más incisivo, preciso y contundente con las exigencias normativas relacionadas con el inexcusable servicio objetivo del alto cargo. Pues, de ello depende un adecuado funcionamiento de los supuestos de abstención, la eficacia de los límites de su actuación, tanto pública como privada, un apropiado modelo de incompatibilidades, y un acertado y correcto planteamiento de los conflictos de interés.*

En la actualidad existe, desde nuestro punto de vista, un tratamiento normativo insuficiente en materia de abstención y recusación del alto cargo. Dicha regulación merecería ser repensada, de tal modo que sería aconsejable una revisión de las causas que provocan dichas situaciones precisamente para abandonar el carácter tasado y cerrado con que, en forma tradicional, han sido concebidas desde 1958. Sería conveniente tener en cuenta el régimen jurídico que, en esta concreta materia, encontramos en Portugal con los principios de impedimento y de sospecha si bien, y como también se ha expuesto, creo que la solución más adecuada en este punto es un sistema abierto que permita garantizar la objetividad. La integridad pública como vertiente esencial para hacer efectivo el principio de objetividad ameritaría acudir, en mi opinión, a un sistema presidido por una cláusula abierta como el conflicto de interés, sin perjuicio, eso sí, de la enumeración, entre otras, de una serie de motivos en los que su mera concurrencia, sin perjuicio de la

incidencia que ésta pueda tener en el actuar del órgano administrativo, implicaría el apartamiento del responsable del procedimiento.

Y es que, en efecto, el valor de la apariencia como requisito inexcusable de la confianza de los ciudadanos en la actuación de los poderes públicos ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha ido desarrollando la conocida como "teoría de las apariencias", es decir y en suma que los poderes públicos no sólo tienen que ser imparciales sino parecerlo como se puso de manifiesto desde la Sentencia de 17 de enero de 1970 (caso *Delcourt*).

Expresión de ello resulta ser el régimen jurídico de desempeño de las funciones atribuidas a los altos cargos. Y es que el ejercicio de sus funciones queda circunscrito en un régimen específico de incompatibilidades, exigencias en materia retributiva y conflictos de interés que constituyen las distintas herramientas utilizadas por la normativa para que los mismos sean un modelo de ejemplaridad en su conducta, esto es, que se cumplan los principios de integridad, objetividad e imparcialidad. Junto a ello, el establecimiento de una serie de límites a su actuación y a las actividades que pueden realizar durante el ejercicio del cargo, tanto actividades públicas como privadas, así como tras su cese, tienen su fundamento precisamente por la especial relación de sujeción que mantiene el alto caro durante el desarrollo de su labor profesional.

Por otro lado, la regla general que preside el desempeño del cargo es la dedicación exclusiva y una única retribución. Que es una de las reglas más clásicas entre las normas que configuran el régimen de incompatibilidades de los altos cargos y constituye el canon sobre la que se asienta el posterior régimen de limitaciones al ejercicio de actividades o la realización de determinadas funciones. El objetivo que se busca no es tan sólo que pueda existir merma en la dedicación al cargo, sino también y, sobre todo, por el posible menoscabo de la objetividad, independencia e imparcialidad Idea que subyace también respecto de la aceptación de regalos siguiendo, en este aspecto, la estela que se ha marcado en otros países como Portugal, Reino Unido o la propia Unión Europea. Bien es cierto que dicha regulación resulta inclusive más exigente en otros países que, como el caso de Portugal, alcanza también a familiares directos como cónyuges o parejas de hecho.

Lógicamente, estos límites o "incompatibilidades", no pueden ser absolutos, como de hecho se contempla tanto en la legislación estatal y autonómica, sino que deben ceder ante determinados supuestos lógicos, sin los cuales, conseguiríamos un efecto no deseado, a saber: desincentivar por completo el interés por el ejercicio de estas funciones a muchas personas válidas y brillantes con una carrera profesional que ameritaría el desempeño de las mismas. En general, puede decirse que la legislación con la que contamos actualmente, aunque con ciertos márgenes de mejora, ha regulado de forma satisfactoria esta cuestión detallando los supuestos en que, tanto en lo que se refiere a actividades públicas, como en lo que se tiene que ver con actividades privadas se acepta su realización por los altos cargos.

Asimismo, por otra parte, es preciso señalar que el diseño de un sistema de control por parte de la Oficina de Conflicto de Intereses resulta ser un plus en materia de evaluación de cumplimiento y de atención sobre las llamadas *red flags*. Bien es cierto que es preciso realizar dos observaciones. En primer lugar, si las declaraciones de actividades económicas y de bienes y derechos constituyen un mecanismo para poder controlar la

situación patrimonial del alto cargo antes, durante y después de su nombramiento, sería de mucho interés mejorar el sistema de transparencia y publicidad en esta materia que, en otros países europeos como resulta ser el caso de Portugal, encuentran un resultado mucho más acabado a fin de evitar conflictos como ya ha acontecido a propósito de la obligación de suministrar las declaraciones de actividades económicas y la declaración de bienes y derechos. En segundo lugar, y respecto del régimen jurídico de las autorizaciones para el ejercicio de actividades compatibles cabe poner de manifiesto que, aun cuando cuenta con una regulación excesivamente escueta en el ámbito estatal a diferencia del ámbito autonómico donde en general es más detallada y precisa, es a nuestro juicio un instrumento que debiera estar generalizado para todo tipo de actividades, salvo aquellos casos en que su utilización pudiera ser engorrosa y poco útil a los fines perseguidos.

Este régimen de limitación y control, respecto del ejercicio de actividades, se ve completado con el sistema establecido tras el cese y por un tiempo determinado que parece razonablemente fijado en dos años a fin de evitar las denominadas puertas giratorias, es decir, que el alto cargo pueda aprovechar los contactos o informaciones a los que ha tenido acceso como consecuencia del ejercicio de su cargo para iniciar una actividad profesional tras su cese, comprometiendo, en consecuencia, la objetividad de la actuación administrativa, lo que resulta compensado durante un tiempo determinado mediante una compensación indemnizatoria de carácter subsidiario.

En cuanto a los conflictos de interés, en mi opinión, se trata de un concepto que incluye reglas de prevención (abstención o inhibición) o de prohibición (incompatibilidades), pero, en cualquier caso, supone un paso más allá de éstas como una cláusula abierta y no delimitada en forma precisa justamente para no dejar fuera de la misma supuestos que no podrían no quedar incluidos en la enumeración que eventualmente se realizase, pero que pueden comprometer de forma efectiva la imparcialidad e independencia de los altos cargos.
es preciso poner de relieve que debe diferenciarse entre conflictos de interés e incompatibilidades ya que, si en los primeros se trata de prevenir una eventual situación de conflicto en el ejercicio de su actividad, en las segundas, las incompatibilidades, la ley presupone que la realización de determinadas actividades supondrá un demérito que, tarde o temprano, se reflejará en el correcto desempeño del cargo.

Por último, y con relación a la contratación pública, hemos puesto de manifiesto la importancia de la articulación de un sistema de integridad que prevenga de forma suficiente los conflictos de interés dado que el sector de la contratación pública es uno de los más expuestos a los riegos de gestión irregular, fraude y corrupción y estas conductas ilícitas distorsionan el mercado y provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios. Tanto en el sistema de la Unión Europea como en el caso de Portugal recientemente se han adoptado medidas para evitar dichos problemas. Sin embargo, no ha sido este el caso español, que salvo de alguna excepción como es el caso de Aragón o del Ayuntamiento de Vigo y las previsiones establecidas para la ejecución de los fondos *next generatión*, no constituye un ejemplo, y ello a pesar de la especial sensibilidad que respecto de esta materia están mostrando los tribunales administrativos de recursos contractuales.

Cuarta conclusión. ¿Es acertada la existente arquitectura institucional y organizativa para exigir la responsabilidad del alto cargo?

Un escenario en el que la integridad es un objetivo fundamental exige una arquitectura institucional-organizativa adecuada si queremos que las responsabilidades derivadas de la comisión de infracciones administrativas sean exigidas de forma efectiva. Hasta ahora el protagonismo en la lucha contra la corrupción ha correspondido exclusivamente a la Fiscalía y al orden jurisdiccional penal, así como a las Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía Nacional (UDEF) o la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO), lo que pugna con una adecuada gestión del buen gobierno y la buena administración y con el papel que la propia Administración, y con ella el Derecho administrativo, haya de jugar en esta concreta materia.

Y a la vista de la experiencia acumulada, tanto internacionalmente como nacionalmente, pasa necesariamente por que las instituciones encargadas de conocer y exigir la responsabilidad administrativa del alto cargo estén dotadas de una verdadera independencia orgánica y funcional, y de mecanismos efectivos de coordinación que hagan real y efectivas las previsiones normativas establecidas para ello. No ha sido así en nuestro país, donde no existe un definido y contundente impulso de una cultura ética y de integridad pública, y carecemos de una adecuada organización administrativa enmarcada en una estrategia integral y nacional contra el fraude y la corrupción. No se puede predicar objetividad e independencia del Consejo de Ministros como órgano competente para ordenar la incoación de los expedientes y la imposición de las sanciones cuando uno de sus miembros es el que ha cometido la infracción.

Por ello, los desafíos a establecer, si queremos que un sistema de integridad funcione conforme a los requerimientos internacionales existentes, han de centrarse fundamental y principalmente en aumentar la objetividad e independencia, así como la coordinación. Atendiendo, claro está, a las competencias que por imperativo constitucional ostentan los diferentes niveles territoriales en esta materia.

Y en dichos desafíos encontramos carencias relevantes y la ausencia de aplicación del sistema sancionador es la mejor muestra de ello. En este sentido, y a fin de hacer efectiva la independencia de en el ejercicio de estas funciones, caben distintas soluciones que básicamente se reconducen a dos principalmente. La primera, que ya ha sido experimentada en el ámbito autonómico consistiría en crear *ad hoc* instituciones especializadas con la necesaria independencia funcional, se adscriban o no a las instituciones parlamentarias (a título de ejemplo Cataluña, Valencia o Andalucía). La segunda, que debiera explorarse de forma previa a la anterior para conseguir la mayor racionalidad posible, atribuir dichas funciones a órganos ya existentes que cuenten con la necesaria independencia en el ejercicio de sus competencias (a título de ejemplo, Galicia). La amplitud y la diversidad de las funciones que se le atribuyan será una de las claves a tener en cuenta para optar o no por un camino u otro. No es preciso, aunque sería deseable a fin de facilitar su coordinación, un modelo único en los distintos niveles territoriales, pero en cualquier caso mucho más relevante que la unidad de la solución adoptada será que el resultado final sea un modelo que funcione, tanto en lo que se refiere a la vertiente preventiva, como la que aquí hemos venido denominando, y es el principal objeto de este estudio, la vertiente reactiva o sancionadora.

El segundo desafío a abordar, y no es menor, es la precisa coordinación entre las instituciones de control existentes, ya se trate de órganos especializados en el control económico-financiero (Tribunal de Cuentas y Cámaras de Cuentas), en la defensa de los

derechos de la ciudadanía (Defensor del Pueblo y similares), en la protección de principios y valores atinentes al buen gobierno (Consejos de Transparencia), con órganos internos cómo las inspecciones de servicio, etc. Pero ello implica algo más que declaraciones normativas en ese sentido que es lo que se ha realizado hasta ahora, requiere la delimitación de funciones con esos órganos y la articulación de instrumentos de coordinación entre los mismos. Me atrevo a proponer en este sentido, la creación de una instancia no personificada en la que participen esos distintos organismos existentes en cada nivel territorial que establezca lineamientos en el ejercicio de las funciones de control que se ejercen, refuerce la cooperación en el ejercicio de sus funciones y evite al fin ese escenario de "jungla de los controles" como a veces se ha denominado a la situación existente en esta materia.

Pero existe un tercer desafío, en el que hasta ahora me temo que nadie ha reparado, y es la necesaria previsión de mecanismos sustitutorios para aquellas entidades con escasa capacidad de gestión. Miles de pequeños y medianos municipios, entidades instrumentales como Mancomunidades, Consorcios, etc. han estado hasta ahora ajenas a estas preocupaciones, pero no exentas de los riesgos del fraude y la corrupción y del necesario impulso de una cultura ética y de integridad. Sería conveniente por ello buscar algunas soluciones, ya sea en el ámbito supramunicipal (Comunidades Autónomas o Diputaciones Provinciales) o mediante la creación de entes instrumentales que, como los Consorcios, permitan el desarrollo de estas funciones.

Quinta conclusión ¿Convive de forma armónica el sistema de responsabilidad administrativa del alto cargo con otros tipos de responsabilidades contempladas en nuestro ordenamiento jurídico?

El legislador de la LTBG califica como infracciones disciplinarias exclusivamente a un sólo grupo de los tres que incluye en su regulación[995], y aunque creo que dicha denominación, si bien es correcta para determinados tipos, no refleja realmente la naturaleza de todas las infracciones que hemos analizado en este trabajo. Desde mi punto de vista, las infracciones reguladas en el Título II de la LTBG son todas disciplinarias a pesar de que, para caracterizarlas y distinguirlas entre sí, se les otorgue otra denominación por razón de la materia sobre la que recaen. Esta cuestión que, en principio, podría parecer carente de relevancia, exclusivamente reducida a efectos conceptuales, en realidad no lo es en absoluto por las implicaciones que dicha cuestión puede tener respecto del bien jurídico protegido.

Los bienes jurídicos que pretende proteger genéricamente el sistema establecido en la LTBG a través de las infracciones y sanciones, están dirigidas a la protección de la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas mediante un comportamiento honorable, recto e íntegro de las personas designadas para el ejercicio de los altos cargos, tal como destaca con acierto COSTA GONÇALVES. No obstante, hay que poner de relieve que en cada uno de los subgrupos contemplados en la LTBG opera una específica protección que actúa en una triple dirección. El primer grupo, protege la conducta de los cargos públicos con arreglo a determinados principios generales y de valores de actuación; el segundo grupo, orientado de forma más específica a garantizar las

[995] Recordemos que la LTBG tipifica en el artículo 27 las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses; el artículo 28 contempla las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria; y el artículo 29 incluye las Infracciones disciplinarias (Títulos II).

obligaciones de integridad y objetividad en el ejercicio de sus funciones se ocupa de las incompatibilidades y los conflictos de interés; y, por último, el tercer grupo, el encargado de las infracciones en materia económico-financiera, se dirige a proteger los principios como la estabilidad presupuestaria o el correcto manejo de los caudales públicos.

Respecto del primero de los supuestos, las infracciones denominadas disciplinarias, debe destacarse que la solución ideada consistente en el trasvase de los tipos propios de la legislación funcionarial provoca los mismos problemas interpretativos, ampliamente criticados por la doctrina respecto de los empleados públicos. Y todo ello, a pesar de la remisión a los principios generales y de actuación que de forma específica regula la LTBG y que, sin embargo, no han sido inteligentemente utilizados para configurar tipos propios más adecuados a las exigencias que plantean el ejercicio de las funciones de los altos cargos.

Es de destacar, sin embargo, que en el caso de las Comunidades Autónomas en algunos supuestos se ha llevado a cabo con mucho más acierto que en la legislación estatal la necesaria adaptación de las infracciones disciplinarias al estatuto del alto cargo obviando la asimilación al estatuto funcionarial. Asimismo, debe advertirse que en las singularidades que ofrece esta normativa autonómica se incluyen tipos que, en la normativa estatal, aparecen en el segundo grupo de infracciones referidos a las incompatibilidades y conflictos de intereses lo que nos permite concluir la conveniencia de haber introducido una cierta coherencia en la clasificación de las infracciones realizada a nivel básico en la legislación estatal incorporando, asimismo, ciertas tipificaciones relativas a los conflictos de intereses y las incompatibilidades.

El segundo grupo de infracciones y sanciones, las referidas a las incompatibilidades y los conflictos de intereses, el legislador estatal ha renunciado a establecer tipos básicos, al considerar que debe ser la normativa propia cada Administración la que resulte de aplicación. Y esta falta de un cuadro homogéneo de infracciones produce un resultado asimétrico, poco coherente que impide alcanzar las mejores soluciones. En el ámbito autonómico la normativa que regula este tipo de infracciones las entremezcla con las infracciones disciplinarias *stricto sensu*, lo que ya puede ser indicio de que, en realidad, no estamos hablando de infracciones cualitativamente distintas o de distinta naturaleza.

En lo que se refiere a la esfera local el marco normativo de incompatibilidades y conflictos de interés presenta insuficiencias notorias desde el punto de vista de la objetividad y de la prevención de los conflictos de interés. El ámbito de aplicación de la LTBG plantea serias dificultades y el contenido de la propia regulación local se encuentra anclado en una visión idílica del desempeño de las responsabilidades públicas. A pesar de las recomendaciones que en esta materia se vienen sucediendo en el marco del Consejo de Europa que, como es suficientemente conocido, cuenta desde 2002 con un Código Europeo de Conducta para la Integridad Política de los Representantes locales y Regionales Electos. Cuyos artículos 4 y ss., contemplan una serie de medidas y prohibiciones para garantizar la integridad y la ética pública, comenzando por reivindicar la aprobación de un Estatuto de los cargos públicos locales.

Y todo ello ha influido para que distintas entidades locales, grandes, medianas y pequeñas hayan aprobado modificaciones de su Reglamento Orgánico para incluir obligaciones y compromisos de conducta en el ejercicio de los cargos públicos (Barcelona, Sevilla, Vigo, Victoria-Gasteiz, Bilbao, Alcantarilla, etc.). Impulsados, sin duda, por el Código de Buen

Gobierno Local aprobado por la Federación Española de Municipios y Provincias. No obstante, este mecanismo carece de herramientas coercitivas para impulsar el respeto a los principios del Código Europeo de Conducta para la Integridad Política de los Representantes locales y Regionales Electos. Y plantea serias dudas de constitucionalidad, dada la reserva de ley que existe en esta materia y en que muchos supuestos están salvando la respectiva Comunidad Autónoma.

Por último, y en lo que se refiere al bloque normativo relativo a las infracciones en materia económico-financiera recogido en el artículo 28 de la LTBG, se pretende alcanzar determinados objetivos de estabilidad y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la economía española, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia presupuestaria. Dada la ausencia en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria de un mecanismo sancionador a pesar del amplio repertorio de medidas preventivas, correctivas y coercitivas que contempla para asegurar la consecución de sus objetivos.

No obstante, la experiencia acumulada en materia económico-financiera muestra un rotundo fracaso de los tipos de infracciones recogidos en el artículo 28 de la LTBG. Fracaso que ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal de Cuentas en el Informe sobre fiscalización del cumplimiento de la LTBG por las entidades locales, de 22 de diciembre de 2020 (número 1418). Y que mucho nos tememos que pueda extenderse a otros ámbitos territoriales, dada la escasez y opacidad de datos que suelen mantener. En cualquier caso, la coexistencia del artículo 28 de la LTBG con la legislación presupuestaria que también contempla medidas en este aspecto no deja de plantear serios problemas como, con acierto, han denunciado los autores que se han ocupado de este tema (PALOMAR, LAVILLA, etc.).

