

UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



TESIS DOCTORAL EN DERECHO

*Responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones
Públicas cuando provocan menoscabo de los
caudales públicos*

Doctoranda: Pilar Vanegas Roa
Director: Dr. Francisco Luis López Bustos

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales

Autora: Pilar Vanegas Roa

ISBN: 978-84-9163-261-0

URI: <http://hdl.handle.net/10481/47116>

A Rafael Barranco Vela

A mis padres: Marciano Vanegas Rodríguez

Rosa Tulia Roa de Vanegas

AGRADECIMIENTOS

A todos los que han hecho posible el presente trabajo, principalmente, a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá -ESP, por el apoyo para realizar mis estudios de doctorado, al Gerente General, Alejandro Deeb, al Secretario General, Jorge Luís Abisambra Rusconi y, muy especialmente a la Directora Jurídica María Virginia Torres de Cristancho, por sus oportunos consejos e incondicional apoyo, quienes en su momento abrieron el camino para emprender este reto.

A mi Director de tesis, profesor Dr. Francisco Luis López Bustos, por su valiosa e irremplazable asesoría y sus acertados aportes.

Por último, desde la esfera personal quisiera manifestar el mayor de mis agradecimientos a mis padres: Marciano y Rosa Tulia por su amor y paciencia; a todos mis hermanos y sobrinos por su invaluable ayuda y comprensión a lo largo de mi formación profesional a Fanny Tania Añaños, amiga, quien me acompañó en esta larga y dura travesía y me reconfortó en los momentos más difíciles y a Francisco Jiménez Bautista, por su apoyo.

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDC	Convergència Democràtica de Catalunya
CE	Constitución española
CP	Código Penal
CPC	Constitución Política colombiana
DA	Revista de Documentación Administrativa
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público
EOMF	Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ICEX	Instituciones de Control Externo
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro

LCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
LECr	Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LEF	Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954
LFTCu	Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (LHL)
LJCA	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
LOPJ	Ley 6/1998, de 13 de julio, Orgánica del Poder Judicial
LOTCu	Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas
LRJAE	Ley de 26 de julio de 1957 de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común
LRL	Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955

OCEX	Órganos de Control Externo
PP	Partido Popular
RAP	Revista de Administración Pública
RCI	Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado
RCJS	Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales
RGR	Reglamento General de Recaudación
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RLEF	Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa
RPRP	Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
Ss	Sentencias
SSJTCu	Sentencia de la Sala de Justicia Tribunal de Cuentas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STCu Sentencia del Tribunal de Cuentas

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCu Tribunal de Cuentas

UDEF Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal

UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	17
CAPITULO I.....	27
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA AUTORIDAD Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE LAS NUEVAS LEYES 39 Y 40 DE 2015	
I.1. Introducción.....	27
I.2. Características del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.....	28
I.3. Antecedentes legislativos de la responsabilidad civil del agente público	32
I.4. La responsabilidad civil del agente públicos a partir de la Constitución de 1978....	37
I.4.1. La responsabilidad del agente público tras la modificación introducida por la Ley 4/1999	39
I.4.2. La acción de regreso después de la modificación introducida por la Ley 4/1999.....	45
I.5. La acción de regreso en el marco de las Leyes 39 y 40 de 2015	46
I.6. Naturaleza jurídica de la acción de regreso	48
I.7. Requisitos para ejercer la acción de regreso.....	49
I.7.1. Indemnización previa de la Administración Pública.....	49
I.7.2. Dolo, o culpa o negligencia graves del agente público causante del daño	51
I.8. Procedimiento para hacer exigible la acción de regreso.....	57
I.8.1. Plazo para ejercer la acción de regreso.....	57
I.8.2. Tramitación del procedimiento.....	61
I.9. Causas de impunidad e irresponsabilidad civil de los agentes públicos.....	65
I.9.1. Inactividad de la Administración para ejercer la acción de repetición.....	67
I.9.2. Desplazamiento de la responsabilidad civil del agente público por la responsabilidad disciplinaria.....	72
I.9.3. Cubrimiento de la responsabilidad civil del agente público por póliza de seguros	75
I.9.4. El carácter directo del sistema de responsabilidad de la Administración Pública como causa de impunidad e irresponsabilidad civil del agente público	81
I.9.5. Consecuencia del carácter objetivo del sistema de responsabilidad de la Administración en la responsabilidad civil del agente público.....	85