Una hipotética interpretación de esta doble tipificación podría basarse en dos razones. La primera, que muchas conductas tipificadas en el procedimiento de resarcimiento de la LGP pueden ser realizadas por personas que ostentan la condición de alto cargo, pero también por quienes no ostentan dicha condición. Por lo que habrá que entender que podrán ser sancionados los altos cargos por las disposiciones normativas establecidas en la LTBG, y el resto de personal público (empleados públicos que realicen conductas tipificadas), por el EBEP, a pesar de no tratarse de infracciones de carácter disciplinario.

Una segunda razón, aún más plausible para explicar esa tipificación en la LTBG, se encuentra en el ámbito de aplicación de la LGP. Que según sus artículos 1 y siguientes se centra exclusivamente en el ámbito del sector público estatal. Sin embargo, algunas de las conductas tipificadas por la LTBG pueden ser aplicadas al ámbito autonómico y local. Por lo que la disposición final 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP) modificó el artículo 2 y 3 de la LGP, con efectos de 2 de octubre de 2016, para excluir de su ámbito de aplicación las conductas previstas en la LGP para los cargos autonómicos y locales, que resultará solo de aplicación al sector público estatal (artículo 177). Puesto que en aplicación del artículo 25 LTBG, quedan incluidas las personas que tienen la condición de alto cargo en el ámbito de la AGE (según especifica la LACAGE) y las personas que, conforme a legislación específica, tengan la condición de alto cargo en el ámbito autonómico y local lo que explicaría, al menos en este ámbito, la reiteración de tipos que pueden observarse en la normativa dictada.

El conjunto de reflexiones efectuadas en este bloque de infracciones nos ha hecho plantearnos tres cuestiones. Una primera cuestión de carácter sistemático, ¿era o no adecuado introducir dichas infracciones en la legislación de buen gobierno o hubiese sido de mayor acierto refundir las infracciones previstas en la legislación presupuestaria, la ordinaria y la propiamente referida a la estabilidad presupuestaria? Por otra parte, ¿hubiera sido conveniente incluir las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria en un solo texto legal evitando la dualidad de procedimientos a que puede dar lugar la subsistencia de ambas normas, posibilitando con ello la correcta compatibilidad entre las mismas? Por último, ¿hubiese sido conveniente revisar técnicamente la redacción y contenido de las tipificaciones efectuadas cuando cómo acontece en el caso de los entes locales las tipificaciones efectuadas hubiesen sido susceptibles de una más adecuada previsión? A las tres preguntas contestamos de forma positiva.

En cuanto a las sanciones establecidas para la represión de los tipos infractores, de nuevo nos encontramos con un cuadro asimétrico. De un lado, las sanciones incluidas en el artículo 30 LTGB son aplicables a las infracciones denominadas en el texto legal como infracciones disciplinarias *stricto sensu* y las infracciones relacionadas con el ámbito económico-financiero. Y de otro, las sanciones derivadas del esquema regulatorio relativo a los conflictos de intereses e incompatibilidades en las que hay que estar a lo que se prevea en el ámbito de las Comunidades Autónomas, dada la operación de remisión que hizo la LTBG en este aspecto. Lo que dibuja un escenario que dista de ser uniforme.

Como valoración general, y respecto del sistema globalmente establecido, se echa en falta una cierta coherencia en la previsión del sistema de infracciones y sanciones, que puede ser calificado de dispar en su conjunto. Las competencias autonómicas en la materia no justifican, desde mi punto de vista y al menos en un conjunto importante de supuestos, la sensación de desajuste e incoherencia que se produce. Otorgar credibilidad y sentido a la existencia de un sistema sancionador administrativo que trate de garantizar la integridad, la objetividad y la independencia en el ejercicio de los cargos públicos, obligaría en mi opinión a establecer una cierta homologación que hasta ahora brilla en muchos de sus aspectos por su ausencia. La experiencia que hasta ahora se tiene sin duda avala dicha reflexión.

De otro lado, y en ciertos supuestos, no está de más señalar que sería deseable que el sistema, con carácter general, estuviese dotado de una mayor contundencia dada la posición institucional que representan los cargos públicos en su conjunto y su influencia en la confianza de la ciudadanía en las instituciones que, por ello, y en todos los supuestos debiera tener como consecuencia una merma en la esfera personal y patrimonial del alto cargo y no reducirse a una mera cuestión que en algunos supuestos, podría parecer meramente estética. La remoción o la destitución del cargo va de suyo y no debiera de constituir reparación suficiente en ningún caso. Una utilización más decidida de las multas sería una buena opción junto con la redefinición de algunas sanciones como la imposibilidad del desempeño de cargos públicos por un determinado plazo que a nuestro juicio debiera de estar prevista en todos los supuestos de faltas graves o muy graves en todos los tipos de infracción, lo que, a título de ejemplo, no acontece en el caso de las sanciones previstas en la LTBG que queda reducido a las faltas muy graves.

Por último, se hace preciso poner también de relieve la desidia y el franco descuido del legislador en lo que se refiere a la construcción del sistema sancionador. Y es que, como

se ha puesto de relieve a lo largo del estudio, el sistema sancionatorio no empieza y acaba con la previsión de infracciones y sanciones. Un sistema es algo más que eso y requiere la atenta y cuidada regulación de un conjunto de instituciones que rodean la imposición de las sanciones y que, dicho sea con cierta resignación a estas alturas, no brilla con suficiente fulgor en la normativa analizada. De esta forma, y aun cuando se prevé con carácter general criterios para la imposición de las sanciones (repercusión en la ciudadanía, perjuicios para el interés público, etc.), se echa en falta la aplicación más decidida del principio de proporcionalidad en ciertas sanciones y unos criterios más homogéneos en la previsión de los distintos supuestos. En más y en menos. Igual puede decirse, con carácter general, respecto del régimen de prescripción, caducidad o cancelación cuya regulación, o la ausencia de la misma, pone de manifiesto a un legislador muy descuidado y una mala calidad normativa en las propuestas ya aprobadas.

En cualquier caso, y como acontece en el sistema de infracciones, debiera repensarse el modelo en su conjunto ya que éste presenta amplios márgenes de mejora en los distintos supuestos mencionados más arriba y, de otro lado, se percibe cierta incoherencia en las previsiones establecidas.

Sexta conclusión. A la vista de la regulación efectuada por el legislador estatal y autonómico, ¿funciona adecuadamente el sistema de responsabilidad administrativa del alto cargo?

Una visión integral de los problemas que afectan al buen gobierno de los asuntos públicos solo puede venir dado por la construcción de sistemas de integridad pública que combinen acertadamente los instrumentos y herramientas preventivos y reactivos que crean una cultura de la integridad pública en todos los niveles organizativos e institucionales. Planes de integridad, códigos éticos, canales de comunicaciones y denuncias, formación de los cargos y empleados públicos, etc. constituyen herramientas tendentes a reducir los riesgos de prácticas irregulares contrarias al interés general como el fraude, la corrupción y los conflictos de interés.

Si, por un lado, los medios preventivos tienen como finalidad evitar que la actuación irregular se produzca garantizando, a la vez, que el responsable público actuará defendiendo el interés público, por otro, los medios reactivos consistirán en que, una vez que se constata la existencia de un supuesto sancionable en los distintos ámbitos en que la responsabilidad viene establecida normativamente, existan cauces y procedimientos efectivos para la exigencia de la correspondiente responsabilidad. Una Administración eficaz como exige nuestro texto constitucional es también necesariamente una Administración con valores éticos presidida por la integridad.

Y es que el manejo de la integridad, y de los problemas a ella anidados, no puede dejarse solo al albur de la legislación, sino que mucho más allá es necesario reintroducir un concepto de ética en la Administración y gestión pública desde la propia "cultura" de los servidores y cargos públicos. Para ello, los códigos éticos y de conducta, a la vista de la experiencia tanto en nuestro país como en países extranjeros, sobre todo de tradición anglosajona, pueden resultar herramientas eficaces. Eso sí, estos códigos, para tener el alcance y la eficacia que se espera de ellos, exigen la concurrencia de ciertos requisitos. Es decir, al ser un medio de autorregulación, necesariamente deben ir engarzados en un sistema de integridad institucional que contemple todas las aristas para alcanzar una

buena gestión pública, entendida esta como aquella que no solo es eficiente y eficaz, sino que recupera y mantiene la confianza de los ciudadanos en servidores y cargos públicos que actúan para alcanzar el interés general. Y aquí hay luces, ciertamente, pero siguen existiendo sombras.

Bien es cierto que, en el caso español y a diferencia de lo que acontece en otros países como Italia o recientemente en el caso de Portugal, no existe la obligación de contar con planes de integridad pública a salvo de lo acontecido, en forma aislada y puntual, con los sistemas de prevención derivados de los fondos *next generation* que solo están referidos a la gestión de esos fondos. Si ciertamente se dispone de un marco legal que impulsa la existencia de marcos de integridad: códigos de conducta, mecanismos de prevención de conflictos de intereses, normativa sobre lobbies, etc., dicha obligación formalmente no existe. No, al menos, de forma generalizada salvo algún supuesto puntual y muy reciente en que así se ha contemplado (Comunidad Valenciana).

Tal afirmación resulta especialmente de aplicación a la Administración General del Estado cuyos cargos públicos no disponen de un código de conducta tras su derogación en 2015 aun con las imperfecciones que tuviese. Como se ha puesto de manifiesto en el estudio realizado, la utilidad de estos códigos queda decididamente conectada a la existencia de un marco de integridad que establezca consecuencias jurídicas respecto de su eventual incumplimiento, lo que no ha acontecido ni antes ni ahora. No es, sin embargo, el caso de distintas Comunidades Autónomas que, como se da cuenta en el cuerpo de este trabajo, sí han articulado una "infraestructura ética" que permite asentar y fortalecer una cultura de integridad que ayude a prevenir o identificar marcos de riesgo y evitar malas prácticas y actuaciones irregulares en su sector público. Como en tantos casos de estudio hemos constatado un avance, pero podríamos decir parodiando a Lenin que ese avance se realiza un paso adelante y dos atrás si observamos con un poco de detenimiento el comportamiento de nuestros cargos públicos, que todavía dista de ser un modelo de ejemplaridad en su conducta.

De otro lado, y en lo que se refiere a los instrumentos que hemos denominado reactivos y de exigencia de responsabilidad, se encuentra un escenario tremendamente complejo con exigencia de responsabilidades penales, contables, administrativas y disciplinarias no siempre bien articuladas y, en distintos supuestos, sobre todo los que tienen que ver con infracciones económico-financieras puede decirse que reiteradas. Todo ello pone en cuestión la vigencia y utilidad del principio *non bis in idem* en su aplicación en este sector del ordenamiento jurídico, inclusive tras la reciente jurisprudencia europea en la materia, dado que la admisión de distintas sanciones se ve condicionada a la concurrencia de ciertos requisitos que mucho nos tememos no están presentes en nuestro sistema.

Si a la vista de las declaraciones jurisprudenciales y los argumentos doctrinales no cabe sino afirmar que, como se ha podido comprobar en el estudio realizado, en principio es plenamente posible la exigencia a los altos cargos no solo de la responsabilidad disciplinaria derivada de la LTBG, sino también de la que eventualmente se derivase cuando los hechos realizados fueran constitutivos de una infracción penal, más problemático resulta, a la luz de la jurisprudencia europea (TEDH y TJUE) y los denominados criterios Engel, la relación de esta responsabilidad contemplada en la LTBG con otras eventuales y posibles responsabilidades derivadas de las previsiones establecidas en la normativa contable, la establecida en la legislación presupuestaria o,

inclusive, en otras normas administrativas especiales dada la inexistencia de criterios claros y coordinados en el tiempo para la exigencia de dichas responsabilidades.

Más problemático y, desde nuestro punto de vista, más discutible es su conciliación con lo que el principio *non bis in idem* representa en esa jurisprudencia, que será objeto de examen por el Tribunal Supremo en una cuestión con interés casacional planteada recientemente y que está pendiente de resolución. Pero, en cualquier caso, el que en la materia analizada un mismo hecho en la normativa de responsabilidad aplicable a altos cargos puede dar lugar no a una, ni siquiera a dos, sino inclusive a tres sanciones diferentes, sea cual sea la denominación que adopten, cuando se trata de actuaciones realizadas en la esfera económico-financiera no es reflejo, y ello con independencia de que finalmente se incurra o no en la infracción del principio que hemos estudiado, sino de una mal resuelta exigencia de responsabilidad en este campo que debiera ser enfrentada y ser objeto de solución.

Por último, es preciso referirnos a los aspectos competenciales y procedimentales que tan poca atención han recibido por parte del legislador estatal y autonómico. En lo referido a la competencia para la incoación, verdadero caballo de troya de esta cuestión, solo excepcionalmente vamos a encontrar su atribución a órganos dotados de autonomía funcional e, inclusive como acontece en el gobierno local, con graves deficiencias en esta materia como se ha puesto de manifiesto al señalar las carencias que la legislación de buen gobierno aprobada hasta ahora contempla. Con carácter general, asimismo, se pueden extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, que las soluciones pueden ser diversas con competencias atribuidas al Gobierno o a la Administración activa y cuya validez a mi juicio es notoriamente insuficiente, o a órganos específicamente creados a estos efectos cómo las Agencias Antifraude u otros de similar factura con independencia funcional siempre que esta sea efectiva o, simplemente como acontece en algún supuesto, no haber procedido en esta materia ni antes ni ahora a regular un aparato sancionador en este concreto aspecto; en segundo lugar, que creadas instancias específicas como las Agencias Antifraude, su competencia no se extiende en todos los casos a la sanción -sí a la prevención- de las conductas derivadas de la LTBG y legislación de desarrollo, sino que en unos casos se limitan a la investigación e inspección atribuyéndose las competencias sancionadoras al Gobierno y la Administración activa (no en otros supuestos en que en materia de incompatibilidades y conflictos de interés si se le atribuyen competencias sancionadoras específicas); por último, y en tercer lugar, es preciso poner de manifiesto, como ya se indicaba en el capítulo que dedicamos a la organización administrativa responsable de la prevención y represión de las conducta irregulares en el sector público, que ello dibuja un escenario de control complejo e ineficiente que dificulta notoriamente el propio ejercicio de dicha competencia.

Si atendemos, ahora a los aspectos procedimentales, y a lo que ha acontecido en una práctica caracterizada por la inhibición en la exigencia de responsabilidades, resulta que es en el inicio y efectiva incoación de estos expedientes donde hemos debido centrar nuestro estudio dado que otras fases de ese procedimiento sancionador, básicamente la instructora y la de resolución del procedimiento, no plantean singularidad alguna respecto del procedimiento sancionador o disciplinario de carácter general.

Una primera cuestión, por tanto, debe ser advertida con relación a las posiciones que se mantienen en el estudio efectuado. La remisión a las normas que rigen el procedimiento administrativo sancionador de carácter general no debiera hacer perder, al menos desde

mi punto de vista y de lo que se ha mantenido en este trabajo, el carácter disciplinario de este procedimiento con las consecuencias anudadas a dicha consideración y de las que hemos dado cumplida cuenta. Se trata, con independencia de los trámites procedimentales del concreto expediente que se analice, de un procedimiento de exigencia de responsabilidad disciplinaria (sanciones de autotutela) y no de exigencia de responsabilidad sancionadora de carácter general (sanciones de heterotutela).

Y de la labor realizada, es preciso poner de manifiesto, que las poco detalladas previsiones respecto de este asunto contenidas en la LTBG, que prácticamente reproducen la situación derivada de la legislación procedimental y que eran determinantes en el espacio local de gobierno de la no existencia siquiera de previsiones específicas en la materia que aclarasen el régimen de exigencia de responsabilidad, están mutando como consecuencia fundamentalmente de la incorporación a nuestro ordenamiento de las previsiones derivadas de las Directivas europeas en la materia como ya ha acontecido de forma efectiva en Portugal y la legislación aprobada en este país a finales de 2021. De esta forma, y por influencia de dicha normativa europea se han producido dos efectos muy relevantes que pueden coadyuvar a mejorar notablemente la situación existente hasta estos momentos: el primero de ellos, tiene que ver con el reconocimiento a la ciudadanía de ciertos derechos y protección al ejercer su derecho a la denuncia de conductas irregulares aún sin llegar a reconocerles la titularidad de un derecho subjetivo reaccional como han propugnado distintos autores como PONCE SOLÉ o CASTILLO BLANCO y ha sido rechazado, sin embargo, por otros como TAVARES DA SILVA; el segundo, relativo al status de las Agencias creadas de forma específica para velar por la integridad pública en distintas Comunidades Autónomas que, sin perjuicio de que pueda mejorarse su regulación, muestran una situación sin duda mucho mejor que la situación de partida que era francamente alentadora de la inacción y la desidia en la materia.

En lo que se refiere a la posición de la ciudadanía cabe destacar, sin embargo, que ese apoderamiento se realiza en forma mediata ya que, aun cuando a la ciudadanía se le reconocen ciertos derechos en esas normas a la hora de denunciar eventuales hechos que pudieran ser considerados irregulares, lo cierto es que esa denuncia y sus efectos lo son, no para iniciar un procedimiento sancionador en condición de interesado, sino para que en su caso se inicie un procedimiento de investigación sobre la veracidad de los hechos denunciados y, caso de que éstos se comprueben y pongan de manifiesto la eventual comisión de hechos ilícitos, proceder a ponerlo en conocimiento de los órganos competentes para la incoación del correspondiente procedimiento sancionador que valorarán si de la investigación realizada por estos órganos existen suficientes indicios que aconsejen la incoación del procedimiento. Y es que finalmente, y por la influencia que en esta materia ha tenido la Directiva de protección del denunciante, se está progresivamente reconduciendo la participación y la colaboración ciudadana en esta materia a la posibilidad por parte de los ciudadanos de interponer denuncias ante los canales internos y externos previstos en la legislación a estos efectos aprobada con las garantías que se contemplan en la misma que, sin reconocer la condición de interesado como han reivindicado distintos autores, asigna derechos y protección a los denunciantes

Refiriéndonos ahora al segundo de los efectos aludidos cabe decir que curiosamente, y sin embargo, dichas Agencias Antifraude, salvo en algunos supuestos concretos y en determinadas infracciones referidas al ejercicio de sus funciones, no ostentan potestad sancionadora respecto de las infracciones derivadas de la legislación de buen gobierno y, por ello, su actuación no determina en forma automática y necesariamente la apertura del

procedimiento sancionador sino que en realidad, y tras realizar sus funciones de investigación e inspección, elevan dichas actuaciones al órgano competente para la incoación del oportuno procedimiento que puede o no proceder a su incoación, bien es cierto que, en caso de no proceder a ello, deben con carácter general motivar dicha resolución. En definitiva, se trata, como con acierto ha detallado AMENOS ALAMO, en la mayoría de los supuestos de una resolución declarativa que se limita a acordar el traslado de las actuaciones practicadas al órgano competente que, en ese momento, ha de valorar las actuaciones practicadas y ha de iniciar, en su caso, el correspondiente procedimiento que refuerza, eso sí, dado el carácter del órgano y su independencia funcional (dependencia parlamentaria en muchos casos) la petición razonada que la legislación procedimental contempla como una de las posibilidades con que puede iniciarse el procedimiento sancionador.

Finalmente, y en relación a las actuaciones o informaciones previas que pueden ser ordenadas por el órgano competente para la incoación del expediente es de reseñar que la amplísima discrecionalidad establecida por la normativa procedimental y sancionadora existente con relación a la responsabilidad de los altos cargo, en cuanto a su finalidad, límites, garantías y duración, ha sido limitada, a nuestro juicio con acierto, por la más reciente jurisprudencia que anuda su realización a los deberes de buena administración que impone, tanto en lo referido al plazo como a las garantías que deben rodearlas, que las mismas no pueden ser utilizadas en detrimento de las derechos de defensa de los eventuales implicados.

Conclusión séptima. ¿Qué sería preciso cambiar el sistema de responsabilidad administrativa del alto cargo?

Una vez realizado el estudio y contestadas muchas de las cuestiones planteadas en los objetivos generales que integran la hipótesis inicial de este trabajo, nos resta concretar qué sería preciso cambiar el sistema de responsabilidad administrativa del alto cargo.

Siguiendo al profesor COSTA GONÇALVES, considero que el Derecho administrativo ha de tener un papel esencial en la defensa, protección y promoción de los princípios y valores atinentes al buen gobierno y a la buena administración. *Y creo, en el sentido expuesto, que es preciso para ello, si se pretende atajar las causas de porqué no funciona el sistema existente, atender fundamentalmente a tres aspectos: el primero de ellos, mejorar la organización administrativa establecida a fin de garantizar dicha responsabilidad; el segundo, articular de forma mucho más armónica, adecuada y eficaz la responsabilidad administrativa del alto cargo con la responsabilidad contable y la penal essencialmente, pero no solo, ya que hemos podido comprobar que pueden existir otro tipo de responsabilidades administrativas; y por último, disponer, de verdad, de un sistema sancionatorio bien concebido y articulado con una estratégia global de integridad pública, con reglas precisas y claras, y que responda a la protección de los bienes jurídicos que se pretenden preservar.*

En cuanto a la primera de las causas, tal y como puso de manifiesto NIETO a propósito de la responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos, el que sea la autoridad política la encargada de acordar la incoación del procedimiento disciplinario, cuando, en ciertas ocasiones, como puede ser que la inactividad de dicho cargo pudiera tener algún tipo de culpabilidad o intervención mediata en la comisión de la falta o infracción por parte del alto cargo condiciona la exigencia de responsabilidad. Y mucho. Mutatis

mutandis podríamos referirnos con similares palabras a la responsabilidad de los cargos públicos que hemos abordado en este estudio. Sin órganos funcional y orgánicamente independientes difícilmente escalaremos en la consecución de los objetivos que se persiguen. Y es que la competencia sancionadora para castigar las infracciones cometidas por autoridades y altos cargos, tal como hemos visto, se atribuye en la mayoría de los supuestos a la propia Administración incumplidora a la que pertenecen. La consecuencia es clara: en solo contadas ocasiones siendo optimista se exigirá cualquier tipo de responsabilidad. Ya se hacía eco de ello CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR proponiendo que las potestades de incoación y sanción correspondieran al Congreso de los Diputados. El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma ha corroborado la subsistencia de dicho problema y, al menos hasta ahora y en gran medida salvo casos puntuales, su falta de solución.

En segundo lugar, y en lo que se refiere estrictamente al régimen jurídico de la responsabilidad, existe una ardua y amplia tarea por desempeñar ante las deficiencias detectadas y que hemos ido apuntando a lo largo de este trabajo. Sería necesario y muy conveniente una determinación más precisa del ámbito subjetivo de aplicación del mismo; una más adecuada articulación de las distintas responsabilidades en que puede incurrir un cargo público; una mejor y más correcta definición de qué conductas han de ser objeto sanción acorde con los principios y valores que se trata de proteger con la legislación de buen gobierno; el establecimiento de un sistema de sanciones que sea realmente disuasorio, etc. son tareas todas ellas por emprender si de verdad se pretende configurar, como así debiera de ser, un sistema de responsabilidad administrativo que no haga descansar en la jurisdicción penal, tan solo, la defensa del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos.

Por último, y en tercer lugar, es preciso subrayar que si disponer de una buena organización administrativa es muy relevante, y articular una respuesta represiva desde el Derecho administrativo sancionador estimo que es imprescindible, mucho me temo que no bastará para alcanzar los objetivos que se persiguen con la legislación de buen gobierno si no enmendamos, al unísono, la situación existente que permita, tanto a nivel preventivo como reactivo, articular una estrategia y un sistema de integridad pública que realmente funcione y disuada de las irregulares conductas hasta ahora detectadas. La regulación efectuada, hasta el momento, si bien incorpora elementos valiosos para ello no tiene, con carácter general, esa perspectiva.

Son, como ya podrá imaginarse, tres graves déficits que explican, a pesar de los avances que se están produciendo en los últimos años, el fracaso que las políticas de integridad pública están recogiendo en nuestro país. No creo que se pueda cosechar peor resultado que el incumplimiento sistemático de las disposiciones legales con el beneplácito de los poderes públicos en cualquier ámbito objeto de regulación, pero si, además, nos referimos a una materia como la ética y la integridad pública, podemos estar resquebrajando el contrato social con la ciudadanía que sustenta el sistema democrático y logrando el mayor de los descréditos.

RESUMO E CONCLUSÕES

1. UMBERTO ECO referiu-se a uma tese de doutoramento como "um trabalho datilografado, com extensão média variando entre cem e quatrocentas laudas, no qual o estudante aborda um problema relacionado com o ramo de estudos em que pretende formar-se." Se admitirmos esta definição, com excepção à referência tecnológica que já foi deixada atrás, e a aplicarmos ao presente estudo, ter-se-ia de concluir que o problema a que se refere esta tese de doutoramento não é outro senão a resposta a uma série de perguntas através do estudo e da reflexão sobre a legislação ditada em Espanha relativamente à legislação sobre boa governação e, mais especificamente, sobre a responsabilidade dos funcionários públicos, nomeadamente: faz sentido ter estabelecido uma responsabilidade administrativa dos altos funcionários no exercício das suas funções? Qual é a natureza desta responsabilidade? Quais são os requisitos essenciais para que este sistema de responsabilidade funcione harmoniosamente com outros tipos de responsabilidade contemplados no nosso ordenamento jurídico? É correta a arquitectura institucional e organizacional proporcionada para exigi-la? Tendo em conta a regulamentação feita pelo legislador estatal e pelos legisladores autónomos, será que este sistema de responsabilidade funciona? E, como correlato destas, a conclusão necessária seria: O que precisaria de ser alterado?

Como COSTA GONÇALVES destacou, sendo o Direito Administrativo o Direito da Administração, faz todo o sentido supor que este deve desempenhar um papel decisivo na luta contra a criminalidade administrativa e que, na realidade, ainda deve ser construído um *Direito Administrativo da criminalidade administrativa* ou *Direito Administrativo da corrupção*. Parafraseando este autor, temos de dizer que, embora esta construção, para a qual também tentámos contribuir com este trabalho, faça sentido, resta saber se o papel do legislador tem sido correcto na precisa articulação deste.

A introdução no ordenamento jurídico espanhol de um sistema de sanções administrativas, juntamente com a responsabilidade criminal e contabilística, que pode aplicar-se aos funcionários públicos por conta do correcto exercício das suas funções, foi uma das respostas do legislador mais recente às diferentes circunstâncias, nomeadamente a crise económica que começou em 2008, que foram decisivas para a exigência da cidadania de um maior empenho na ética e integridade por parte dos nossos funcionários públicos. Desta forma, e no domínio político, a sua principal manifestação surgiu com o chamado 15-M que, por sua vez, teve como resultado mais relevante a fragmentação do espectro político com o aparecimento de forças políticas que, nos seus programas, incluíam a ideia de exigir a integridade como elemento essencial da sua acção política.

Os efeitos desta crise manifestaram-se em diferentes direcções. O principal objectivo deste estudo é salientar o declínio da credibilidade da cidadania nas instituições básicas da vida democrática, nomeadamente, em relação com a confiança na chamada classe política. As sondagens de opinião realizadas pelo *Centro de Investigaciones Sociológicas* (CIS) nos últimos anos são bastante eloquentes e mostram até que ponto a cidadania têm perdido a confiança nos partidos políticos e nos próprios agentes e funcionários públicos.

A este respeito, e a título de exemplo, no barómetro do CIS (Março de 2016) já havia um elevado nível de preocupação sobre a corrupção e o fraude (47,5%), mas anos mais tarde, em certos momentos, os "políticos" foram considerados o segundo problema nacional com 49,5% dos inquiridos (Janeiro de 2020). Ambos os problemas na percepção da cidadania espanhola apenas foram ultrapassados pelo desemprego. Por sua vez, a ONG *Transparency International*, no seu ranking anual global do Índice de Percepção da

Corrupção (IPC), assinalou que, segundo os últimos dados disponíveis na altura da redação do presente relatório, em 2021 a Espanha tinha caído um ponto em relação ao ano anterior (61 pontos), abaixo de países como Portugal, Lituânia ou Coreia do Sul. Uma pontuação mais alta significa uma menor percepção da corrupção. Uma economia como a espanhola, que está entre as 15 melhores do mundo, não devia estar abaixo dos 70 pontos. A Espanha, alem disso, está classificada na posição 34 de 180 no ranking global do IPC, juntamente com a Lituânia. Finalmente, vale a pena sublinhar que a Espanha ocupa a posição 14 de 27 na União Europeia, tendo também caído duas posições em comparação com o ano anterior.

Poder-se-ia pensar que estes dados não são significativos, já que, afinal de contas, é apenas uma perda de um ponto. No entanto, e pelo menos ao meu parecer, creio que a leitura correcta destes dados, juntamente com a necessidade de continuar a apelar à vigilância nesta matéria de exigência de integridade na gestão do tesouro público e no exercício correcto do poder público, levanta a questão de que os dados reflectem algo que sustenta a hipótese que será mantida no estudo realizado, nomeadamente: a legislação adotada no domínio da boa governação, e mais especificamente a que se refere à exigência de responsabilidade administrativa dos funcionários públicos que são objecto deste estudo, não está a oferecer os resultados esperados. Pelo menos, por enquanto. Receamos muito que, com o actual quadro regulamentar, dificilmente os possa oferecer a médio e longo prazo, dada a regulamentação artificioso, assistemática e confusa que já foi feita deste sistema sancionatório no lote de regras ditadas desde 2013 a nível estadual e das comunidades autónomas. Basta ler o Relatório do Tribunal de Contas sobre a auditoria do cumprimento da Lei de Transparência e Boa Governação nas entidades locais (n.º 1418), de 22 de Dezembro de 2020, que ecoámos neste estudo, e que nos permite com dados detectar deficiências graves, ou melhor, gravíssimas, no funcionamento eficaz do sistema sancionatório estabelecido.

A estes efeitos, o problema a que se refere esta tese de doutoramento não é outro senão a resposta a uma série de questões através do estudo e reflexão sobre a legislação ditada em Espanha em relação à boa governação e, mais especificamente, sobre a responsabilidade dos funcionários públicos, nomeadamente: faz sentido ter estabelecido uma responsabilidade administrativa dos altos funcionários no exercício das suas funções? Qual é a natureza desta responsabilidade? Quais são os requisitos essenciais para que este sistema de responsabilidade funcione harmoniosamente com outros tipos de responsabilidade contemplados no nosso ordenamento jurídico? É correta a arquitectura institucional e organizacional proporcionada para exigi-la? Tendo em conta a regulamentação feita pelo legislador estatal e pelos legisladores autónomos, será que este sistema de responsabilidade funciona? E, como correlato destas, a conclusão necessária seria: O que precisaria de ser alterado?

A hipótese em que este estudo se baseia como afirmação provisória, e que tentámos verificar ao longo dos diferentes capítulos e secções deste trabalho, é que este regulamento tem sido de pouca ou nenhuma utilidade, e certamente não cumpre a função para a qual foi promulgado. Em qualquer caso, é conveniente ter em conta desde já, que a hipótese foi levada a cabo com notórias deficiências que devem ser levadas em consideração se realmente temos a pretensão de construir um sistema integral de integridade pública que inclua não só instrumentos de prevenção e de gestão de riscos, mas também instrumentos reactivos destinados a exigir as responsabilidades apropriadas

pelo não cumprimento e utilização irregular do tesouro público numa concepção ampla deste, tal como apontam alguns estudos realizados na doutrina científica.

A constatação ou não da hipótese em que este estudo se baseia exige a análise de uma série de questões que constituem a base do estudo realizado e que nos permitem, no final deste trabalho, dar uma resposta completa às questões que sustentam a hipótese formulada. Vai ser necessário investigar duas linhas de trabalho, na realidade dois blocos temáticos, que são objecto de análise dos diferentes capítulos desta tese de doutoramento: o primeiro, referindo-se ao estatuto jurídico dos altos funcionários a fim de determinar o que deve ser protegido e com que intensidade, com o estabelecimento de um sistema de responsabilidade administrativa que proteja os bens jurídicos derivados deste estatuto; e a segunda, que, como não poderia deixar de ser, nos obriga a investigar o sistema estabelecido, os seus tipos de infractores, as suas sanções, os problemas colocados pela coexistência deste tipo de responsabilidade juntamente com outros tipos de responsabilidade jurídica, tais como a responsabilidade criminal ou contabilística e as singularidades dos procedimentos para a execução desta responsabilidade. Ambos serão misturados uma vez que, na nossa opinião, a articulação adequada do segundo bloco está directamente relacionada com o conteúdo do primeiro, a fim de determinar se está ou não de acordo com eles.

Para tornar este objectivo eficaz, utilizámos técnicas de raciocínio lógico, tão típicas das ciências sociais e jurídicas, tais como técnicas indutivas e, portanto, partindo de premissas específicas que nos ajudam a chegar a uma conclusão geral, ou técnicas dedutivas baseadas na identificação e análise de princípios gerais, a fim de chegar a conclusões específicas.

Vale também a pena mencionar, dada a natureza desta tese de doutoramento que aspira à menção internacional incluída nas normas que regulam os nossos estudos de doutoramento, a importância do Ordenamento jurídico português, que tive oportunidade de aprender graças ao Professor Costa na Universidade de Coimbra, um ordenamento jurídico que permeia todo o trabalho realizado, desde a natureza da responsabilidade sancionatória estudada, o estatuto dos altos funcionários, a arquitectura institucional estabelecida para preservar a integridade, os conflitos de interesses no procedimento administrativo e nos contratos públicos, etc. Mesmo nos regulamentos mais recentes que tive a oportunidade de conhecer após esta estadia, tem sido uma fonte constante de inspiração como se reflecte ao longo do estudo realizado.

2. A responsabilidade do Estado e das pessoas ao seu serviço é um princípio fundamental do Direito público de qualquer país. É, por assim dizer, um elemento básico sobre o qual construímos o próprio Estado de direito. E, como se pode facilmente deduzir, é um elemento crucial para alcançar a boa governação e a boa administração.

Neste sentido, o primeiro capítulo tenta dar uma resposta à natureza e base da responsabilidade administrativa dos funcionários públicos e, para tal, explora os princípios constitucionais em que esta responsabilidade se baseia, que na nossa opinião são fundamentalmente os princípios da legalidade, objectividade e interdição da arbitrariedade que sustentam o que poderia ser chamado o ordenamento jurídico de integridade no nosso texto constitucional.

Porém, também aborda os diferentes tipos de responsabilidades a que estes cargos estão sujeitos com a intenção de delimitar este tipo de responsabilidade, objecto do nosso estudo relativamente às restantes responsabilidades em que os poderes e funcionários públicos podem incorrer, que, em última análise, são derivados da dicção do artigo 9.3º CE. Para este fim, a doutrina francesa distingue, numa primeira fase, entre a noção de falta de serviço ou funcionamento anormal (*faute de service*) da Administração Pública, diferente da noção de falta pessoal (*faute personnelle*) do pessoal ao seu serviço. Embora possam existir inter-relações entre elas, podem ser facilmente delimitadas para apreender de forma mais correcta o objecto de estudo. Por outro lado, e numa altura posterior, temos de delimitar e distinguir o objeto do nosso estudo da responsabilidade política, que não é uma responsabilidade jurídica como a analisada neste trabalho, embora, como pode ser imaginado, esteja intimamente relacionada.

Em seguida, a fim de responder à questão da natureza deste tipo de responsabilidade, estudamos e analisamos se a categoria jurídica das relações especiais de sujeição é ou não adequada para caracterizar este tipo de responsabilidade e, sobretudo, que consequências tal caracterização pode ter. Como os dois capítulos seguintes mostrarão, acreditamos que a posição institucional do alto funcionário, as limitações aos seus direitos e as exigências de certos comportamentos na sua forma de agir encontram a sua explicação mais apropriada nesta categoria jurídica. Por muito discutido que possa ter sido.

Finalmente, este capítulo explora o fundamento e a finalidade deste tipo de responsabilidade exigida aos funcionários públicos e que, como será oportunamente explicado, se encontra entre os conteúdos relativos à Boa Governação e à Boa Administração das coisas públicas.

Nesta perspectiva, até há alguns anos atrás, e embora a legislação histórica espanhola tivesse ecoado um sistema de responsabilidade tipicamente administrativo (basta apontar aqui o juízo de residência), no Estado constitucional não tínhamos articulado no nosso sistema um sistema de responsabilidade para os funcionários públicos que, juntamente com a responsabilidade penal e contabilística tradicionalmente existentes no nosso ordenamento, protegesse efectivamente os conteúdos relacionados com a boa governação e a boa administração. A responsabilidade administrativa careceu de regulamentação explícita no ordenamento jurídico espanhol, e embora a responsabilidade civil, criminal e administrativa tenha sido um elemento comum no regime dos funcionários públicos praticamente desde o início do sistema da função pública de Espanha, o mesmo não aconteceu com os funcionários públicos que, à excepção da legislação histórica, como já dissemos, careciam de qualquer tipo de exigência de responsabilidade administrativa.

Como dissemos, este não foi certamente o caso da responsabilidade criminal ou contabilística que, tanto na legislação criminal ou contabilística, tinham uma base tanto na Constituição como nos textos regulamentares correspondentes. Ou da própria responsabilidade política, que, pela sua própria natureza, tem canais formais através do controlo parlamentar, tais como uma moção de censura ou a questão de confiança, e canais informais, tais como a suspensão de exercício de cargos públicos em resultado da abertura de possíveis processos penais.

O desafio, como pode ser imaginado, é encontrar o equilíbrio necessário entre a responsabilidade do pessoal ao serviço da Administração (sujeito a uma relação laboral ou estatutária) e a protecção da cidadania contra comportamentos irregulares dos outros.

O resultado, como tentamos mostrar ao longo destas linhas, é que este regulamento tem tido pouca ou nenhuma utilidade e, em qualquer caso deve ser salientado neste ponto, tem sido executado com deficiências notórias, o que o torna inválido para os fins a que se destinava.

Por esta razão, e se se procura a construção de um sistema de responsabilidade sancionatório administrativo, a primeira missão a ser abordada é a caracterização dessa responsabilidade, a delimitação da sua natureza, e para isso recorremos nesta tese a uma categoria jurídica sempiterna, de discussão eterna sobre a sua utilidade e conteúdo, que não é outra senão a teoria das relações de sujeição especial derivada do direito alemão e que tem sido amplamente utilizada em Espanha e muito menos no caso de Portugal, embora seja a melhor doutrina, como VIEIRA DE ANDRADE ecoou. Uma categoria jurídica, um conceito metodológico na terminologia utilizada por DÍEZ SASTRE, que é decisivo para uma aplicação binária - uma determinada relação ou situação é ou não é, independentemente da diversidade de conteúdos que cada relação específica possa ter - o que leva a consequências diferentes. A pretensão é contribuir para a estruturação do pensamento jurídico por meio de teorias que, como esta, cumprem funções essenciais no raciocínio jurídico, a fim de compreender a essência das instituições.