CAPITULO II	91
CONTROLES SOBRE LA GESTIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO	
II.1. Introducción	91
II.2. Antecedentes normativos del control de la gestión económica-financiera y origen del Tribunal de Cuentas	92
II.3. Utilización indistinta del término control, fiscalización y auditoría	101
II.4. El control de la actividad económico-financiera del sector público	107
II.5. Clases de control	111
II.5.1. Control interno o administrativo	115
II.5.1.1. Titular del control interno o administrativo.....	116
II.5.1.2. Objetivos y características generales del control interno	117
II.5.1.3. Modalidades de control interno o administrativo.....	118
II.5.1.3.1. Función interventora.....	119
II.5.1.3.2. Control financiero permanente.....	124
II.5.1.3.3. La auditoría pública.....	127
II.5.2. Control externo ejercido por el Tribunal de Cuentas y otros órganos de control	130
II.5.2.1. Características y funciones del control externo ejercido por Tribunal de Cuentas	136
II.5.2.2. Tipos de fiscalización externa	141
II.5.2.3. Efectos de los resultados de la función fiscalizadora	143
II.5.3. Control externo ejercido por el Parlamento	146
II.5.3.1. Clases de control Parlamentario sobre la ejecución del presupuesto	147
II.5.3.2. Efectos de las decisiones del control Parlamentario.....	151
II. 6. Causas de menoscabo de los caudales públicos.....	153
II.6.1. La corrupción pública una de las principales causas.....	153
II.7. Menoscabo de los caudales públicos por mala gestión de los recursos públicos..	158
 CAPITULO III.....	 161
RESPONSABILIDAD CONTABLE DERIVADA DE LA GESTIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO	
III.1. Introducción	161
III.2. Función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas.....	162

III.3. La función jurisdiccional contable del Tribunal de Cuentas y su diferencia con la función fiscalizadora	169
III.4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad contable.....	172
III.5. Responsabilidad contable.....	174
III.5.1. Requisitos para que se configure la responsabilidad contable	177
III.5.1.1. Concurrencia de una acción u omisión contrarias a la normativa presupuestaria y contable	177
III.5.1.2. Que se trate de caudales o efectos públicos	179
III.5.1.3. Debe desprenderse de las cuentas que deben rendir los cuentadantes	182
III.5.1.4. Conducta dolosa, culposa o negligente graves.....	185
III.5.1.5. Nexo causal entre la conducta y el daño	188
III.5.1.6. Daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente	191
III.6. Clases de responsabilidad contable.....	193
III.6.1. Responsabilidad directa	193
III.6.2 Responsabilidad subsidiaria	195
III.7. Transmisión de la responsabilidad contable	196
III.8. Eximentes y atenuantes de la responsabilidad contable	198
III.9. Prescripción de la responsabilidad contable y su interrupción	199
III.10. Supuestos que generan responsabilidad contable y competencia de la jurisdicción contable	202
III.10.1. Supuestos de responsabilidad contable	209
III.10.2. Expediente de cancelación de fianza.....	210
III.10.3. El Juicio de Cuentas	212
III.10.3.1. Actuaciones previas.....	213
III.10.3.2. Pieza separada	215
III.10.3.3. El procedimiento en el juicio de cuentas.....	219
III.10.4. El expediente administrativo de responsabilidad contable	223
III.10.4.1. Trámite al expediente administrativo	228
III.10.4.2. Hechos que dan lugar a la formación del expediente administrativo de responsabilidad contable	234
III.10.5. Procedimiento de reintegro por alcance.....	240
III.10.5.1. Concepto de alcance.....	240
III.10.5.2. Concepto malversación	245
III.10.5.3. Actuaciones previas en el procedimiento de reintegro por alcance	247

III.10.5.4. Procedimiento de reintegro por alcance.....	255
III.11. Los problemas de la doble vía para la exigencia de la responsabilidad contable	257
III.12. Responsabilidad contable de los gestores públicos que ostentan cargos políticos y la politización del Tribunal de Cuentas.....	261

CAPITULO IV..... 267

EL NUEVO RÉGIMEN SANCIONADOR EN LA LEY 19/2013 DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

IV.1. Introducción.....	267
IV.2. Principios de buen gobierno	270
IV.3. El régimen sancionador en la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno – LTBG	279
IV.4. Ámbito subjetivo de aplicación régimen sancionador	283
IV.4.1. Miembros del Gobierno	284
IV.4.2. Secretarios de Estado	287
IV.4.3. Alto cargo de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella.....	287
IV.4.4. Alto cargo o asimilados en la normativa autonómica	289
IV.4.5. Alto cargo o asimilados en la normativa local	292
IV.4.6. Condición de cargo electo	295
IV.5. Infracciones en el régimen sancionador	297
IV.5.1. Infracciones en materia de conflicto de intereses	300
IV.5.1.1. Normativa vigente en materia de conflicto de intereses	304
IV.5.1.2. Ámbito subjetivo de aplicación de las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses.....	308
IV.5.1.3. Clasificación de las infracciones.....	309
IV.5.1.4. Sanciones por la comisión de infracciones	312
IV.5.1.5. Órganos competentes para incoar el expediente, la instrucción y sanción en materia de conflicto de intereses	314
IV.5.1.6. Prescripción de infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses.....	315

IV.5.2. Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria.....	317
IV.5.2.1. Infracciones recogidas del sistema de responsabilidad de la Ley General Presupuestaria	318
IV.5.2.2. Infracciones derivadas de medidas preventivas, correctoras y coercitivas contenidas en la Ley 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.....	321
IV.5.2.3. Sanciones en materia de gestión económico-presupuestaria	331
IV.5.3. Infracciones disciplinarias	332
IV.6. Sanciones en el régimen sancionador	336
IV.7. Criterios para imponer las sanciones en el régimen sancionador	338
IV.8. Naturaleza jurídica del régimen sancionador de la LTBG	340
IV.9. Hechos tipificados como infracción en una norma administrativa especial.....	342
IV.10. Formas de iniciación del procedimiento sancionador	345
IV.10.1. Por propia iniciativa.....	346
IV.10.2. Como consecuencia de orden superior	347
IV.10.3. Por petición razonada de otros órganos	347
IV.10.4. Por denuncia y el debate de la posición jurídica del denunciante.....	348
IV.11. Órgano competente para ordenar el inicio del procedimiento sancionador	356
IV.12. Órgano instructor en el procedimiento sancionador.....	356
IV.13. Órgano competente para imponer las sanciones.....	358
IV.14. Falta de objetividad y neutralidad para garantizar la imparcialidad en el procedimiento sancionador	359
IV.15. Imposibilidad de imponer sanciones de destitución a los miembros del Gobierno y cargo electo	363
IV.16. Quien sustituye al Ministro de Hacienda y Función Pública.....	365
IV.17. Que ha supuesto el régimen sancionador de la LTBG	365
CONCLUSIONES FINALES	367
BIBLIOGRAFÍA	377

INTRODUCCIÓN

El menoscabo de los caudales públicos por las conductas irregulares de las autoridades o personal al servicio de la Administración Pública, representa uno de los temas actuales de mayor relevancia en el ámbito de la afectación de los recursos públicos del Estado, que han alcanzado dimensiones desproporcionadas como uno de los flagelos que aquejan alarmantemente a las Administraciones Públicas y a la ciudadanía en general.

La legislación española cuenta con una gama de instituciones de responsabilidad (disciplinaria o administrativa, civil, penal, contable entre otras) para combatir estas conductas y hacer exigible la responsabilidad de los agentes públicos al servicio de las Administraciones Públicas cuando estos en ejercicio de sus funciones, con sus conductas dolosas, culposas o negligentes graves, ocasionan menoscabo a los caudales públicos.

Esta investigación pretende analizar cuáles pueden ser algunas de las causas que generan el menoscabo de los caudales públicos, para ello, se ha tomado como referente dos sistemas de responsabilidad patrimonial, el primero, el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas regulado por las nuevas Leyes 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El segundo, la responsabilidad contable regulada por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y la Ley 7/1998, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LOFTCu) y la responsabilidad contable establecida en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP) y el régimen sancionador aplicable a los miembros del gobierno y altos cargos establecida en Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por la importancia que reviste el tema en estos tiempos, debido a la corrupción política que tiene azotada a España. Para el análisis de la responsabilidad contable, se ha considerado necesario estudiar los controles internos y externos de la gestión económico-financiera del sector público, dado que constituye el elemento previo del que derivan las responsabilidades contables.

Para abordar el trabajo de investigación consideramos necesario señalar algunos aspectos importantes que han marcado el desarrollo de las instituciones objeto de estudio.

La Ley al enunciar los derechos de los ciudadanos frente a la Administración pública, incluye acertadamente el derecho a exigir la responsabilidades de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente. La base de éste principio lo encontramos en la Constitución española de 1978 en el artículo 106.2 el cual dispone: «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

En efecto, como lo afirma M. HAURIOU, la responsabilidad del Estado aparece, junto con el contencioso-administrativo, como uno de los pilares del Derecho Administrativo, concebido éste como un Derecho garantizador de las posibles extralimitaciones del Poder. La responsabilidad protege, así al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas o por las autoridades y personal a su servicio, en la amplia actividad que éstas desarrollan¹.

El principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se encuentra garantizado mediante un sistema de responsabilidad directo y objetivo, lo que conlleva a que sean las Administraciones Públicas y no el agente publico responsable, las que respondan frente a los terceros perjudicados, por los daños y perjuicios causados por los agentes públicos a su servicio.

Lo anterior no significa, que el agente público causante del daño no esté obligado, legalmente a asumir su responsabilidad, pues cuando las Administraciones Públicas correspondientes, hubieren indemnizado a los lesionados, deben exigirles de oficio en vía administrativa la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, mediante la acción de regreso prevista en el artículo 36.2 Ley 40/2015,

¹ Cfr. MARTÍN REBOLLO, Luis (1991) Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Coord.) *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Madrid, Civitas, p. 2787.

para obtener el reembolso de la indemnización que hubiese pagado a terceros por los daños y perjuicios causados por el agente público.

Ahora, si quien tiene a cargo el manejo de caudales o efectos públicos que por dolo o culpa o negligencia graves origina menoscabo en ellos, la Administración debe ejercitar la acción de responsabilidad contable contra estos, a efecto de obtener su reembolso y la indemnización correspondiente, ocasionada por las acciones u omisiones contrarios a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable, cuyo tratamiento jurídico es diferente al de la responsabilidad civil del artículo 36.2 Ley 40/2015.