Certamente, e embora eu esteja ciente de que não há unanimidade sobre a existência desta categoria jurídica, a verdade é que, na minha opinião, é necessário deixar claro, tendo em conta a doutrina, a própria legislação e a jurisprudência dos nossos tribunais, que existem situações em que os direitos de certos grupos de cidadãos são modulados, o que se justifica pela relação especial ou relação mais intensa com a Administração em que se encontram. Isto não significa, evidentemente, que princípios tão importantes do nosso ordenamento constitucional como a reserva da lei ou a tutela jurisdicional sobre o exercício dos seus direitos e interesses deixem de se aplicar, mas traduz-se em certos requisitos de comportamento e exigências de responsabilidade que não encontramos na cidadania em geral.

Neste sentido, consideramos que estas circunstâncias estão presentes no domínio dos altos funcionários (que até os afectam depois de terem deixado o cargo por um determinado período de tempo). Desta forma, e com base na inserção de um alto funcionário na esfera organizacional da Administração, é estabelecido um poder específico de organização e controlo sobre as acções e o próprio comportamento dos altos funcionários. Assim são reguladas as singularidades relativamente às condições de nomeação (idoneidade e honorabilidade). O exercício da função do alto cargo sujeito a certos princípios de acção é imposto. Estão incluídas obrigações específicas, tais como a formação, a obrigação de desempenhar as suas funções com integridade, abstendo-se assim de incorrer em conflitos de interesses, e estão previstas situações de incompatibilidade. As obrigações de objectividade, transparência e austeridade são estabelecidas. É regulamentado um sistema de remuneração e protecção social específico e articula-se um sistema específico de limitações ao exercício de actividades económicas após a sua cessação, ou à utilização de meios de pagamento para despesas de representação, etc. Finalmente, e para efeitos deste relatório, é definido um regime sancionatório específico derivado dos requisitos acima mencionados, que é o objecto de análise.

No entanto, esta consideração tem também efeitos jurídicos e, como foi discutido na tese, a relação de sujeição especial do alto funcionário torna possível a dupla sanção penal e administrativa de conduta irregular que tem sido tipificada por infracções administrativas

e penais, dado que, nestes casos, a tripla identidade derivada do princípio *non bis in idem* não se aplica, digamos de uma vez por todas, uma questão de responsabilidade disciplinar.

Uma vez definido o objecto de estudo e a natureza disciplinar desta responsabilidade, foi também necessário referir-se ao seu fundamento. O sentido e o significado deste tipo de responsabilidade no domínio dos altos funcionários reside nos conteúdos relacionados com a boa governação e a boa administração na garantia dos direitos dos cidadãos à objectividade, imparcialidade e interdição da arbitrariedade. Em toda a extensão do seu significado e para além do próprio conteúdo destes novos direitos nos textos jurídicos processuais ou na própria Carta Europeia dos Direitos Fundamentais.

Do ponto de vista deste estudo, a nova realidade das nossas sociedades e a sua relação com o poder público são decisivas para afirmar que os cidadãos exigem um papel activo na sua participação nos assuntos públicos, exigindo o seu direito a uma política pública inspirada em princípios como a transparência, a integridade, a prestação de contas e, em última análise, a exigência de responsabilização e também de serem garantes do interesse geral, que não é delegado exclusivamente aos representantes democraticamente eleitos, mas que é da responsabilidade de todos nós como um direito republicano da cidadania.

3. Mas quando se trata de investigar o sentido e o alcance da responsabilidade dos altos funcionários, as dificuldades não param aqui. Como já foi posto em evidencia no segundo capítulo deste trabalho, não existe sequer um conceito de alto funcionário suficientemente completo e abrangente nos regulamentos de Espanha. Pelo contrário, há confusão e falta de rigor na utilização desta expressão.

Neste sentido, neste capítulo, e como consequência da natureza com que temos caracterizado a relação de serviço dos altos funcionários, interrogamo-nos sobre o conceito impreciso de alto funcionário, a fim de determinar quem está incluído nesta categoria a que funções especiais são atribuídas, mas também, como já observámos, certas limitações.

Depois disto, aprofundando no conteúdo desta relação especial, são analisados os princípios pelos quais as suas acções devem ser orientadas, uma vez que deles derivam certas obrigações que afectam directamente o seu regime jurídico, algumas delas de natureza constitucional, e cuja violação leva a incorrer na responsabilidade que é objecto de estudo desta tese de doutoramento.

De acordo com este esquema, é de notar que embora, dada a natureza desta relação, se possa concluir que o conceito de alto funcionário pode incluir tanto os funcionários eleitos como os titulares de cargos nos órgãos executivos da organização central e territorial da Administração Geral do Estado, bem como os cargos institucionais ou instrumentais, incluindo os do serviço externo, o facto é que, apesar das listas de cargos estabelecidas nos regulamentos, a definição do conceito de alto funcionário não é uma questão resolvida devido à ausência de uma noção jurídica deste conceito. Apesar de um dos objectivos da Lei sobre Altos Funcionários da Administração Geral do Estado (LACAGE, na sigla em espanhol) ser o de oferecer uma definição dos altos funcionários, já sabemos que não existe um conceito preciso e correctamente delimitado de altos funcionários no actual direito positivo. Como se pode ver, em vez de uma definição conceptual, esta legislação é mais uma ligação ou enumeração dos mesmos a nível estatal. Isto poderia, em princípio, parecer negativo devido à sua natureza imprecisa, embora seja verdade que pode ter as

suas vantagens porque permite adaptar o âmbito de aplicação das condições e exigências para que as acções dos chamados a exercer funções públicas sejam adaptadas aos objectivos específicos prosseguidos, dada a abordagem funcional que informa a atitude do legislador. No entanto, e apesar de tudo, parece que se deve concluir que a noção de alto cargo deve ser dissociada mais eficaz e rigorosamente das figuras como a gestão pública profissional através da regulamentação eficaz dos altos funcionários ou do pessoal interino que desempenha funções de confiança em relação a estes. Chega-se a uma conclusão semelhante quando olhamos para o nível autonómico ou local, onde esta conclusão anterior, alcançada após análise da legislação estatal, é confirmada e, em alguns casos, até reforçada.

Independentemente disto, ou seja, da delimitação defeituosa do âmbito subjectivo da responsabilidade abordada neste estudo, convém fazer referência a que o fundamento desta reside na ideia, confirmada constitucional e legalmente, de que as actividades e acções dos altos funcionários são de natureza pública e estão sujeitas ao princípio da legalidade. Esta ideia, inerente ao Estado de direito e à vida democrática da sociedade, tem como consequência indesculpável os factores condicionantes que as suas acções na vida pública apresentam, tais como a sujeição positiva à Lei e ao Direito com as nuances adequadas que foram devidamente explicadas, mas também a responsabilidade derivada do exercício das suas funções atinentes a estes em consequência do seu desconhecimento e que implica, de acordo com os princípios que informam o seu regime jurídico, obrigações positivas de fazer e de se abster para respeitar esses princípios. Isto contrasta com as acções dos indivíduos em relação ao ordenamento jurídico, que são regidas, como é sabido, pelo princípio da autonomia da vontade que se traduz na permissibilidade de fazer tudo o que beneficiar os seus direitos e interesses, excepto o que é proibido por lei.

A exigência constitucional de que as acções do Governo e da Administração sejam realizadas de acordo com os mandatos constitucionais, em conformidade com a legalidade e com a plena submissão à Lei e ao Direito (artigos 97º e 103º CE), obriga-nos a considerar o fundamento desta estreita e rígida ligação dos poderes públicos e o bloco de regulamentos, dado que estão em jogo os interesses gerais da sociedade (ligação positiva), e a reflectir sobre os princípios que a regem. No que respeita aos princípios que orientam esta acção e à actividade do alto funcionário, devemos recorrer a um conjunto de regulamentos que derivam não só, a nível estatal (poderíamos também dizer a nível autonómico ou local), da LACAGE à qual já fizemos referência, mas também da Lei da transparência e Boa Governação (LTBG), da Lei do Procedimento Administrativo Comum (LPAC) e da Lei do Regime Jurídico do Sector Público (LRJSP). No entanto, a verdade é que, na realidade, os preceitos estabelecidos nestes regulamentos podem ser rastreados até dois grandes princípios de acção, nomeadamente os princípios da boa governação e da boa administração. Estes princípios têm como consequência o estabelecimento de certas obrigações que afectam directamente o seu regime jurídico, algumas das quais de natureza constitucional. Estes princípios são complementados por outros após a entrada em vigor de certos regulamentos, tanto a nível do Estado como das comunidades autónomas, tais como o princípio da transparência, o serviço objectivo ao interesse geral, o desempenho das suas funções com integridade, abstendo-se assim de incorrer em conflitos de interesse, objectividade e imparcialidade, responsabilidade e austeridade. Todos eles estão intimamente vinculados, interligados e inter-relacionados e informarão o regime de acção, e portanto também a responsabilidade, de todos os funcionários públicos.

4. Uma expressão de tudo isto é o regime jurídico para o desempenho das funções atribuídas aos altos funcionários, que tratamos no terceiro capítulo e que deve inspirar, no essencial, a definição dos tipos de infracções atinentes a este sector do ordenamento jurídico. Precisamente por esta razão, e já neste capítulo, dedicamos especial atenção ao *status* jurídico derivado da situação em que se encontram os funcionários públicos, que se distingue claramente da dos empregados públicos, e na qual encontraremos a razão de ser de muitas das infracções estabelecidas. Como se pode deduzir dos regulamentos estabelecidos, o exercício destas funções implica certos requisitos, mas sobretudo uma limitação relevante das actividades durante o exercício das suas funções, e não só durante o seu mandato, mas também após o exercício das mesmas.

Em particular, interrogamo-nos sobre o regime de incompatibilidades e conflitos de interesses em que podem incorrer e, muito especificamente, referimo-nos às suas acções no âmbito de um procedimento administrativo e nos contratos públicos.

O facto é que o exercício das suas funções por altos funcionários está rodeado por um regime específico de incompatibilidades, requisitos de remuneração e conflitos de interesses que constituem os diferentes instrumentos utilizados pelos regulamentos para assegurar que são um modelo de conduta exemplar, ou seja, que os princípios de integridade, objectividade e imparcialidade são cumpridos. Passemos ao primeiro grupo de limitações, que são expressadas no regime de incompatibilidades e empenho do alto cargo.

Com efeito, o precedente traduz-se, em primeiro lugar, no estabelecimento de uma série de limites a outras actividades, tanto públicas como privadas, que podem ser realizadas durante o exercício do cargo, bem como após a cessação, precisamente devido à relação especial de sujeição que mantêm com o Estado durante o exercício das suas funções profissionais.

Por outro lado, a regra geral que rege o desempenho do cargo é a dedicação exclusiva e uma remuneração única. Esta é uma das regras mais clássicas entre as regras que compõem o regime de incompatibilidades dos altos funcionários e constitui o cânone em que se baseia o regime posterior de incompatibilidades e limitações ao exercício de actividades ou ao desempenho de certas funções. A ideia em que se baseia é que não só poderia haver uma redução na dedicação ao cargo se esta circunstância fosse imposta, mas também e sobretudo devido ao possível enfraquecimento da independência e imparcialidade do cargo que outras alternativas poderiam implicar. Esta ideia é reiterada com respeito à aceitação de prendas seguindo, a este respeito a esteira marcada noutros países como Portugal, o Reino Unido ou a própria União Europeia. É verdade que este regulamento é ainda mais exigente noutros países que, como no caso de Portugal, abrange também os parentes próximos, tais como cônjuges ou o membro da união de facto.

Logicamente, estes limites ou "incompatibilidades" não podem ser absolutos, como de facto é contemplado tanto na legislação estatal e autonómica, mas devem ceder a certos pressupostos lógicos sem os quais conseguiríamos um efeito indesejável, nomeadamente: desencorajar completamente muitas pessoas válidas e brilhantes com uma carreira profissional que mereceria o desempenho destas funções de estarem interessadas em exercê-las. No geral, pode dizer-se que a legislação actualmente em vigor, embora com alguma margem para melhorias, regulamentou satisfatoriamente esta questão, detalhando

os casos em que, tanto em termos de actividades públicas como de actividades privadas, é aceitável a sua execução pelos altos funcionários.

Para este fim, é de salientar que a concepção de um sistema de controlo pela *Oficina de Conflicto de Intereses* (Gabinete de Conflito de Interesses) é uma mais-valia em termos de avaliação de conformidade e atenção às chamadas *red flags*. É verdade que há duas observações a fazer: em primeiro lugar, embora as declarações de actividades económicas e de bens e direitos constituam um mecanismo para controlar o património dos altos funcionários antes, durante e após a sua nomeação, seria no entanto de grande interesse melhorar o sistema de transparência e publicidade nesta área que, noutros países europeus como em Portugal, tem um resultado mais completo a fim de evitar conflitos, como já ocorreu no que diz respeito à obrigação de fornecer as declarações de actividades económicas e a declaração de bens e direitos; em segundo lugar, e no que respeita ao regime jurídico das autorizações para o exercício de actividades compatíveis, deve salientar-se que, embora seja regulamentado de forma excessivamente breve a nível estatal, ao contrário do que acontece a nível autonómico, onde é geralmente mais pormenorizado e preciso, na nossa opinião é um instrumento que deve ser generalizado para todos os tipos de actividades, excepto para os casos em que a sua utilização possa ser incómoda e de pouca utilidade para os fins prosseguidos.

Este sistema de limitação e controlo, no que respeita ao exercício das actividades, é completado com o sistema estabelecido após a cessação e por um período de tempo específico, que parece razoavelmente fixado em dois anos, a fim de evitar as chamadas portas giratórias. Ou seja, que o alto funcionário superior possa tirar partido dos contactos ou informações a que teve acesso em consequência do exercício da sua função para iniciar uma actividade profissional após a sua cessação, comprometendo assim a objectividade da acção administrativa após o exercício da sua função, que é compensada durante um determinado período de tempo através de uma indemnização de carácter subsidiário.

No que respeita ao segundo dos aspectos mencionados, a regulação dos conflitos de interesse, deve ficar claro que deve ser feita uma distinção entre conflitos de interesse e incompatibilidades, uma vez que, enquanto os primeiros visam prevenir uma possível situação de conflito no exercício da sua actividade, nos segundos a lei já pressupõe que a realização de tais actividades incompatíveis implicará um demérito que, mais cedo ou mais tarde, se reflectirá no correcto desempenho do cargo. Deste ponto de vista, e na minha opinião, o conflito de interesses é um conceito que inclui regras de prevenção (abstenção ou inibição) ou proibição (incompatibilidades), mas, em qualquer caso, vai além destas como uma cláusula aberta que não é delimitada com precisão, precisamente para não excluir casos que não poderiam ser incluídos na enumeração que eventualmente poderiam ser feita, mas que poderiam efectivamente comprometer a imparcialidade e a independência dos altos funcionários.

Esta ideia apoia as conclusões a que se chegou neste documento relativamente à insuficiência do tratamento normativo da abstenção e da recusa. Este regulamento merece ser repensado de tal forma que seria aconselhável rever as causas que dão origem a estas situações, precisamente para abandonar o carácter taxado e fechado com que tradicionalmente são concebidas desde 1958, e no qual valeria a pena ter em conta o regime jurídico que, nesta área específica, encontramos em Portugal com os princípios de impedimento e de suspeição. Contudo, como também já foi dito, acredito que a solução mais apropriada neste ponto é um sistema aberto que garanta a objectividade. A

integridade pública como aspecto essencial para tornar efectivo o princípio da objectividade mereceria, na minha opinião, um sistema regido por uma cláusula aberta como o conflito de interesses, sem prejuízo, contudo, da enumeração, entre outras, de uma série de razões em que a sua mera concorrência, sem prejuízo da incidência que possa ter nas acções do órgão administrativo, implicaria o afastamento da pessoa responsável pelo procedimento.

De facto, o valor da aparência como requisito indesculpável para garantir a confiança da cidadania na acção dos poderes públicos tem sido repetidamente sublinhado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tem vindo a desenvolver a chamada "teoria das aparências", ou seja, que os poderes públicos não só devem ser imparciais, mas também aparecer como tal, como foi tornado claro no manifesto de 17 de Janeiro de 1970 (caso *Delcourt*).

Finalmente, e em relação aos contratos públicos, sublinhámos a importância de estabelecer um sistema de integridade que previna suficientemente os conflitos de interesse, dado que o sector dos contratos públicos é um dos mais expostos aos riscos de gestão irregular, fraude e corrupção, e estas condutas ilícitas distorcem o mercado e levam a um aumento dos preços e tarifas pagas pelos consumidores para a aquisição de bens e serviços. Medidas neste sentido foram recentemente adoptadas tanto no sistema da União Europeia como no caso de Portugal. No entanto, para além de algumas excepções mencionadas no capítulo correspondente, como o caso de Aragão ou da Câmara Municipal de Vigo e as previsões estabelecidas para a execução dos fundos *next generation*, não é este o caso em Espanha, o que não é o melhor exemplo para pôr em prática esta visão, apesar da sensibilidade especial que os órgãos administrativos para os recursos contratuais estão a demonstrar em relação a esta matéria.

5. A exigência de responsabilidade aos funcionários públicos não pode ser uma questão de vontade política, razão pela qual devemos estudar se temos ou não um verdadeiro aparelho institucional coerente, sem duplicações desnecessárias, e com a autonomia e independência necessárias para tornar esta responsabilidade eficaz, tal como estabelecido nos regulamentos sobre boa governação. A organização institucional é importante e a eficácia do sistema dependerá em grande medida dela. E não só nos seus aspectos preventivos, mas também no sistema reaccional estabelecido, que é o que nos interessa especificamente neste relatório. Este é o tema abordado no capítulo quatro deste estudo.

Em qualquer caso, o que parece ser claro, pelo menos do meu ponto de vista, é que um cenário de integridade requer uma arquitectura institucional-organizacional adequada se quisermos que as responsabilidades derivadas da comissão de infracções administrativas desta natureza sejam efectivamente aplicadas. Se olharmos para o que aconteceu até agora, não parece haver dúvidas de que o papel de liderança na luta contra a corrupção tem sido desempenhado por instituições penais ou jurisdicionais (juízes e procuradoria anticorrupção), ou às unidades operacionais das forças policiais estabelecidas nesta área (a Unidade de Crime Económico e Fiscal da Polícia Nacional e a Unidade Central Operacional da Guarda Civil), o que contraria uma gestão adequada da boa governação e da boa administração e o papel que a própria Administração, e com ela o direito administrativo, deve desempenhar nesta área específica.

E esta questão, e tendo em conta a experiência já acumulada tanto a nível internacional como nacional, implica necessariamente garantir uma verdadeira independência

funcional e mecanismos de coordenação eficazes que tornem realidade as disposições regulamentares estabelecidas nestes aspectos específicos. No entanto, este ainda não é o caso. Apesar das experiências bem sucedidas no campo da prevenção que mostram um caminho a seguir, ainda nos falta uma organização administrativa adequada para estes fins, enquadrada, além disso, numa estratégia abrangente contra a fraude e a corrupção e na promoção de uma cultura de ética e integridade pública.