El daño o menoscabo en los fondos públicos se ocasiona cuando se produce una salida injustificada de bienes o dinero público o cuando la Hacienda Pública deja de percibir un ingreso debido, ya que en tales casos, el patrimonio público disminuye o no se ve incrementado como debía y esa disminución patrimonial o falta de incremento debido debe ser reparada por el gestor de los fondos públicos que, con su actuación ilegal y culpable, haya ocasionado el menoscabo.

La responsabilidad contable persigue un doble objetivo: reparar a la Administración perjudicada con el menoscabo causado en sus bienes y satisfacer el interés público vulnerado por quienes, abusando de la confianza depositada en ellos, ocasionan con su conducta dolosa o culposa o negligente graves un perjuicio económico a la Hacienda Pública.

Dicha responsabilidad puede articularse a través de un procedimiento administrativo regulado en la LGP y en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre Expedientes Administrativos de Responsabilidad Contable derivados de infracciones previstas en el Título VII de la mencionada Ley, o bien mediante procedimiento jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas, tal y como prevé la LOTCu.

La responsabilidad contable se enjuicia por el Tribunal de Cuentas a través de los procedimientos previstos en la LOTCu desarrollada por la LFTCu. Puede dar lugar a dos procedimientos diferenciados: a) El procedimiento de reintegro por alcance, en orden a conocer pretensiones de responsabilidad contable generada por alcance o

malversación de fondos públicos, no pudiendo en estos casos acudir a la vía administrativa (art. 180.1 LGP) y b) El juicio de cuentas, que deriva de la no rendición de cuentas o de la rendición defectuosa de las mismas.

Para detectar las responsabilidades contables, la legislación española cuenta con mecanismos de control internos y externos de la gestión económica-financiera del sector público, con el fin de asegurar una gestión pública adecuada de los recursos públicos y tratar de prevenir prácticas corruptas en el manejo de ellos, así como por su indebida o mala gestión. Estos controles los ejerce los órganos de control interno o administrativo de competencia de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y el control externo, atribuido en el ámbito estatal al Tribunal de Cuentas, a través de su función fiscalizadora que comparte con los Órganos de Control Externo y el control externo, ejercido por el Parlamento sobre la gestión económico-financiera del sector público.

La importancia del control de la gestión de los fondos públicos, entronca directamente con los principios constitucionales plasmados en el artículo 103 de la Constitución sobre el funcionamiento de las Administraciones Públicas y más específicamente con lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Constitución española (CE) en cuanto señala que: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se cierra con anterioridad al procedimiento jurisdiccional. El antecedente formal del enjuiciamiento contable deriva de la función fiscalizadora que corresponde al Tribunal de Cuentas en la medida que se dirige a depurar las responsabilidades contables en que pudiesen incurrir quienes manejan fondos públicos y, que han sido puestas de manifiesto por el propio Tribunal de Cuentas en su función fiscalizadora.

El artículo 136 de la Constitución española, le otorga al Tribunal de Cuentas dos funciones: una *fiscalizadora*, que comparte con los OCEX mediante la cual ejerce el control externo de la gestión económico financiera del sector público y la otra, de naturaleza *jurisdiccional*, consistente «en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo

do un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad de quien tiene a cargo el manejo de los caudales públicos, absolviéndolo o condenándolo y, en última hipótesis, ejecutando coactivamente su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento judicial».

Por otra parte, el régimen disciplinario de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno (LTBG) aplicable a los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, pretende regular las conductas de estos sujetos con fundamento en unos principios de buen gobierno y para ello, estructura un régimen disciplinario en tres ámbitos de infracciones: 1. Infracciones en materia de conflicto de intereses. 2. Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y 3. Infracciones en el ámbito disciplinario.

La finalidad del régimen sancionador va dirigido a establecer la responsabilidad aplicable a todos los sujetos que desarrollan funciones públicas de alto nivel, que garantice el control de sus actuaciones y que permita sancionarles por sus conductas irresponsables y contrarias al ordenamiento jurídico, que resultan inaceptables en un Estado de Derecho.

El régimen disciplinario de la LTBG, es uno de los temas más interesantes que aborda la tesis doctoral por lo reciente del tema y por la novedad que implica, que se haya establecido en la legislación española un régimen disciplinario aplicable a miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Una vez descrito el panorama global del trabajo investigador y en razón de los objetivos de estudio y, a fin de responder las cuestiones planteadas, la tesis doctoral se ha estructurado en cuatro capítulos analíticos, unas conclusiones y la bibliografía citada en dicha investigación.