Evidentemente, e tendo em conta as competências que os diferentes níveis territoriais têm nesta área por imperativos constitucionais, que são diferentes, como sabemos, dos modelos comparados que foram estudados, como o da Itália ou o de Portugal, e os requisitos internacionais existentes nesta área. Se queremos que um sistema de integridade funcione, creio que os desafios do sistema a estabelecer centram-se principalmente em dois: independência e coordenação.

E em ambos encontramos deficiências relevantes e a falta de aplicação do sistema sancionatório é o melhor exemplo disso. Neste sentido, e a fim de tornar a independência no exercício destas funções eficaz, existem diferentes soluções, as quais podem ser basicamente reduzidas a duas principais. A primeira, que já foi experimentada a nível autonómico, consistiria em criar instituições *ad hoc* especializadas com a independência funcional necessária, quer estejam ou não adscritas às instituições parlamentares (por exemplo, o caso da Catalunha, Valência ou Andaluzia). A segunda, que deve ser explorada antes da anterior para se conseguir a maior racionalidade possível, é atribuir estas funções aos organismos existentes que já têm a independência necessária no exercício das suas competências (por exemplo, o caso da Galiza). O alcance e diversidade das funções que lhe são atribuídas será um dos factores-chave a ter em conta na decisão de optar ou não por um caminho ou outro. Não é necessário, embora fosse desejável para facilitar a coordenação, ter um modelo único nos diferentes níveis territoriais, mas em qualquer caso, muito mais relevante do que a unidade da solução adoptada será que o resultado final for um modelo que funcione, tanto no aspecto preventivo, que temos vindo a referir aqui, como no aspecto reactivo ou sancionador, e que é o tema principal deste estudo.

O segundo desafio a enfrentar, e não é um desafio menor, é a coordenação precisa entre as instituições de controlo existentes, quer sejam organismos especializados no controlo económico e financeiro (Tribunal de Contas e Câmaras de Contas), na defesa dos direitos dos cidadãos (Provedor de Justiça e similares), na protecção dos princípios e valores relacionados com a boa governação (Conselhos de Transparência), com órgãos internos, tais como as inspecções de serviço, etc. Mas isto requer mais do que declarações normativas neste sentido, que é o que tem sido feito até agora. Exige a delimitação de funções com estes organismos e a articulação de instrumentos de coordenação entre eles. A este respeito, atrevo-me a propor a criação de uma instância não personificada envolvendo estes diferentes organismos a cada nível territorial, que estabelecesse directrizes para o exercício das funções de controlo exercidas, reforçaria a cooperação no exercício das suas funções e finalmente evitaria este cenário de "selva de controlos", como a situação existente nesta área tem sido por vezes chamada.

Mas há um terceiro desafio, que receio que ninguém tenha reparado até agora, e que é a necessidade de prever mecanismos de substituição para as entidades com pouca capacidade de gestão. Milhares de pequenos e médios municípios, entidades instrumentais como as Mancomunidades, Consórcios, etc. não foram, pelo menos até

agora, afectados por estas preocupações, mas não estão isentos dos riscos de fraude e corrupção e da necessidade de promover uma cultura de ética e integridade. E será necessário procurar soluções quer a nível supramunicipal (Comunidades Autónomas ou Deputações Provinciais) quer através da criação de entidades instrumentais, como os Consórcios, que permitam o desenvolvimento destas funções.

6. O capítulo cinco é dedicado ao estudo das infracções e sanções estabelecidas especificamente para os funcionários públicos. Em primeiro lugar, abordamos os bens jurídicos que se destinam a proteger, ou seja, se são idênticos nos diferentes tipos de infracções estabelecidas na legislação ou se são diferentes. Em seguida, e no mesmo capítulo, analisamos os diferentes tipos de infracções estabelecidas, nomeadamente: infracções disciplinares; as relativas a incompatibilidades e conflitos de interesses; e, finalmente, as infracções que podem ser classificadas como infracções económico-financeiras. Ao longo do estudo, o objectivo é discernir o grau de coerência com que estes são estabelecidos, dado que são contemplados simultaneamente no domínio do Estado e das Comunidades Autónomas, bem como a sua adequação e sucesso na realização dos objectivos propostos e se as insuficiências podem ou não ser detectadas no sistema estabelecido.

Por outro lado, o sistema de sanções também é abordado, e mais uma vez, como no caso das infracções, perguntamo-nos se é suficiente, se é correctamente concebido, se é coerente e se tem a força necessária para ser verdadeiramente eficaz, sem prejuízo das exigências do princípio da proporcionalidade neste domínio.

Entrando no sistema estabelecido, que, como anteriormente sublinhado, deve ser o resultado das considerações feitas nos capítulos anteriores, notamos no capítulo cinco que o legislador se refere exclusivamente a um grupo de infracções como infracções disciplinares, embora eu considere que esta denominação, mesmo que seja correcta para certos tipos, não reflecte realmente a natureza de todas as infracções desta natureza que foram analisadas neste trabalho. Na realidade, e pelo menos do meu ponto de vista, todas as infracções reguladas no Título II da LTBG são disciplinares, apesar de, para as caracterizar e distinguir umas das outras, lhes ser atribuído um nome diferente. Esta questão que, em princípio, pode parecer irrelevante, exclusivamente reduzida a efeitos conceptuais, não é de todo relevante devido às implicações que esta questão pode ter em relação ao bem jurídico protegido e à protecção contra a dupla punição derivada do princípio *non bis in idem*.

No que respeita aos bens jurídicos que o sistema estabelecido na LTBG visa proteger, é de salientar que, embora genericamente todas as infracções e sanções se destinem a proteger a confiança da cidadania nas instituições públicas, tal como correctamente assinalado por COSTA GONÇALVES, através do comportamento honrado, erguido e recto das pessoas nomeadas para altos cargos, em cada um dos subgrupos contemplados na LTBG existe uma protecção específica que actua numa tripla direcção: primeiro, a conduta dos funcionários públicos de acordo com princípios e valores considerados necessários no seu comportamento individual; um segundo grupo, no caso de incompatibilidades e conflitos de interesses, mais especificamente destinado a garantir as obrigações de integridade e objectividade no exercício das suas funções; e, por último, um terceiro grupo de infracções, em matéria económico-financeira, destinado a proteger princípios como a estabilidade orçamental ou a correcta gestão dos fundos públicos.

No que diz respeito ao primeiro destes casos, as chamadas infrações disciplinares, deve ser salientado que a solução concebida pela regra que consiste em transferir os tipos próprios para a legislação administrativa causará os mesmos problemas interpretativos, amplamente criticados pela doutrina no que diz respeito aos empregados públicos e que assinalámos em pormenor ao longo do estudo realizado, no caso da representação política e do exercício de cargos públicos. E tudo isto, apesar da remissão aos princípios gerais e de acção que são regulados na regra para a sua interpretação e que, no entanto, não foram inteligentemente utilizados para configurar os seus tipos próprios que são mais adequados às exigências colocadas pelo exercício das funções de função pública.

É de notar, no entanto, que no caso das Comunidades Autónomas, em alguns casos, a necessária adaptação das infracções disciplinares ao estatuto do alto funcionário foi realizada com muito mais sucesso do que na legislação do Estado, evitando a assimilação ao estatuto da função pública. De igual modo, é de notar que as singularidades oferecidas por esta legislação regional incluem tipos que, na legislação estatal, aparecem no segundo grupo de infracções referentes a incompatibilidades e conflitos de interesse, o que nos permite concluir pela conveniência de ter introduzido uma certa coerência na classificação das infracções realizadas a um nível básico na legislação estatal, incorporando também certas tipificações relativas a conflitos de interesse e incompatibilidades.

O segundo grupo de infracções e sanções, referindo-se neste caso a incompatibilidades e conflitos de interesses, é um assunto para cada Administração a nível estatal e autonómico, tendo o Estado renunciado a estabelecer tipos básicos. Isto leva a uma primeira conclusão, que é que o resultado é assimétrico, ou seja, como resultado deste encaminhamento, não encontramos um quadro uniforme de infracções, o que acreditamos que seria uma questão que permitiria melhores soluções. Além disso, duas consequências podem ser deduzidas desta análise: em primeiro lugar, que de acordo com os dados disponíveis, tiveram pouca virtualidade e pouco impacto prático; em segundo lugar, que nos regulamentos autonómicos, este tipo de infracções relacionadas com conflitos de interesses e incompatibilidades estão misturadas com infracções disciplinares *stricto sensu*, o que pode já ser uma indicação de que, na realidade, não estamos a falar de infracções qualitativamente diferentes ou de infracções de natureza diferente.

No que diz respeito à esfera local, o quadro regulamentar nesta área de incompatibilidades e conflitos de interesse é notoriamente inadequado em termos do que é actualmente entendido como garantia de objectividade no exercício de cargos públicos e na prevenção de conflitos de interesse. Com efeito, começando pelas dificuldades colocadas pelo próprio âmbito de aplicação das regras acima mencionadas, mas continuando com o próprio regulamento, que se pode dizer ainda ancorado numa visão idílica do desempenho das responsabilidades públicas. Tudo isto, apesar das recomendações que têm sido feitas neste domínio pelo Conselho da Europa, que, como é sabido, dispõe desde 2002 de um Código de Conduta Europeu para a Integridade Política dos Representantes Eleitos Locais e Regionais, que, nos seus artigos 4º e seguintes, contempla uma série de medidas e proibições para garantir a integridade e a ética pública, começando por solicitar a aprovação de um Estatuto de cargos públicos locais.

Certamente, tudo isto influenciou diferentes entidades locais, grandes, médias e pequenas, para aprovar modificações aos seus Regulamentos Orgânicos, incluindo obrigações e compromissos de conduta no exercício de cargos públicos (Barcelona, Sevilha, Vigo,

Victoria-Gasteiz, Bilbao, Alcantarilla, etc.), sem dúvida impulsionados, neste aspecto específico, pelo Código de Boa Governação Local aprovado pela Federação Espanhola de Municípios e Províncias. É verdade que até agora não houve nenhum mecanismo coercivo para promover o respeito pelos princípios do Código de Conduta Europeu para a Integridade Política dos Representantes Eleitos Locais e Regionais. E tudo isto apesar do facto de, como sugerimos no estudo, isto poder levantar dúvidas quanto à sua constitucionalidade dada a reserva da lei nesta área, excepto nos casos em que a respectiva Comunidade Autónoma tenha evitado esta omissão.

Finalmente, e no que diz respeito ao bloco regulamentar relativo às infracções em matéria económico-financeira contido no artigo 28º da LTBG, como foi deixado claro, pretende-se alcançar determinados objectivos com o objectivo de garantir a sustentabilidade financeira de todas as Administrações Públicas, reforçando a confiança na estabilidade da economia espanhola, e reforçando o compromisso da Espanha com a estabilidade da economia espanhola, e para reforçar o compromisso de Espanha com a União Europeia em matéria de estabilidade orçamental, dada a ausência na Lei Orgânica de Estabilidade Orçamental de qualquer aparelho sancionatório, apesar do vasto repertório de medidas preventivas, correctivas e coercivas contidas nesta lei para assegurar a realização dos seus objectivos. O regulamento não é o correcto, uma vez que tem certas deficiências, como também tivemos a oportunidade de assinalar no trabalho realizado.

O que é certo, porém, é que mais uma vez devemos denunciar o facto de que a experiência acumulada nesta área mostra um fracasso retumbante na introdução destes tipos. Sem dúvida, na esfera local, como demonstra o Relatório do Tribunal de Contas sobre a auditoria do cumprimento da LTBG em entidades locais (n.º 1418), de 22 de Dezembro de 2020, mas receio que, mesmo sem dados de apoio a esta declaração dada a escassez e opacidade destes dados, creio que a mesma poderia ser alargada a outros âmbitos. Em qualquer caso, a sua coexistência com a legislação orçamental que também prevê medidas nesta área não deixa de colocar sérios problemas, como foi justamente denunciado pelos autores que trataram do assunto (PALOMAR, LAVILLA, etc.).

Uma hipótese interpretativa que poderia explicar esta dupla classificação é devida a duas razões. A primeira é que muitos dos comportamentos tipificados podem ser levados a cabo por pessoas que detêm o estatuto de funcionário superior, mas também por aqueles que não detêm esse estatuto, pelo que se deve entender que podem ser sancionados para alguns (altos funcionários) pela LTBG e para outros (o resto dos funcionários públicos que executam esses comportamentos) pelo EBEP e mesmo que não seja de natureza disciplinar, pelo procedimento de compensação da LGP.

Uma segunda razão, ainda mais plausível, para explicar esta classificação na LTBG encontra-se, como já se pode imaginar, no âmbito de aplicação desta regra orçamental. Isto porque, como resulta claramente dos artigos 1º e seguintes da regulação orçamental estatal, o seu âmbito de aplicação é limitado ao sector público estatal. A reiteração destas condutas na LTBG é, no entanto, adequada a nível autonómico e local, uma vez que a disposição final 8.1 da Lei 40/2015 de 1 de Outubro de 2015 alterou os artigos 2º e 3º do LGP, com efeitos a partir de 2 de Outubro de 2016, excluindo-os assim - altos funcionários autonómicos e locais - do âmbito de aplicação das condutas previstas na LGP, que só se aplica ao sector público estatal (artigo 177º). Neste sentido, e em aplicação do Artigo 25º LTBG, isto inclui pessoas que têm o estatuto de alto funcionário na AGE por referência ao LACAGE e pessoas que, de acordo com legislação específica, têm o

estatuto de alto funcionário a nível autonómico e local, o que explicaria, pelo menos nesta área, a reiteração de tipos de infracções que podem ser observadas nos regulamentos emitidos.

O conjunto de reflexões feitas neste bloco de infracções levou-nos a levantar três questões. A primeira questão é de natureza sistemática: foi ou não apropriado introduzir estas infracções na legislação de boa governação, ou teria sido mais apropriado combinar as infracções previstas na legislação orçamental, na legislação ordinária e na legislação sobre estabilidade orçamental? Por outro lado, teria sido aconselhável incluir as infracções no domínio da gestão do orçamento económico num único texto jurídico, evitando a dualidade de procedimentos a que a subsistência de ambas as regras pode dar origem, permitindo assim que sejam devidamente compatíveis entre si? Finalmente, teria sido aconselhável rever tecnicamente a redacção e o conteúdo das tipificações feitas quando, como no caso das autoridades locais, as tipificações feitas poderiam ter sido mais adequadamente previstas? Respondemos os três afirmativamente.

No que diz respeito às sanções estabelecidas para a repressão dos tipos de infracção, mais uma vez encontramos um quadro assimétrico. Por um lado, as sanções incluídas no artigo 30º da LTGB são aplicáveis às infracções referidas no texto legal como infracções disciplinares *stricto sensu* e infracções relacionadas com a esfera económico-financeira, mas, por outro lado, temos as sanções derivadas do esquema regulamentar relativo aos conflitos de interesse e incompatibilidades em que é necessário cumprir o que está previsto em cada esfera autonómica, dada a operação de remessa efectuada pela LTBG a este respeito. Isto dá origem a um cenário que está longe de ser uniforme.

Como avaliação geral, e em relação ao sistema como um todo, existe uma falta de uma certa coerência na prestação do sistema de sanções, que pode ser descrita como díspar como um todo. Na minha opinião, e pelo menos num número significativo de casos, as competências autonómicas nesta área não justificam o sentimento de incoerência que é produzido. Dar credibilidade e significado à existência de um sistema de sanções administrativas nesta área que procura garantir objectividade e independência no exercício de cargos públicos tornaria, na minha opinião, necessário estabelecer uma certa uniformidade que até agora tem sido notória pela sua ausência. A experiência até à data apoia sem dúvida esta visão.

Por outro lado, e em certos casos, vale a pena salientar que seria desejável que o sistema, em geral, fosse mais enérgico dada a posição institucional que os funcionários públicos representam como um todo e a sua influência na confiança da cidadania nas instituições que, portanto, e em todos os casos, deveria resultar numa redução na esfera pessoal e financeira do alto funcionário e não ser reduzido a uma mera questão que, em alguns casos, poderia parecer meramente estética. A remoção ou destituição do cargo é evidente e não deve constituir reparação suficiente em qualquer caso. Uma utilização mais decisiva das coimas seria uma boa opção, juntamente com a redefinição de certas sanções, tais como a impossibilidade de exercer cargos públicos durante um determinado período de tempo, o que, na nossa opinião, deveria ser previsto em todos os casos de falta grave ou muito grave em todos os tipos de infracção, o que, por exemplo, não ocorre no caso das sanções previstas na LTBG, que é reduzido a falta muito grave.

Finalmente, é também necessário destacar a negligência e o abandono total do legislador no que diz respeito à construção de um sistema. Como foi salientado ao longo deste

estudo, o sistema de sanções não começa e termina com a previsão de infracções e sanções. O sistema é mais do que isso e exige a regulamentação atenta e cuidadosa de um conjunto de instituições que envolvem a imposição de sanções e que, com uma certa resignação neste momento, não brilham com brilho suficiente na legislação analisada. Desta forma, e apesar de estarem geralmente previstos critérios para a imposição de sanções (repercussões nos cidadãos, danos ao interesse público, etc.), falta uma aplicação mais decisiva do princípio da proporcionalidade em determinadas sanções e critérios mais homogéneos na disposição dos diferentes casos. Em mais e em menos. O mesmo pode ser dito, em geral, no que respeita ao estatuto de limitações, expiração ou regime de cancelamento, cuja regulamentação, ou falta dela, revela um legislador muito descuidado e má qualidade regulamentar nas propostas já aprovadas.

Em qualquer caso, e tal como no caso do sistema de infracções, o modelo no seu conjunto deve ser repensado, uma vez que tem amplo espaço para melhorias nos diferentes casos acima mencionados, e, por outro lado, uma certa incoerência é percebida nas disposições estabelecidas.

7. O sexto capítulo trata dos elementos preventivos e reactivos que são estabelecidos, com especial ênfase neste último dado o propósito da tese de doutoramento, para garantir o sistema que foi estabelecido pela legislação recentemente promulgada sobre boa governação. Desta forma, e ainda que alguns elementos de um sistema de integridade institucional como os Códigos de Conduta sejam mencionados devido à sua especial inter-relação com a responsabilidade sancionatória administrativa, o que estamos a tentar realçar é precisamente se temos ou não um sistema como tal ou, melhor, se incorporámos elementos isolados de um sistema de integridade sem estabelecer uma visão integral do mesmo, tal como recomendado por organizações internacionais.

Na minha opinião, uma visão integral dos problemas que afectam a boa governação dos assuntos públicos só pode vir da construção de sistemas de integridade pública que combinem com sucesso instrumentos e ferramentas preventivas e reactivas que criem uma cultura de integridade pública a todos os níveis organizacionais e institucionais. Planos de integridade, códigos de ética, comunicação e canais de denúncia, formação de funcionários e empregados públicos, responsabilização, etc., são instrumentos para reduzir os riscos de práticas irregulares contrárias ao interesse geral, tais como fraude, corrupção e conflitos de interesses.

Se, por um lado, o objectivo dos meios preventivos é evitar a ocorrência de acções irregulares, garantindo ao mesmo tempo que o funcionário público actue em defesa do interesse público, por outro, os meios reactivos consistem em assegurar que, uma vez estabelecida a existência de um caso punível nas diferentes áreas em que a responsabilidade é estabelecida por lei, existam canais e procedimentos eficazes para exigir a correspondente responsabilidade. Uma administração eficiente, como exigido pelo nosso texto constitucional, é também necessariamente uma administração com valores éticos, presidida pela integridade.