-Primer capítulo. «La responsabilidad civil de la autoridad y personal al servicio de las Administraciones Públicas en el marco de las Leyes 39 y 40 de 2015». Para abordar el tema de la responsabilidad civil de las autoridades y personal al servicio de la administración de que trata el artículo 36.2 Ley 40/2015 (acción de regreso), se expon-

drá el desarrollo legislativo de la institución de la responsabilidad civil del funcionario hasta la situación actual, con las nuevas Leyes 39 y 40 de 2015 para determinar si se realizaron modificaciones a la parte sustantiva o procedimental y si estas nuevas leyes han supuesto una mejora o desmejoró en relación con este régimen de responsabilidad. Se analizarán las modificaciones introducidas a la acción de regreso o repetición, los efectos frente al lesionado y respecto a las Administraciones Públicas. El procedimiento para hacer exigible la acción de regreso, así como los diversos planteamientos de la doctrina respecto al escaso o nulo ejercicio de la acción de regreso. Con fundamento en estos precedentes se podrá determinar cuáles pueden ser algunas de las posibles causas por las que la Administración se mantiene despreocupada para iniciar la acción de regreso, lo que conlleva a impunidad e irresponsabilidad del agente público responsable, al no recuperarse, cuando proceda, las sumas abonadas por las Administraciones Públicas por concepto de indemnización al lesionado.

El análisis se realizará fundamentalmente basado en lo que ha dicho la doctrina española sobre el tema y para el examen casuístico, las sentencias que se encontraron en el «buscador de jurisprudencia» del Consejo General del Poder Judicial español, desde 1989 hasta la fecha, concretamente sobre el ejercicio de la acción de regreso o de repetición.

-Segundo capítulo. «Controles sobre la gestión económico-financiera del sector público». El objetivo de este capítulo es realizar un análisis de los diferentes mecanismos de control de la gestión económico-financiera con los que cuenta la legislación española, para proteger la integridad de los bienes y caudales públicos y su adecuada gestión económica. Para ello se examinará los antecedentes normativos del control de la gestión económica-financiera y origen del Tribunal de Cuentas, las diferentes clases de control interno realizado por el IGAE y el control externo ejercido por las Instituciones de Control Externo (Tribunal de Cuentas y OCEX), analizando las características de cada uno, los efectos de estos controles, su eficacia y efectividad respecto al control de la gestión económico-financiera del sector público, en especial respecto a los gestores públicos que ostentan cargos políticos. Todo lo anterior permitirá establecer algunas de las causas que generan menoscabo en los caudales y efectos públicos.

El estudio se efectuará con fundamento en la doctrina sobre la materia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal de Cuentas, Constitución española, legislación básica relacionada con los controles internos y externos antes mencionados, LOTCu, LFTCu, LGP.

- *Tercer capítulo.* «Responsabilidad contable derivada de la gestión económico-financiera del sector público». El propósito de este capítulo es discurrir por el sistema de responsabilidad contable que regula la LOTCu y LFTCu, bajo la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y en su desarrollo. Hacer las reflexiones en torno a esta institución, comenzando por la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas y su diferencia con la función fiscalizadora de este mismo órgano, la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable, para adentrarnos en el tema concreto de la responsabilidad contable y los requisitos para que se configuren las clases de responsabilidad contable, así como la forma de transmisión de la responsabilidad contable, las eximentes y atenuantes de esta, la prescripción y su interrupción.

Una vez vistos los requisitos para que se configure la responsabilidad contable, se estudiará los procedimientos para hacer exigible la responsabilidad que se produce por alcance, malversación y la responsabilidad por hechos distintos a los enunciados anteriormente. Su enjuiciamiento se lleva a cabo a través de dos procedimientos: el procedimiento de reintegro por alcance (para los casos de alcance y malversación) y el juicio de cuentas (para todos los demás casos). Se examinará las fases de actuaciones previas y la fase de enjuiciamiento de los procedimientos.

Se analizará la problemática de la doble regulación para la exigencia de la responsabilidad contable: en vía administrativa que se inicia por la propia Administración afectada con el menoscabo de los caudales o efectos públicos y ante la jurisdiccional contable, que presentan diferencias significativas.

Se concluirá con un tema de actualidad, relacionado con la corrupción política que afecta los caudales y efectos públicos, que ha generado un gran debate público, doctrinal y jurisprudencial, la responsabilidad contable de los gestores públicos que ostentan cargos políticos.

Este estudio se realizará con apoyo en la Constitución española, legislación contable y presupuestaria en especial la LOTCu, LFTCu y LGP, doctrina sobre la materia y jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal de Cuentas.

- *Cuarto capítulo.* «El nuevo régimen sancionador en la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». Este capítulo lo dedicaremos al estudio del Título II de la LTBG, denominado “Buen gobierno”, que se identifica en la LTBG con un régimen sancionador de carácter disciplinario, aplicable a los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilado de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Se inicia el estudio analizando el campo de aplicación subjetivo del régimen sancionador de la LTBG, paso seguido se hará referencia a los principios de buen gobierno, para luego analizar las infracciones en materia de conflicto de intereses y el régimen sancionador que se aplica a estas infracciones, toda vez que a estas no se les aplica el régimen sancionador de la LTBG, sino la Ley 3/2015. Se continuará con el estudio de las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y las infracciones disciplinarias.