E a gestão da integridade, e dos problemas a ela associados, não pode ser deixada apenas à legislação; pelo contrário, é necessário reintroduzir um conceito de ética na administração e gestão públicas a partir da própria "cultura" dos funcionários públicos e dos titulares de cargos públicos. Para tal, os códigos de ética e conduta, tendo em conta a experiência tanto em Espanha como em outros países, especialmente na tradição anglo-

saxónica, podem ser um instrumento eficaz. No entanto, para se ter o alcance e eficácia que se espera deles, estes códigos exigem a concordância de certos requisitos. Ou seja, como meio de auto-regulação, devem necessariamente estar inseridos num sistema de integridade institucional que tenha em conta todos os aspectos da boa gestão pública, entendida como aquela que não só é eficiente e eficaz, mas que recupera e mantém a confiança dos cidadãos nos funcionários e servidores públicos que actuam para alcançar o interesse geral. E aqui há luzes, certamente, mas ainda há sombras.

É verdade que, no caso de Espanha e ao contrário de outros países como a Itália ou recentemente no caso de Portugal, não há obrigação de ter planos de integridade pública, excepto pelo que aconteceu, de forma isolada e específica, com os sistemas de prevenção derivados dos fundos da próxima geração, que apenas se referem à gestão destes fundos. Embora exista certamente um quadro legal que promove a existência de quadros de integridade: códigos de conduta, mecanismos para prevenir conflitos de interesses, regulamentos sobre lóbis, etc., esta obrigação não existe formalmente. Não, pelo menos de uma forma generalizada, excepto no caso ocasional e muito recente em que tal tenha sido contemplado (Comunidade Valenciana).

Esta declaração é particularmente aplicável à Administração Geral do Estado, cujos funcionários públicos não possuem um código de conduta após a sua revogação em 2015, mesmo com as suas imperfeições. Como o estudo demonstrou, a utilidade de tais códigos de conduta está fortemente ligada à existência de um quadro de integridade que estabelece consequências legais em caso de incumprimento, o que não tem sido o caso nem antes nem agora. Este não é, contudo, o caso de diferentes Comunidades Autónomas que, como se explica no corpo deste documento, articularam uma "infra-estrutura ética" que permite estabelecer e reforçar uma cultura de integridade que ajuda a prevenir ou identificar quadros de risco e a evitar más práticas e acções irregulares no seu sector público. Como em tantos estudos de casos, observámos progressos, mas como poderíamos dizer, parodiando Lenine, este progresso é um passo em frente e dois passos atrás se olharmos mais de perto o comportamento dos nossos funcionários públicos, que ainda está longe de ser um modelo de conduta exemplar.

Por outro lado, e no que respeita aos instrumentos a que chamámos instrumentos reactivos e de responsabilização, encontramos um cenário tremendamente complexo com responsabilidades penais, contabilísticas, administrativas e disciplinares nem sempre bem articuladas e, em diferentes casos, especialmente aqueles que têm a ver com infracções económico-financeiras, pode dizer-se que são reiterados. Tudo isto põe em causa a validade e utilidade do princípio *non bis in idem* na sua aplicação neste sector do ordenamento jurídico, mesmo depois da recente jurisprudência europeia na matéria, dado que a aceitação de diferentes sanções para a prática de um acto punível está condicionada à concordância de certos requisitos que receamos não estarem presentes no nosso sistema.

A este respeito, e tendo em conta as declarações jurisprudenciais e os argumentos doutrinários, pode afirmar-se que, como foi verificado no estudo realizado, em princípio é plenamente possível responsabilizar os altos funcionários não só pela responsabilidade disciplinar derivada da LTBG, mas também por qualquer responsabilidade que possa surgir quando os actos realizados constituem uma infracção penal. Mais problemática, à luz da jurisprudência europeia (TEDH e TJUE) e dos chamados critérios Engel, é a relação desta responsabilidade contemplada na LTBG com outras possíveis e potenciais responsabilidades decorrentes das disposições estabelecidas em regulamentos

contabilísticos, legislação orçamental ou mesmo outras regras administrativas especiais, dada a falta de critérios claros e coordenados ao longo do tempo para a aplicação de tais responsabilidades.

Mais discutível é a sua reconciliação com o que o princípio *non bis in idem* representa nesta jurisprudência, tal como será objecto de exame pelo Supremo Tribunal na questão do recurso pendente de resolução que foi recentemente levantada. Mas, em todo o caso, o facto de, na matéria analisada, o mesmo acto no regulamento sobre responsabilidade aplicável aos altos funcionários poder dar origem não a uma, nem mesmo duas, mas mesmo três sanções diferentes, qualquer que seja o nome que lhes seja dado, quando se trata de acções levadas a cabo na esfera económico-financeira não é um reflexo, e isto independentemente de a violação do princípio que estudámos ser ou não finalmente incorrida, mas sim de uma exigência mal resolvida de responsabilidade neste domínio que deveria ser confrontada e ser objecto de uma solução.

Finalmente, é necessário referir os aspectos de competência e processuais que têm recebido tão pouca atenção por parte dos legisladores estatais e regionais. No que diz respeito à competência para iniciar procedimentos, o verdadeiro cavalo de Tróia desta questão, só excepcionalmente encontraremos a sua atribuição a organismos com autonomia funcional e, mesmo como é o caso do governo local, com deficiências graves nesta área, como foi tornado claro ao apontar as deficiências da legislação sobre boa governação. Com carácter geral, podem também ser tiradas as seguintes conclusões: em primeiro lugar, que as soluções do ordenamento são diversas, com competências atribuídas ao Governo ou à Administração activa nesta área e cuja validade, na minha opinião, é notoriamente insuficiente, ou a organismos especificamente criados para este fim, tais como as Agências Antifraude ou outros organismos similares com independência funcional, desde que isso seja eficaz ou, simplesmente, como é o caso em alguns casos, não ter procedido nesta área nem antes nem agora para regular um aparelho sancionatório neste aspecto específico; em segundo lugar, que uma vez criados organismos específicos como as Agências Antifraude, a sua competência sancionatória não se estende em todos os casos à sanção - se à prevenção - de condutas derivadas da LTBG e da sua legislação de aplicação, mas em alguns casos limita-se à investigação e inspecção, sendo as competências sancionatórias atribuídas ao Governo e à Administração activa (não noutros casos em que, em matéria de incompatibilidades e conflitos de interesses, lhes são atribuídas competências sancionatórias específicas); por último, e em terceiro lugar, como já indicado no capítulo sobre a organização administrativa responsável pela prevenção e repressão de condutas irregulares no sector público, deve salientar-se que isto dá origem a um cenário de controlo complexo e ineficiente que torna o exercício desta competência notoriamente difícil.

Se olharmos agora para os aspectos processuais, e para o que aconteceu numa prática caracterizada pela inibição em exigir responsabilidade, verifica-se que é na iniciação e no início efectivo destes procedimentos que devemos concentrar o nosso estudo, dado que outras fases deste procedimento sancionatório, basicamente a investigação e a resolução do procedimento, não apresentam qualquer singularidade no que diz respeito à sanção geral ou ao procedimento disciplinar.

Um primeiro ponto, portanto, deve ser notado. A referência às regras que regem o procedimento geral de sanções administrativas não deve, pelo menos do meu ponto de vista e do que foi mantido neste trabalho, fazer-nos perder o carácter disciplinar deste

procedimento com as consequências ligadas a esta consideração e que descrevemos neste capítulo. Independentemente das etapas processuais do caso específico em análise, trata-se de um procedimento para exigir responsabilidade disciplinar (sanções auto-impostas) e não um procedimento para exigir responsabilidade sancionatória de carácter geral (sanções heterotutoriais).

E do trabalho realizado deve ficar claro que a falta de disposições detalhadas sobre esta matéria contidas na LTBG, que praticamente reproduzem a situação decorrente da legislação processual (e que foram decisivas na esfera do governo local, onde não existem sequer disposições específicas sobre a matéria que esclareçam o sistema de exigência de responsabilidade), estão a mudar fundamentalmente em consequência da incorporação no nosso sistema jurídico das disposições derivadas das directivas europeias sobre a matéria, como já ocorreu efectivamente em Portugal e a legislação aprovada neste país no final de 2021. Desta forma, e devido à influência deste regulamento europeu, foram produzidos dois efeitos muito relevantes que podem contribuir para uma melhoria notável da situação que tem existido até à data: o primeiro deles tem a ver com o reconhecimento de certos direitos e protecção da cidadania no exercício do seu direito de denunciar comportamentos irregulares, mesmo sem os reconhecer como tendo um direito subjectivo reactivo, como tem sido defendido por vários autores como PONCE SOLÉ ou CASTILLO BLANCO e rejeitado, contudo, por outros como TAVARES DA SILVA; a segunda, relativa ao estatuto das Agências especificamente criadas para zelar pela integridade pública em diferentes Comunidades Autónomas que, sem prejuízo da possibilidade de melhorar a sua regulamentação, mostram um quadro muito melhor do que a situação inicial, o que foi francamente encorajador de inacção e desatenção na matéria.

Contudo, no que diz respeito à posição do público, é de notar que esta habilitação é mediada, uma vez que, embora certos direitos sejam reconhecidos nestes regulamentos para que o público comunique quaisquer eventos que possam ser considerados irregulares, o facto é que este relatório e os seus efeitos não são para iniciar um procedimento de sanção como parte interessada, mas para que, se necessário, se possa iniciar um procedimento de investigação sobre o assunto. Se estes forem verificados e revelarem a possível prática de actos ilegais, devem ser levados ao conhecimento dos organismos competentes para o início do correspondente procedimento sancionatório, que avaliarão se a investigação levada a cabo por estes organismos revela provas suficientes para recomendar o início do procedimento. Finalmente, e devido à influência da Directiva de Protecção de Denunciantes nesta área, a participação e colaboração dos cidadãos nesta área está a ser progressivamente reorientada para a possibilidade de os cidadãos apresentarem queixas através dos canais internos e externos previstos na legislação para o efeito, com as garantias aí previstas que, sem reconhecer o estatuto de parte interessada, como vários autores reivindicaram, atribuem direitos e protecção ao denunciante.

Passando agora ao segundo dos efeitos acima referidos, deve dizer-se que, curiosamente, estas Agências Antifraude, excepto em alguns casos específicos e em certas infracções relacionadas com o exercício das suas funções (sanções de autoprotecção), não têm geralmente poderes sancionatórios relativamente às infracções derivadas da legislação sobre boa governação e, portanto, a sua acção não determina a natureza das infracções.

Por conseguinte, as suas acções não determinam automática e necessariamente o início de processos sancionatórios, mas sim, após o desempenho das suas funções de investigação e inspecção, submetem essas acções ao organismo competente para o início dos processos adequados, que pode ou não proceder ao seu início. É verdade que, se não o fizerem, devem, como regra geral, fundamentar a sua decisão. Em suma, tal como AMENÓS ÁLAMO correctamente especificou, na maioria dos casos trata-se de uma resolução declaratória que se limita a acordar a transferência das acções realizadas para o organismo competente que, nesse momento, tem de avaliar as acções realizadas e iniciar, se for caso disso, o procedimento correspondente que reforça, dada a natureza do organismo e a sua independência funcional e, em geral, a sua dependência parlamentar, o pedido fundamentado que a legislação processual contempla como uma das possibilidades com que o procedimento sancionatório pode ser iniciado.

Finalmente, e em relação às acções ou informações prévias que podem ser ordenadas pelo organismo competente para a instauração do processo, é de salientar que a ampla discrição estabelecida pelos regulamentos processuais e sancionatórios existentes em relação à responsabilidade dos altos funcionários, em termos da sua finalidade, limites, garantias e duração, foi limitada, e a possibilidade do processo sancionatório ser iniciado pelo organismo competente foi limitada. Na nossa opinião, isto foi justamente limitado pela jurisprudência mais recente, que liga a sua aplicação aos deveres de boa administração, que impõem, tanto em termos de prazos como de garantias que os devem rodear, que não possam ser utilizados em detrimento dos direitos de defesa das pessoas envolvidas.

8. Uma vez realizada toda esta análise, estamos em condições de responder às questões colocadas como objectivo deste estudo e de abordar as hipóteses que determinaram o trabalho que foi realizado nesta Tese de Doutoramento. Recordemos, relativamente a este objectivo, que o objectivo era poder responder às seguintes questões, nomeadamente faz sentido ter estabelecido uma responsabilidade administrativa dos altos funcionários no exercício das suas funções? Qual é a natureza desta responsabilidade? Quais são os requisitos essenciais para que este sistema de responsabilidade funcione harmoniosamente com outros tipos de responsabilidade contemplados no nosso ordenamento jurídico? É correta a arquitectura institucional e organizacional proporcionada para exigi-la? Tendo em conta a regulamentação feita pelo legislador estatal e pelos legisladores autónomos, será que este sistema de responsabilidade funciona? O que precisaria de ser alterado?

Bem, eu acredito, como COSTA GONÇALVES também reflectiu, que o direito administrativo deve desempenhar um papel essencial na defesa, protecção e promoção dos princípios e valores relacionados com a boa governação e a boa administração. E creio que, se quisermos combater as causas pelas quais o sistema estabelecido não funciona, temos de ter em conta três considerações fundamentais, a saber em segundo lugar, é necessário assegurar que esta responsabilidade administrativa esteja ligada à responsabilidade contabilística e penal, essencialmente, mas não só, pois vimos que pode haver outros tipos de responsabilidade administrativa; por último, é necessário ter um sistema de sanções bem concebido que esteja ligado a uma estratégia global de integridade pública, com regras precisas e claras, e que responda à protecção dos bens legais que se pretende preservar.

Como NIETO assinalou em relação à responsabilidade disciplinar dos funcionários públicos, o facto de ser a autoridade política a responsável pela instauração de processos disciplinares, quando, em certas ocasiões, tais como quando a inactividade do funcionário pode ter algum tipo de culpa ou intervenção mediadora na prática da infracção ou infracção pelo alto funcionário, condiciona a exigência de responsabilidade. E muito. *Mutatis mutandis*, poderíamos usar palavras semelhantes para nos referirmos à responsabilidade dos funcionários públicos que tratámos neste estudo. Sem organismos funcionalmente independentes, será difícil alcançar os objectivos prosseguidos. Como vimos ao longo do estudo, a competência sancionatória para punir infracções cometidas por autoridades e altos funcionários é, na maioria dos casos, atribuída à Administração infractora a que pertencem. A consequência é clara: em apenas algumas ocasiões, será exigido qualquer tipo de responsabilidade. Isto já foi ecoado por CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, que propôs que os poderes de iniciação e sanção deveriam corresponder ao Congresso dos Deputados. O tempo decorrido desde a entrada em vigor da lei corroborou a persistência deste problema e, pelo menos até agora e em grande medida, excepto em casos específicos, a sua falta de solução.

Em segundo lugar, e no que respeita estritamente ao regime jurídico de responsabilidade disciplinar que foi incorporada no nosso ordenamento, há numerosas tarefas à nossa frente nas quais detectámos deficiências ao longo deste trabalho, cujos aspectos principais já assinalámos. Uma determinação mais precisa do âmbito subjectivo da sua aplicação, uma articulação mais adequada das diferentes responsabilidades que um funcionário público pode assumir, uma melhor e mais correcta definição das condutas que devem ser objecto de sanções de acordo com os princípios e valores que a legislação sobre boa governação procura proteger, o estabelecimento de um sistema de sanções que seja verdadeiramente dissuasivo, etc. Todas estas são tarefas ainda a serem levadas a cabo se quisermos realmente criar, como deveríamos, um sistema de responsabilidade administrativo que não se baseie apenas na jurisdição penal para defender a boa governação e a boa administração dos assuntos públicos.

Finalmente, e em terceiro lugar, é de salientar que, apesar de ter uma boa organização administrativa e articular uma resposta repressiva desde o Direito administrativo sancionatórios serem, na minha opinião, essencial, receio que não seja suficiente para alcançar os objectivos prosseguidos pela legislação de boa governação se não alterarmos, em uníssono, a situação existente que permite, tanto a nível preventivo como reactivo, uma estratégia e um sistema de integridade pública que funcione realmente e dissuada a conduta irregular detectada até à data. Embora os regulamentos que têm sido implementados até agora incorporem elementos valiosos para este fim, não têm, em geral, esta perspectiva.

Estes são, como já pode imaginar, três défices graves que explicam o fracasso que as políticas de integridade pública, apesar dos avanços que têm sido feitos nos últimos anos, ainda estão a ocorrer em Espanha. Não creio que se possa colher pior resultado do que o incumprimento sistemático das disposições legais com a aprovação dos poderes públicos em qualquer domínio, objecto de regulamentação, mas se, além disso, nos referirmos a um assunto como a ética e a integridade pública, podemos estar a quebrar o contrato social com a cidadania que sustenta o sistema democrático a alcançar o maior descrédito.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ABA CATOIRA, A. (2001): *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid.

ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. (2012): *Porqué fracasan los países*, Ediciones Deusto, Barcelona.

AGUADO CUDOLÀ, V. (2001): *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid.

AGUADO I CUDOLÁ, V. (2012): "Responsabilidad de los empleados públicos. Competencias autonómicas y locales en materia de régimen disciplinario", *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 45.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2008): *La garantía del non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2010): "Principio non bis in ídem", en LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014): "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración pública*, núm. 195, sept-dic.

ALFAIFA, J. (1985): *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Coimbra, V, I.

ALLESSI, R. (1970): *Instituciones de Derecho Administrativo* (traducción española), Editorial Bosch, Barcelona.

AMENÓS ÁLAMO, J. (2020): "Descubrimiento e investigación de actuaciones administrativas ilícitas en supuestos de corrupción urbanística. El caso "Operación Pretoria" como paradigma", en CASTILLO BLANCO, F. (Dir.): *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid.

AMENÓS ÁLAMO, J. (2022): "El procedimiento de investigación e inspección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

ARCE FLOREZ-VALDEZ, J. (1990): Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, Edit. Civitas, Madrid.

ARIAS MARTÍN, J.L. (2014): "Reflexiones sobre el buen gobierno en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su aplicación en el ámbito local", *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8, Sección A Fondo, del 1 julio. al 31 agosto, tomo 2, Editorial La Ley.

ARROYO ZAPATERO, L. (1983): "Principio de Legalidad y Reserva de Ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8.

BACIGALUPO, M. (1997): La discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Madrid.

BAENA DE ALCÁZAR, M. (2000): *Curso de Ciencia de la Administración,* Tecnos, Madrid.

BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1989): "Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho (Apuntes para una revisión de la teoría de las vinculaciones de la Administración)", *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí* (coord. GÓMEZ-FERRER, R.), Civitas, Madrid.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (1991): Las fuentes del Derecho I. Principios del ordenamiento constitucional, Edit. Tecnos, Madrid.

BAÑO LEÓN, J.M. (1991): *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Editorial Civitas en coedición con la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

BARCELONA LLOP, J. B. (2017): "Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 54 (I).

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2020): "El procedimiento administrativo común en la Ley de 2015: su estructura", en el en el volumen colectivo *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo. Instituciones III* dirigido por PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M., Tirant lo Blanch, Valencia.

BASSOLS COMA, M. (2015): "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 172.

BAZ VICENTE, R. (2015): "La selección de los directivos públicos en atención al mérito profesional. Algunas enseñanzas de Portugal", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (nueva época),* núm. 14.

BECK, U. (1992): *Risck Society. Towards a New Modernity* (en inglés). Londres: Sage Publications.

BECKER, E. (1956): "*Verwaltung und Velwaltungsrechtsprechung*", *VVDStRL* núm. 14.

BEJARANO LUCAS, J. (2019): "Obligaciones de buen gobierno en el ámbito local". *Revista del gabinete jurídico de Castilla-la Mancha (GABILEX),* núm. 19.

BELADIEZ ROJO, M. (2000): "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 153.

BELADIEZ ROJO, M. (1994): *Los principios jurídicos,* Edit. Tecnos, Madrid.

BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995): *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid.

BENÍTEZ PALMA, E. (2017): "La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción", *Auditoría Pública,* núm. 69.

BERNAL BLAY, M.A. (2018): "El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública,* XVIII, pp. 91-138.

BERNAL BLAY, M. A. (2023): "El control de los conflictos de interés en los procedimientos administrativos que ejecutan fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia", *Blog OBCP*. (Disponible en https://www.obcp.es/opiniones/el-control-de-los-conflictos-de-interes-en-los-procedimientos-administrativos-que)

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2016): "Puertas giratorias: regulación y control", en el vol. col. dirigido por VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: Ámbitos, causas y remedios jurídicos,* Atelier, Barcelona.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2017): Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, causas, consecuencias, reacciones y autoridades", en el vol. col. dirigido por el propio autor, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

BETANCORT RODRÍGUEZ, A. (2018): "Abuso de poder desde el Gobierno", *Editorial El Mundo*, 2 de agosto de 2018. (Recuperado de https://www.elmundo.es/opinion/2018/08/02/5b618955268e3e21098b45a8.html).

BLASCO DÍAZ, J.L. (2019): "Comentarios a los artículos 36 a 38", en el volumen colectivo *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Editorial Reus.

BLAU y MEYER (1988): *Bureaucracy in Mondern Society*, Random House, USA.

BILHIM, J. (2014): "As Práticas dos Gestores Públicos em Portugal e os códigos de Ética", *Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,* v. 35, núm. 69.

BOBBIO, N. (1991): *Teoría General del Derecho* Edit. Debate, Madrid.

BOIX, C. (1994): "Hacia una Administración pública eficaz: modelo institucional y cultura profesional en la prestación de los servicios públicos", *GAPP*, núm. 1.

BUSTOS GISBERT, R. (2001): *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Colex, Madrid.

CAETANO, M. (1970): *Direito Administrativo,* Lisboa, Coimbra Editora.

CÁMARA VILLAR G., (2001): "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", en APARICIO PÉREZ, M. A. (coord.), *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*, Cedecs, Barcelona.

CAMPOS ACUÑA, C. (2017): "¿Quién es alto cargo en la Administración Local? A propósito del régimen sancionador del Buen Gobierno", *El Consultor de los Ayuntamientos*, Quincena del 30 enero al 14 febrero, núm 2.

CAMPOS ACUÑA, C. (2020): "Posibilidades del Compliance en la contratación pública: elementos clave para su utilización" en el libro colectivo *Compliance e Integridad en el Sector Público* (coordinado por CASTILLO, F.), Tirant lo Blanch, Valencia.

CANO CAMPOS, T (2001): "*Non bis in Idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 156.

CANO CAMPOS, T. (2018): *Sanciones Administrativas*, Francis Lefebvre, Madrid.

CARDONA, F. (2015): *Anti-corruption policies and agencies*, Center for Integrity in the Defence sector (Disponible en: http://cids.no/wp-content/uploads/pdf/7250-DSS-Anti-corruption-GGG-3-skjerm.pdf.)

CARLONI, E. (2017): "El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos", *Reala. Nueva Época*, núm. 7

CARRILLO DONAIRE, J.A. (2010): "Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?", en la obra colectiva *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L. (2010): "Ética pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 181.

CASINO RUBIO, M. (1998): *Responsabilidad del Estado y delito*, Marcial Pons, Madrid.

CASTILLO BLANCO, F. A. (1992): *Función Pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2002): "Presentación: El Principio de Seguridad Jurídica y sus manifestaciones", *Documentación Administrativa*, núm. 263-264.

CASTILLO BLANCO, F. A. (2015): "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172**.**

CASTILLO BLANCO, F. A. (2018): "El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad", *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, (dir. PONCE SOLÉ, J.), Tirant lo Blanch, Valencia.

CHAVES, J.R. (2015): "Luces y sombras de la "Ley Pompeya" sobre altos cargos del Estado", *Confilegal*, 6 de julio de 2015, (Recuperado de https://confilegal.com/20150706-luces-sombras-ley-pompeya-altos-cargos-06072015-1300/).

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): "Comparecencias en relación con las iniciativas sobre regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, en especial en lo que se refiere al proyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado", *DSCS* núm. 549.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): *El principio de integridad en la contratación pública,* Aranzadi, Navarra.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017): "La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General de Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* núm. 12.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A (2018): "Los códigos éticos en el empleo público", en el vol. Col. dirigido por PONCE SOLÉ, J. *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CERRILLO IMARTÍNEZ, A. (2018): *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción, 2.ª* ed., Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor: Navarra.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A, (2019): "Los Códigos Éticos y de Conducta: de la teoría a la práctica", en el vol. col. coordinado por CASTILLO BLANCO, F. *Compliance e Integridad en el Sector Público,* Tirant lo Blanch, Valencia.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2019): "Los códigos éticos y de conducta: de la teoría a la práctica", *Compliance e Integridad en el Sector Público* (coord. CASTILLO BLANCO, F.) Tirant lo Blanch, Valencia.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2021): "La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública", *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 25, primer semestre.

CORCHERO, M. Y SÁNCHEZ PÉREZ, L. (2015): "Régimen sancionador en materia de transparencia y buen gobierno local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Jun. al 14 Jul.

CORTINA ORTS, A. (1998): *Hasta un pueblo de demonios*; Taurus, Madrid.

COSTA GONÇALVES, P. (2020): "Direito Administrativo e criminalidade administrativa" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

CLARKE A. y FRANCOLI, M. (2013): "What´s in a Name? A comparison of "open government" definition across seven Open Government Partnershop members", *JEDEM*, 6 (1).

CLAVERO ARÉVALO, M. (1952): "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 7.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2016): "Comentarios a la guía metodológica para planes open data sectoriales, Actualidad Administrativa, núm. 11.

DE LA CRUZ FERRER, J. (1986): "La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho público francés", *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 111.

DELGADO BARRIO, J. (1991): "Reflexiones sobre el art. 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho*", Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Vol. III, Madrid.

DELGADO PIQUERAS, F. y GARRIDO CUENCA, N. (2015): "Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia", *Revista catalana de dret públic,* núm 51.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2014): "Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflicto de intereses", en el volumen colectivo *Transparencia, Acceso a la Información y Buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (coord. por GICHOT. E.), Tecnos, Madrid.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "El buen gobierno de los altos cargos", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 44.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017): "Buen gobierno, altos cargos y derecho disciplinario (comentario a los artículos 25, 27 y a la disposición final segunda)", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Civitas, Madrid.

DESDENTADO DAROCA, E. (1999): *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico,* Aranzadi, Navarra.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2014): "Responsabilidad penal y responsabilidad política: la necesidad de no confundir", *Transju, Working Paper*, núm. 2.

DIEGO BAUTISTA, O. (2006): *La ética y la corrupción en la política y la administración pública,* Tesis Doctoral (Disponible en: https://dspace.unia.es/handle/10334/45).

DIETZE, L. (1972): *Schulverfassung und Grundgesetz,* Diss, Mainz.

DÍEZ-PICAZO, L. M. (1979): "La Constitución y las fuentes del Derecho", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA),* núm. 21.

DÍEZ-PICAZO, L.M. (1996): *La criminalidad de los gobernantes*. Crítica. Barcelona.

DOMENECH PASCUAL, G. (2008): "Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio" *InDret Revista para el Análisis del Derecho.*

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2010): "El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos", *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (libro colectivo dirigido por SANTAMARÍA PASTOR, J.M.), La Ley, Wolters Kluwer. Madrid.

ERMACORA, F. (1956): *Die besonderen Gewaltverhältnisse in Osterreich,* DöV.

ESSER, E. (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado,* Edit. Bosch, Barcelona.

EVENETT, S. and HOEKMAN, B. (2008): "*Government procurement: market access, transparency and multilateral trade rules*", *European Journal of Political Economy*, vol. 21 (1).

FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2009): *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Tesis Doctoral, Salamanca.

FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2017): "El papel del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude en el proceso de lucha contra la corrupción", *Revista Internacional de Transparencia e* Integridad (RITI)

FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2018): "Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude", *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007): "Los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas", *Administración & Cidadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 2, núm. 2.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): "Los falsos empleados públicos: el personal eventual", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 34, Iustel.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2012): *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIO, J.M. (2017): *El derecho de acceso a la información pública en España,* Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona.

FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ T.R. (1991): *Arbitrariedad y discrecionalidad,* Civitas, Madrid.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2019): "El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019". *Revista de Administración Pública*, núm. 209.

FLEINER, F. (1928): *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, (Traducción por GENDÍN, S. A.), Editorial Labor, S.A. Barcelona.

FORSTHOFF, E. (1973): *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München.

FREITAS DO AMARAL, D. (1994): *Curso de Direito Administrativo*, I, Coimbra.

FREITAS DO AMARAL D. y LÓPEZ RODÓ, L. (1994): "Procedimiento Administrativo". *Ponencias del I coloquio hispano-portugués*, Santiago de Compostela.

FREIXES SAN JUAN, T. y REMOTTI CARBONELL, J.C. (1992): "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista Española de Documentación Científica (REDC)*, núm. 35.

FUERTES, M. (2014): "La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, OLAF)", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 195.

GALLARDO CASTILLO, M.J. (2008): *Los principios de la Potestad sancionadora. Teoría y Práctica*, Iustel, Madrid.

GALLARDO CASTILLO M. (2015): *Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos.* Edit. Aranzadi. Pamplona.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1961): "Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 34.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018): *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid.

GANSHOF, F. L. (1979): *El Feudalismo*, Editorial Ariel, Barcelona.

GARCÍA COSTA F. M. (2013): "Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad". *Documentación Administrativa*, núm. 289.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983): La *lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): "Principio de legalidad, Estado Material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Documentación Científica (REDC)*, núm. 10.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Edit. Civitas, Cizur Menor.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991): "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?". *Revista de* administración *pública*, núm. 124.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. (2005): *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español,* Civitas, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2014): "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constittucional (REDC),* núm. 1.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ, T. R. (2020) *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Cívitas, Madrid.

GARCÍA LUENGO, J. (2022): *La abstención y la recusación en el procedimiento administrativo,* Iustel, Madrid.

GARCÍA MACHO, R. (1989): "En torno a las garantías de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones de sujeción especial", *Revista Española de Derecho Administrativo REDA*, núm. 64.

GARCÍA MACHO, R. (1992): *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Madrid, Tecnos

GARCÍA MEXÍA, P. (2001): *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra.

GARCÍA MORILLO, J. (1998): "Responsabilidad política y responsabilidad penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52.

GARCÍA PELAYO, M. (2009): "El buen y el mal gobierno. Las ideas y la intencionalidad política en un fresco de Ambrogio Lorenzetti". En *las Obras Completas*. Tomo II. Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

GARRIDO FALLA, F. (1952): "Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales". *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 7.

GARRIDO FALLA, F. (1982): *Tratado de Derecho Administrativo II*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

GARRIDO FALLA, F. (1985): "El artículo 103.1". *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo.* Civitas, Madrid.

GARRIDO FALLA, F. (1987): *Tratado de Derecho Administrativo II*. Tecnos. Madrid.

GARRIDO JUNCAL, A. (2019): "La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA),* núm. 12, octubre-marzo.

GARRIGA, C. (1991): "Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la <<visita>> del Ordenamiento de Toledo (1480)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 6.

GARRIGA, C. (2017): "Crimen corruptionis . Justicia y corrupción en la cultura del Iuscommune (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)", en *Revista Complutense de Historia de América*, núm. 43.

GIDDENS, A. y PIERSON, C. (1998): *Making Sense of Modernity. Conversations with Anthony Giddens*, Cambridge, Cambridge University Press.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2010): "La Ley de Contratos del Sector Público, ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA),* núm. 147.

GIMENO FELIU, J.M. (2016): "La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad", *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (coordinado por VILLORIA, M, J.M. GIMENO J. M. y TEJEDOR, J.), Atelier, Barcelona.

GÓMEZ FARIÑAS, B. (2017): "La regulación de los conflictos de intereses en la contratación pública en el marco de la cuarta generación de Directivas", *Contratación Administrativa Práctica,* núm. 148.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. (2021): "¿Existe la cosa juzgada administrativa?, en su blog *Es de Justicia* (Disponible en: https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/existe-la-cosa-juzgada-administrativa).

GÓMEZ PUENTE, M., "El silencio y la inactividad de la Administración", en QUINTANA LÓPEZ, T. (2006) (coordinador), *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia**.**

GÓMEZ TOMILLO, M. (2020): "Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 2.

GONZÁLEZ ALONSO, B. (1978): "El juicio de residencia en Castilla I: origen y evolución hasta 1480", *Anuario de historia del derecho español*, núm. 48, 1978

GONZÁLEZ ALONSO, B. (2000): "Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. (1997): *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Edit. Tirant lo Blanch. Madrid.

GONZÁLEZ SANFIEL, A. (2016): "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?", en libro colectivo dirigido por HERNÁNDEZ, F. *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Pamplona.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1989): *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo,* Edit. Civitas, Madrid.

GONZÁLEZ-VARAS, S. (2016): "Por referencia a los artículos 3 y 4 de la LRJSP: principios generales del derecho administrativo". *Actualidad Administrativa*, núm. 12.

GORDILLO CAÑAS, A. (1990): *Ley, principios generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución de la teoría de las fuentes del Derecho,* Edit. Ceura.

GUICHOT REINA, E. (2011): *Transparencia y acceso a la información pública en España*: *análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid.

GUICHOT REINA, E. y BARRERO RODRIGUEZ, C. (2021): *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GUILLÉN-CARAMÉS y FUENTETAJA PASTOR (2011): "El principio de objetividad en la Función Pública. Un análisis desde la jurisprudencia" *Documentación Administrativa*, núm. 289, enero-abril.

HENRICH, J. (2020): *"Las personas más extrañas del mundo: cómo Occidente se volvió psicológicamente peculiar y particularmente prospero*, Farrar, Straus y Giroux , USA.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (2019): "La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales", *Revista de Estudios Europeos,* número extraordinario monográfico 1-2019.

HERREROS, F. (2002): *¿Por qué confiar? El problema de la creación de capital social*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, CEACS, Madrid.

HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid.

INNERARITY, D. (2018): *Política para perplejos,* Galaxia Gutenberg, Barcelona.

IRURZUN MONTORO, F. (2010): "Ética y responsabilidad en la Administración Pública", *Documentación Administrativa*, núm. 287-287.

IRUZUN MONTORO, F. (2017): "Función pública, instrumento de prevención de la corrupción, en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

IZQUIERDO CARRASCO, M. (2001): "La determinación de la sanción administrativa", *Justicia Administrativa*, número extraordinario 2001.

IZQUIERDO CARRASCO, M. (2017): "Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones" en el volumen colectivo *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: Eduardo Gamero Casado, Julián Valero Torrijos, Severiano Fernández Ramos), Tirant lo Blanch, Valencia.

IZU BELLOSO, J. M. (2017): "Los motivos de abstención y recusación en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45.

JACOBI, E. (1932): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, II, Mohr Siebeck, Tübingen.

JAREÑO LEAL, A. (2018): "El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-17. (Disponible ent: http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-17.pdf)

JENNEAU, B. (1954): *Les principes, généraux du Droit dans la jurisprudence Administrative* Edit. Sirey, París.

JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1989): *Derecho Público del Mercado de Valores*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2011): "El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, asunto "Andratx"", en el volumen colectivo *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* / coord. por LÓPEZ MENUDO, F. Edit. Iustel. Madrid.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1988): *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*. Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP). Segunda edición ampliada y adaptada a la Ley del Gobierno y a la LOFAGE. Oñati.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2012): "El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su posible impacto sobre los gobiernos locales" (Disponible en: https://www.gobiernolocal.org/historicoBoletines/nueva_web/RJA.pdf).

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2015): "Una ocasión perdida: la Ley reguladora del Alto Cargo", en su blog *La mirada Institucional,* 25 de abril de 2015. (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/2015/04/04/una-ocasion-perdida-la-ley-reguladora-del-alto-cargo/)**.**

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2016): *Los frenos del poder,* Marcial Pons-IVAP, Madrid.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017): *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y Transparencia,* Catarata/IVAP, Madrid.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019): "Tres preguntas (con respuesta) sobre la dirección pública en España", en su blog *La mirada institucional,* 26 de noviembre de 2019. (Recuperado de https://rafaeljimenezasensio.com/category/directivos-profesionales/).

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2022): "Más vale tarde que nunca" en su blog *La mirada institucional* (Disponible en: https://rafaeljimenezasensio.com/2022/01/30/mas-vale-tarde-que-nunca/)

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2022): "La arquitectura institucional de la integridad en España", *Blog AVAF* (Disponible en: https://www.antifraucv.es/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-integridad-en-espana/)

KOOIMAN, J. y VAN VLIET, M. (1993): "Governance and Public Management", en KELIASSEN, K. y KOIMAN J. (dir.), *Managing Public Organisations*, (2a. ed.), Londres, Sage.

KRÜER, H. (1957): *Das besondere Gewaltverhältnis*, VVDStRL, núm. 15

LAFUENTE BENACHES, M. (1996): *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*. Edit. Tirant lo Blanch, Colección Administrativo, núm.1, Valencia.

LAFUENTE BENACHES M. (2009): "Infracciones y sanciones disciplinarias", en el volumen colectivo *Manual de Empleo Público*. (dirigida por CASTILLO BLANCO F.A. y coordinada por QUESADA LUMBRERAS J.) Edit. Iustel. Madrid.

LASAGABASTER HERRARTE, I. (1994): *Las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid.

LAVILLA RUBIRA, J.J. (1995): "Voz eficacia", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid.

LAVILLA RUBIRA, J.J. (2020): "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, IUSTEL, Madrid.

LEGUINA VILLA, J. (1987): "Principios generales del Derecho y Constitución", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 114.

LEGUINA VILLA, J. (1993): "La responsabilidad patrimonial de la Administración y de sus autoridades y personal a su servicio, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dirigido por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M), Tecnos, Madrid.

LLINARES GÓMEZ, J.A. (2022): "De los planes antifraude a los planes de integridad", en el *Blog AVAF* (Disponible en: https://www.antifraucv.es/de-los-planes-antifraude-a-los-planes-de-integridad/).

LONGO, J. (2013): "Open Goverment - Whats in a Name?", *The GovLab*, Nueva York, New York University. Disponible en: https://blog.thegovlab.org/post/open-government-whats-in-a-name

LONGO MARTÍNEZ, F. (1996): "Políticos, directivos y sindicatos como actores de la gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas", *Papers ESADE*, núm. 148.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1994): *Naturaleza y* presupuestos constitucionales d*e las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Cívitas.