Posteriormente se examinará las sanciones que es donde el régimen sancionador de la LTBG cobra fuerza; para pasar al análisis de los órganos competentes para incoar el expediente sancionador, la instrucción y el competente para la imposición de la sanción; se continuará con el plazo de prescripción de las infracciones y las sanciones. Finalmente se analizará los inconvenientes que se presentan para la aplicación del régimen sancionador de la LTBG derivados de la falta de independencia de los órganos que intervienen en el procedimiento sancionador, cuya suerte sigue el régimen sancionador de la Ley 3/2015 dado que está estructurado en términos similares a de la LTBG.

El examen de este tema se acometerá con apoyo en la LTBG, la Ley 3/2015 y demás normas legales y doctrina sobre el tema objeto de este estudio.

A continuación se explica brevemente cuál ha sido la metodología que se emplea en el desarrollo de la investigación, así como las técnicas utilizadas.

Considerando que la presente investigación tiene como objeto una realidad como hecho social (económico, político y social), además de histórico, como son los sistemas de responsabilidad tomados como referente para esta investigación, por lo tanto es necesario aplicar el método cualitativo de investigación socio-jurídica que aplicada al problema nos debe ayudar a comprender las razones de las que derivan el menoscabo de los caudales y efectos públicos y sus consecuencia jurídicas, económicas y sociales.

La investigación jurídica sobre el Derecho en España tiene como *fuentes directas* las correspondientes normas internas: La Constitución española, las leyes de orden público, los decretos expedidos por el gobierno, etc. También se tiene en consideración, la jurisprudencia el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal de Cuentas y otras instancias, que corresponde a la jurisprudencia del tema objeto de estudio.

Como *fuentes indirectas* de la investigación en materia de los sistemas de responsabilidad materia de la investigación y los mecanismos de control internos y externos de la gestión económico-financiera del sector público, se hará una investigación bibliográfica, un estudio de los más importantes documentos, libros, artículos y publicaciones.

Además de las conclusiones de la investigación se presentarán propuestas de solución a los problemas planteados en cada uno de los capítulos.

Con este trabajo que me ha ilusionado, pretendo aportar un granito de arena en la solución al grave problema sobre la corrupción y el menoscabo de los caudales públicos por la indebida y mala gestión, esperando haber logrado, al menos en parte, ese objetivo.

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA AUTORIDAD Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE LAS NUEVAS LEYES 39 Y 40 DE 2015

I.1. Introducción

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es un principio fundamental que inspira toda la actuación de los poderes públicos, que se ha convertido en una pieza esencial de nuestro Estado de Derecho y que constituye, junto al principio de legalidad, uno de los grandes soportes del sistema administrativo español². El instituto resarcitorio tiene un papel destacado en el sistema constitucional por cuanto va dirigido a proteger al administrado frente a los daños causados por las Administraciones Públicas en las actividades que desarrolla, reforzando así las garantías de los ciudadanos que les permite reclamar a la Administración por las insuficiencias y defectos de la gestión administrativa.

El principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas elevado a rango constitucional en el artículo 106.2³, cuya regulación se contenía en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en su título X, artículos 139 a 146, consagró la responsabilidad de las Administraciones Públicas y sus autoridades y demás personal a su servicio; reglamentada por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP). Estas dos normativas derogadas recientemente por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, desde el 2 de octubre de 2016, se recoge en la Ley 40/2015, de 1 de octubre,

² Exposición de motivos de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³ Art. 106.2: «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 caso de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto los aspectos sustantivos y, respecto a los aspectos procedimentales en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se contiene en el Capítulo IV de la Ley 40/2015 y el artículo 36 se refiere a la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

En términos generales, esta nueva regulación no difiere en lo sustancial de lo que establecía la derogada LRJ-PAC. Se mantiene los requisitos y características esenciales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, a excepción de dos materias en las que se innova: la responsabilidad de la Administración en relación con el Derecho privado y la responsabilidad del Estado legislador, que no son objeto de este estudio.

En cuanto al procedimiento para hacer exigible la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, requiere la tramitación de un procedimiento administrativo conforme a las reglas que contiene la Ley 39/2015. Esta Ley no regula específicamente el procedimiento para hacer exigible la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas (o acción de regreso o repetición).

I.2. Características del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

El artículo 32 de la Ley 40/2015⁴, mantiene las características esenciales que identifican el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,

⁴ Artículo 32. Principios de la responsabilidad. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que

que se contenían en el derogado artículo 139.1 LRJ-PAC⁵, que han sido determinadas pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado como un sistema de responsabilidad *objetiva*, de carácter *directa, común, unidad jurisdiccional a favor del contencioso-administrativo*, cuyo fundamento es *la reparación integral del patrimonio del lesionado*.

Es un sistema de responsabilidad *objetivo*, que supone que no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que el agente público que ha generado el daño ha actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es preciso probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos legales y constitucionales (art. 106.2 CE y 32 Ley 40/2015) que amparan el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos⁶.

Es una responsabilidad *directa* por cuanto es la Administración Pública titular del servicio o de la actividad productora del daño la que responde directamente frente a la víctima y no el agente público causante del daño, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de Ley 40/2015 al disponer:

«Artículo 35. Responsabilidad de Derecho Privado. Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija

sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

⁵ El derogado artículo 139 decía «Principios de la responsabilidad. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. 4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁶ Cfr. Sentencia: RJ 1997\9357, de 15 de diciembre.

directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad»⁷.

«Artículo 36. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

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.

[...]»⁸.

Es un sistema *común*, que garantiza el mismo tratamiento por igual a todos los administrados, públicos o privados, cuya regulación de dicha materia está presidida por un conjunto de principios generales comunes capaz de garantizar la homogeneidad básica, que configura el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como un verdadero sistema y asegura la unidad del mismo, conformados por las Leyes 39 y 40 de 2015.

La Unidad jurisdiccional a favor del contencioso-administrativo, se determina en la medida que se aplica el principio de unidad jurisdiccional en favor del orden contencioso-administrativo, para el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, independientemente que ésta actúe en relaciones de Derecho privado o Derecho público, así se desprende de los artículos 35 y 36.1 Ley 40/2015.

Reparación integral del patrimonio del lesionado. Este principio general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, de acuerdo con la interpretación de la doctrina mayoritaria liderada por GARCÍA DE ENTERRÍA, «es, por lo demás muy claro: la indemnización debe dejar “indemne” a la víctima del daño injusto, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño ha

⁷ Artículo 32. Principios de la responsabilidad. «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, [...]».

⁸ Antes en los artículos 144 y 14.1. LRJ-PAC.

supuesto para su patrimonio, debe restituir éste en su pleno valor anterior a los sucesos dañosos, debe cubrir, por tanto, todos los “daños y perjuicios” sufridos “en cualquiera de sus bienes o derechos”»⁹.

Como lo indicamos, el carácter objetivo y directo del sistema de responsabilidad de la Administración Pública, traen como consecuencia que los daños ocasionados por la autoridad y personal al servicio de la Administración, que en ejercicio de sus funciones, causan a los particulares con dolo o, culpa o negligencia graves, sean cubiertos por la Administración Pública a la cual pertenecen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.1. Ley 40/2015.

Lo anterior no significa que la autoridad y personal al servicio de las Administraciones Públicas no tengan que responder, puesto que el legislador ha previsto la acción de regreso o de repetición como un medio para que la Administración obtenga de estos el reintegro del monto de la indemnización que ha debido abonar a los lesionados, por los daños y perjuicios que ocasionaron en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad civil de la autoridad y personal al servicio de la Administración (acción de repetición o de regreso), de que trata el artículo 36.2 Ley 40/2015 y las causas que generan impunidad e irresponsabilidad civil de estos, será el objeto de estudio de este capítulo.

El plan que seguiremos consistirá en exponer una perspectiva de los antecedentes legislativos de ésta institución que nos muestre su desarrollo, concretamente la acción de regreso o de repetición hasta llegar a la situación actual con las Leyes 39 y 40 de 2015 y las dificultades encontradas para hacer exigible la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas con esta nueva normativa.

I.3. Antecedentes legislativos de la responsabilidad civil del agente público

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2002, pp. 418-419.

La responsabilidad civil tiene un carácter esencialmente reparador, no penal; de donde resulta que en el campo puramente civil la responsabilidad civil se define por la obligación de reparar el perjuicio causado a un sujeto de derecho. Se trata, pues, en última instancia, de la idea de transferir el perjuicio de la víctima al ofensor¹⁰.

El desarrollo de la institución resarcitoria en el Derecho español se apoyó inicialmente en el Derecho privado con fundamento en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil de 1889 bajo la teoría subjetiva de la responsabilidad civil extracontractual, cuyo sustento se encuentra en la culpa o negligencia del autor del daño¹¹.

LEGUINA VILLA, recuerda «El postulado “*no hay responsabilidad sin culpa*” era admitido sin discusión por la generalidad de la doctrina civilista y administrativista del siglo pasado»¹². El concepto de culpa como presupuesto para hacer exigible la responsabilidad por daños en bienes ajenos jurídicamente protegidos se recoge en los artículos 1.089, 1.902 y 1.903 del Código Civil (CC), que en su orden dicen:

Art. 1.089: «Las obligaciones nacen [...] de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga *cualquier género de culpa o negligencia*».

Art. 1.902: «El que por acción u omisión causa daño a otro, *interviniendo culpa o negligencia*, está obligado a reparar el daño causado. Este artículo establece el principio general de responsabilidad civil extracontractual».