LÓPEZ ESPEJO, J. (2022): "La configuración del *non bis in ídem* en el seno de la jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador", *Revista de Estudios Europeos,* núm. 79, enero-junio 2022.

LOZANO CUTANDA, B. (1990): "Procedimientos abreviados para la represión de infracciones administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 66.

MARCH, J. G. y OLSEN, J. P. (1989): *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics,* The Free Press, Nueva York.

MARINA JALVO, B. (2001): "*Non bis in ídem* e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía", *Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 155.

MARINA JALVO, B. (2015): *El régimen disciplinario de los empleados públicos,* Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

MARSHALL, G. (1986): *Constitutional Conventions (The Rules and Forms of Political Accountability),* Clarendon Press, Oxford.

MARTÍN REBOLLO, L (1983): *Jueces y responsabilidad del Estado,* CEC, Madrid.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1993): "Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades", *Revista de Administración Pública,* núm. 130.

MARTÍNEZ CANTON, S. y PÉREZ CORDÓN, R. (2020): "La identidad de procedimientos en el principio non bis in ídem ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de Castilla y León,* núm. 52.

MARTÍNEZ FERNÁDEZ, J.M. (2017): "Corrupción en la contratación pública" en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. (2012): *La doctrina del principio non bis in ídem y la relación de sujeción especial,* Bosch, Barcelona.

MATARELLA, B. G. (2007): *Le regole dónestà. Etica, política, amministraziones*, Bolognia, Il Mulino.

MAURER, H. (2006): *Derecho Administrativo Alemán* (traducción coordinada por DOMENECH PASCUAL, G.), Universidad Nacional Autónoma de México, México (2012).

MAURI MAJÓS, J. (2022): "El perfil institucional de las agencias y oficinas contra el fraude y la corrupción. En particular, el caso de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía*

(II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

MAYER, O. (1924): *"Zur Lehre vom öffentlich-rechlichen Verträge", Aör*, núm. 3, 188.

MAYER, O. (1924): "*Deutsches Verwaltulngrecht*" 3ª, I, Duncker & Humblot, München.

MEDINA ARNÁIZ, T. (2008): "*The exclusion of tenderers in public procurement as an anti-corruption mean", Network of Institutes and Schools of Public Administration (NISPA).*

MEDINA ARNÁIZ, T. (2014): "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", en el vol. col. coord. por FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, , coord., Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

MEDINA ARNAIZ, T. (2016): "La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104.2.

MERKL, A (2004): *Teoría general del Derecho Administrativo*, Editorial Comares (edición española), Granada.

MERLONI, F. (1998): "La distinción entre «política» y «administración»", *Documentación Administrativa*, núm. 250-251, enero-agosto.

MESCHERIAKOFF, A.F. (1976): "La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence recente", *L'actualité juridique. Droit Administratif (AJDA).*

MESEGUER YEBRA, J. (2005): "El Proyecto de Ley de Conflictos de Intereses y el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa reguladora de las incompatibilidades de los Altos Cargos de la Administración del Estado", *Actualidad Administrativa,* núm.17, Sección A Fondo, quincena del 1 al 15 octubre.

MESEGUER YEBRA, J. (2007): *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración,* Bosch, Barcelona.

MESTRE DELGADO, J. F. (1988): *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (Análisis del art. 105 b) de la Constitución)*, Civitas, 2.ª edición ampliada, Madrid.

MICHAVILA NÚÑEZ, J.M. (1987): "Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho". *Revista Española de Derecho Administrativo (RAP)*, núm. 54.

MÍGUEZ MACHO, L. (2019) "Obligaciones de buen gobierno y régimen jurídico de los altos cargos en la Administración Local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. II, Wolters Kluwer.

MIRANZO DÍAZ, J. (2019): "La nueva Directiva de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 49.

MONTORO CHINER, M.J. (1987): *La Función Pública en el Federalismo Alemán*. Instituto Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares (Madrid).

MONTOYA MARTÍN, E. (2008), "Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado", *Documentación Administrativa*, núm. 280-281.

MORA RUIZ, M. (2022): "Estatuto del alto cargo tras el cese", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y coordinado por CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S. E., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla

MORELL OCAÑA, L. (1994): *El sistema de confianza política en la Administración pública*, Civitas, Madrid.

MORELL OCAÑA, L. (2001): "La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, julio-septiembre.

MUÑOZ MACHADO, S. (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general. Tomo I.* Thomson Civitas. Madrid.

MUÑOZ MACHADO, S. (2017): *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XII. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.

MUÑOZ MACHADO, S. (2020): "Prólogo" a la monografía de RIVERO ORTEGA, R.: *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid.

MUÑOZ QUIROGA, A. (1985): "El principio "non bis in ídem", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 45.

NAVAJAS REBOLLAR, M. (2016): "Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, Madrid.

NIETO GARCÍA, A. (1986): *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública.

NIETO GARCÍA, A. (1997): *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona.

NIETO GARCÍA, A. (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid.

NOVO ARBONA, A. (2000) "Altos cargos y directivos públicos en las Diputaciones Forales Vascas". *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 58.

OBERMAYER, K. (1956): *Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt*, Boorberg, Stuttgart-München-Hannover.

OCTAVIO DE TOLEDO Y URBIETA, E. (1980): *La prevaricación del funcionario público*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

OLMEDO GAYA, A. (2014): "La emergencia de la gobernanza y su impulso hacia la sostenibilidad" en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.) *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

OLMEDO PALACIOS, M. (2014): "La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Diario La Ley*, núm. 8237, Sección Doctrina.

ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2016): "La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, p. 249.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1994): "Los retos dogmáticos del principio de eficacia", *Revista de Administración Pública*, núm.133.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1996): "La modernización de las Administraciones públicas" *GAPP*, núm. 5 y 6.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2010): "Prólogo", en *La Alta Dirección Pública: Análisis y Propuestas,* en ORTEGA ÁLVAREZ, L., y MAESO SECO, L. (Coords.), Edit. INAP, Madrid.

ORTEGA Y GASSET, J. (1998): "Unas lecciones de metafísica", en *Obras Completas,* Alianza editorial y Revista de Occidente, Madrid, 1ª reed., tomo XII.

OSCA FUERTES, B. (2014): "Aproximación al régimen disciplinario aplicable a alcaldes y concejales regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 febrero.

OTERO, P. (1992): *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra

PALOMAR OLMEDA, A. (2005): "Pautas para el diseño de un estatuto de directivo público en el marco de las administraciones convencionales", en *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, Edit. Foro de Seguridad Social.

PALOMAR OLMEDA A (2009).: *Derecho de la Función Pública*. Edit. Dykinson. Madrid.

PALOMAR OLMEDA, A. (2016): "Buen Gobierno Económico", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril – septiembre, Universidad Carlos III de Madrid.

PALOMAR OLMEDA, A. (2017): "Infracciones y sanciones en el ámbito de la gestión económica-presupuestaria y de orden general", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Madrid.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. (2000): "Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre.

PAREJO ALFONSO, L. (1989): "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública, *Revista de Documentación Administrativa*, núm. 218-219.

PAREJO ALFONSO, L. (1991): "Constitución y valores del ordenamiento", en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Tomo I, Edit. Civitas, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (1991): *Crisis y Renovación del Derecho Público,* Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (1993): *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (1995): *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, Ed. MAP/BOE.

PAREJO ALFONSO, L. (2000): "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos" en el volumen colectivo *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

PAREJO ALFONSO, L. (2002): "Gobierno y Administración pública en la Constitución española", en la obra colectiva dirigida por RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La Administración pública española,* INAP, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (2003): "La cuestión de la organización del gobierno y la administración insulares en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares". *Revista de Estudios de la Administración Local,* núm. 291.

PAREJO ALFONSO, L. (2009): *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*, Iustel, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (2011): *Ley modelo de establecimiento de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado desempeño de las funciones públicas*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través del Departamento de Cooperación Jurídica de la Secretaría de Asuntos Jurídicos.

PAREJO ALFONSO, L. (2012): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ BARRIOS, A. (1985): "La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración: sus límites", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 13.

PÉREZ GÓMEZ, J.M. (1993): *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones públicas*, Comares, Granada.

PEREZ LUÑO, A.E. (1994), *La seguridad jurídica,* 2ª ed. revisada, Ed. Ariel, Barcelona.

PÉREZ MONGUIÓ, J. y FERNÁNDEZ RAMOS S. (2016): *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Pamplona.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2017): "Situación de los altos cargos tras el cese", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 45.

PEREZ MONGUÍO, J.M. (2019): "Percepción de regalos y/o servicios por parte de los altos cargos", *Actualidad Administrativa,* núm. 1 Extra.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2020): "Conflicto de intereses y régimen sancionador de los altos cargos en la Administración General del Estado" en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F. *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Edit. Iustel, Madrid.

PICÓN ARRANZ, A. (2019): "El principio «non bis in idem» en la protección del medio ambiente", *RVAP*, núm. 114, mayo-agosto.

PIÑAR MAÑAS, J. L. (2011): "La necesidad de una Ley de Transparencia", *El Derecho Público de la crisis económica, Transparencia y Sector Público, 30 Hacia un nuevo Derecho Administrativo* (A. BLASCO, Coordinador), INAP, Madrid.

PONCE SOLÉ, J. (2003): "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 162.

PONCE SOLÉ, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid.

PONCE SOLÉ, J. (2013): "La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local", en *Anuario de Derecho Local,* Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.

PONCÉ SOLÉ, J. (2014): "Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero*", Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva época (GAPP),* núm. 11.

PONCE SOLÉ, J. (2016) "La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser

arbitrariedad y debe ser buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 173.

PONCE SOLÉ, A. (2017): "Códigos Éticos y de Conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales", en VILLORIA MENDIETA, M y FORCADELL ESTELLER, X. (dir. y coord.) *Buen Gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Barcelona.

PONCE SOLÉ, J. (2017): "Las Agencias Anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 3.

PONCE SOLÉ, J. (2018): *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PONCÉ SOLÉ, J. (2022): "Propuestas concretas para mejorar la regulación del buen gobierno y hacer efectiva la específica obligación jurídica de diligencia debida derivada del derecho a una buena administración", en el volumen colectivo *La reforma de la legislación de transparencia y buen gobierno en España* (coordinador BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

POSADA, A. (1923): *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009): "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*", Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 178.

PRIETO SANCHÍS, L. (1992): "Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico", *Cuadernos y Debates*, núm. 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PUTNAM, R., (1993): *Making Democracy Work. Civic traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton.

QUINTANA LÓPEZ, T. (1986): "El principio non bis in idem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *Revista Española de Derecho Administrativo* (*REDA)*, núm. 52.

RAMÍREZ ALUJAS, A. (2010): "Innovación en la gestión pública y *open government* (gobierno abierto): una vieja nueva idea", *Revista Buen Gobierno*, núm. 9.

REBOLLO PUIG, M. (1991): "Juridicidad, legalidad, reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *Revista de Administración Pública*, núm. 125.

REBOLLO PUIG, M. (2010): "Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores", *Diccionario de sanciones administrativas* (Dir. LOZANO CUTANDA, B.), Madrid.

REBOLLO PUIG, M. (2020): "Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: conciliación y conflicto" en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO,

F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

REBORDAO MONTALVO, A. (2018): "Capítulo V. El procedimiento administrativo en el Derecho Portugués", en PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M., *Estudios sobre el procedimiento administrativo* (Volumen I), Tirant lo Blanch, Valencia.

RESCIGNO G.U. (1967): *La responsabilitá política*, Giuffré, Milán.

RESCIGNO, G. U. (1979): *Corso di Diritto Púbblico*, Zanichelli, Bolonia.

REVIRIEGO PICÓN, F. (2004): "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios", *Derechos y Libertades*, núm. 13.

RHODES, R. (1996): *The New Governance: Governing without Government,* Political Studies, núm. 44.

RIVERO. J. (1951): "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*", Revista de Administración Pública (RAP),* núm. 6.

RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (1997): "Análisis global sobre la reforma administrativa", *Documentación Administrativa*, núm. 246-247.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2006): *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*., Navarra, Thompson-Aranzadi.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2011): "El marco constitucional del Derecho Administrativo. (El Derecho Administrativo Constitucional)" *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 15.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2013): "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2014): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* Comares, Granada.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2017): "La transparencia en los gobiernos y las administraciones locales (propuestas de implementación)", *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, Madrid.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERCE MAZA, J.I. (2019) "La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato", núm. extraordinario *GABILEX*.

RONELLENFITSCH, M. (1984): *"Das besondere Gewaltverhältnis in Verwaltungsrecht", DöV.*

ROSANVALLON, P. (2015): *Le bon gouvernement*, Seuil, París.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (2017): "Elementos preventivos de la corrupción en los procedimientos administrativos autorizatorios", en el vol. col. dirigido por BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho,* Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

SÁENZ DE ORMIJANA VALDÉS, P. (2014): *El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (AFCOS)*. Madrid: Seminario sobre medidas contra el fraude y la corrupción en los Fondos EIE (18 de noviembre).

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1991): *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España, Espasa Calpe, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007): "Clases de Personal", en AAVV, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010): "Legalidad y sometimiento a la ley y al Derecho", *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (libro colectivo dirigido por SANTAMARÍA PASTOR, J.M.), La Ley, Wolters Kluwer, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2013): *Derecho de la función pública.* Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017): *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988): *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

SANTAMARIA PASTOR, J.A. (2015): "Los proyectos de Ley del procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa*, núm. 2.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2018): *Principios de derecho administrativo general*, Iustel, Madrid.

SCHIAFFO, F. (2019): "Las estrategias para prevención de la corrupción en la reciente legislación italiana: función y límites de la prevención situacional", en el vol. col. dirigido por RODRÍGUEZ-DRINCOURT, Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003): *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2007): en el libro colectivo *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla.

SELZNICK, P. (1992): *The Moral Commowealth: Social Theoryand the Promise of Community*, University of California Press, Berkeley.

SINISI, M. (2019): "Las reformas de transparencia y legislación anticorrupción en Italia. Los contratos públicos y el papel jugado por ANAC", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 50.

SMIETNIANSK S. (2007): "El juicio de residencia como ritual político en la colonia (Gobernación de Tucuman, siglo XVIII)", *Memoria Americana*, núm. 15, Buenos Aires.

SOARES ESTEVE OLIVEIRA, R.E. (1995): *Código do Procedimiento Administrativo*, Coimbra, V. II.

STEWART, J. (1996): "A Dogma of Our Times - the Separation of Policy-Making and Implementation", *Public Policy and management.*

STOKER, G. (1997): "Public-Private Partnerships and Urban Governance", en J. Pierre (dir.), *Public-Private partnerships in Europe and the United States*, Macmillan, Londres.

SUAY RINCÓN, J. (1993): "La doctrina de los principios generales del Derecho", en la *Protección Jurídica del ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor González Pérez*, Tomo I, Edit. Civitas, Madrid.

TAVARES DA SILVA, S. (2020): "Protección de intereses financieros públicos y protección de la confianza legítima de los beneficiarios de subvenciones", en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid.

TERUEL LOZANO, G. y MOLINA GARCÍA, M. J. (2018): "El Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas ante la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", en el vol. col. dirigido por TRONCOSO REIGADA, A., *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra.

THIEME, W. (1956): *Die öffentliche Verwaltung*, DöV.

THOMA, R. (1906): *Der Polizeibefehl im badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage*, Tübingen.

TOLIVAR ALAS, L. (2008): "Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada", *Documentación Administrativa*, núm. 280-281.

TOMÁS MALLÉN, B. (2004): *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid.

TOMILLO, M. (2020): "Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 2.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. (2020): "La responsabilidad administrativa y penal de los empleados públicos: una visión actual", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 213.

VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M. (2008): *Juicio a un conquistador, Pedro de Alvarado: su proceso de residencia en Guatemala (1536-1538)*, Marcial Pons, Madrid.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2017): "Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones Públicas" en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Coordinadores: GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J., FERNÁNDEZ RAMOS, S.), Tirant lo Blanch, Valencia.

VASCONCELOS ALBUQUERQUE, N. (2000): *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo*, Almeida y Leitao, Porto.

VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P. (1990): *Droit administratif*, Presses universitaires de France, París, t. I.

VELASCO CABALLERO, F. (2018): "Nueva jurisprudencia de "non bis in ídem" del TJUE: ¿afecta a España?", en *Blog de Francisco Velasco* (Disponible en: https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2018/04/10/nueva-jurisprudencia-de-non-bis-in-idem-del-tjue-afecta-a-espana/).

VESTRI, G. (2022): "La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción: ámbito de actuación, funciones, deber de colaboración, confidencialidad, protección de datos y actividad estructural", en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla.

VIEIRA DE ANDRADE, J.C. (1977): *Direito Constitucional*, Coimbra.

VILLORIA MENDIETA, M. (2008): *Incompatibilidades y conflictos de interés en la Administración Local. Ponencia presentada en el Seminario de derecho local organizado por la Federación de Municipios de Cataluña*, Barcelona, 15 de febrero de 2008. (Disponible en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Villoria_Incompatibilidades.pdf).

VILLORIA MENDIETA, M. (2011): "¿Más libertad o más felicidad? El buen gobierno del S. XXI", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 51.

VILLORIA MENDIETA, M. (2012): *El Marco Institucional de Integridad en España. Situación Actual y Recomendaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VILLORIA MENDIETA, M. (2012): "Paradojas y tensiones de la innovación: el caso del open goverment", P3T, *Public Policies and Territory,* Vol. I, núm. 12.

VILLORIA MENDIETA, M. y JIMÉNEZ, F. (2012): "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, vol. 138, 2.

VILLORIA MENDIETA, M. (2013): "El buen gobierno y la lucha contra la corrupción en las Instituciones Públicas" en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCES SANAGUSTIN, M. (dirs.), *La gestión de los fondos públicos. Control y Responsabilidad,* Aranzadi, Cizur Menor.

VILLORIA MENDIETA, M. (2014): "Transparencia e integridad en los servicios públicos" en *Temas para el debate,* núm. 241.

VILLORIA MENDIETA, M. (2015): "Ética en las Administraciones Públicas: de los principios al marco institucional", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas,* núm 9.

VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. (2016): *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Buenos Aires / Caracas.

VILLORIA MENDIETA, M. (2017): "Ética postconvencional e instituciones en el servicio público". *REIS: Revista española de investigaciones sociológicas*, núm.117.

VILLORIA MENDIETA, M. y FORCADELL ESTELLER, X. (2017): "Introducción General", en *Buen Gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local,* Tecnos, Barcelona.

VILLORIA MENDIETA, M. (2017): "Gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas: marco conceptual", Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local, Tecnos, Madrid.

VILLORIA MENDIETA, M. (2018): "La transparencia, la imparcialidad y la calidad democrática", *Dilemata*, núm. 27.

VILLORIA MENDIETA, M. (2020): "Prólogo", en el libro colectivo *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares,* Iustel, Madrid.

WOLFF, H. J. (1959): *Verwaltungsrecht,* I, 3ª ed., München.

ZAMBONINO PULITO, M. (2017): "Iniciación del Procedimiento Administrativo", Tomo 1, en el volumen colectivo dirigido por GAMERO CASADO, E., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico del sector público,* Tirant lo Blanch, Valencia.