El artículo 1.903 CC consagraba la responsabilidad no solo por actos u omisiones propios, sino por aquellas personas de quienes se debe responder, es decir, la responsabilidad que no proviene directamente del sujeto responsable, sino de otros

¹⁰ PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 1981, p. 24.

¹¹ ALESSI, subraya que la institución de la responsabilidad civil justamente con la de resarcimiento del daño, surge primeramente en el campo del Derecho privado con la función de una sanción civilística por cualquier violación de esferas jurídicas protegidas (*ilícitos*), moralmente imputable a un sujeto. La doctrina tradicional, en el ámbito de la responsabilidad civil, centra toda la elaboración dogmática de la materia sobre la base de la idea central: la *sanción* del ilícito-culposo. Desde esta perspectiva, el fenómeno resarcitorio fue protagonizado por un esquema cuyo eje central estuvo constituido por el comportamiento del autor del hecho culposo. Dentro de este enfoque la situación de la víctima del daño, no fue llamada a cumplir ningún rol de importancia en la determinación de la responsabilidad. ALESSI, Renato: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 505-506.

¹² LEGUINA VILLA, Jesús: *La responsabilidad civil de la Administración: su formulación en el Derecho italiano y un análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 124.

sujetos ligados al primero por especiales relaciones jurídicas. El párrafo 5º del citado artículo establecía responsabilidad del Estado por hechos ajenos así.

«El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un *agente especial*, pero no cuando el daño hubiere sido causado por *el funcionario* a quien propiamente le corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior».

El párrafo 5º del artículo 1.903 CC establece dos formas de actuar del Estado, por medio de un agente especial o a través de *los funcionarios* a quienes propiamente les correspondía la gestión, sin embargo, en caso de daños ocasionados por culpa o negligencia de estos, sólo establecía la responsabilidad civil extracontractual del Estado cuando se tratara de un *agente especial*, excluyendo toda posibilidad de responsabilidad del Estado en caso de los daños ocasionados por sus funcionarios en ejercicio de sus funciones, quienes eran los únicos llamados a responder en los términos establecidos en el artículo 1.902 CC.

Esta es una de las primeras normas que consagra la responsabilidad civil de los funcionarios. A su alrededor se hicieron varias interpretaciones, unas atribuyendo al Estado la responsabilidad de manera directa e inmediata por los actos realizados por sus funcionarios¹³; otras exonerando al Estado de la responsabilidad civil extracontractual para atribuirla directamente en el funcionario del cual procede la actividad o el comportamiento dañoso¹⁴.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón, exponen que el juego combinado de estos dos preceptos permitía, en efecto, declarar la responsabilidad del Estado por actos propios, según el artículo 1.902, cuando obrase a través del “funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada”, dada la remisión a él que realiza expresamente el artículo 1.903, y por hecho de tercero, de acuerdo con el tenor literal de este último, cuando actuase “por medio de un agente especial”, es decir, mediante personas de quienes, por no ser funcionarios, no puede predicarse la cualidad de órganos del propio Estado. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 368.

¹⁴ GARRIDO FALLA, quien no comparte la interpretación de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, en su opinión «cuando el párrafo 5º. del art. 1.903 se refiere a la responsabilidad del Estado lo es, por culpa *in vigilando* cuando actúa a través de un *agente especial*, pero no cuando el daño es causado por el funcionario al que está normalmente atribuida la actividad realizada. De acuerdo con esta interpretación, significaba la exclusividad de la responsabilidad del funcionario, de tal manera que el único remedio que quedaba en manos del particular dañado para obtener resarcimiento a sus lesiones consistía en demandar directamente al funcionario causante del daño. De esta manera, la responsabilidad civil con ocasión de la actuación administrativa fue durante mucho tiempo, la personal del funcionario generando un total desamparo para el particular». GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 252-253.

Esta última interpretación se impone y la responsabilidad civil del Estado comienza formulándose, según las disposiciones del Código Civil y la interpretación de la doctrina dominante, como una *responsabilidad directa del funcionario*, fundamentada en la *culpa o negligencia del funcionario* a quien propiamente corresponde la gestión practicada. Dentro de este contexto, el fundamento concreto de responsabilidad contenido en los artículos 1.902 y 1.903 CC es la conducta *culpable* del autor del daño y, por consiguiente, la naturaleza de dicha responsabilidad será la culpa.

La interpretación que la doctrina dominante hiciera de los artículos 1.903 y 1.904 CC dio origen a la promulgación de la Ley de 5 de abril de 1904 (conocida como la Ley MAURA) y su Reglamento, de 23 de septiembre de 1904, que regulaba la responsabilidad civil de los funcionarios, la cual exigía como requisito, para reclamar la responsabilidad del funcionario, la existencia de una infracción legal por parte de éste que desencadenara la obligación de indemnizar y la previa reclamación por escrito por parte de la víctima. El artículo 1º de la citada ley decía:

«Los funcionarios civiles del orden gubernativo, cualquiera que sea su clase y categoría, desde Ministro de la Corona hasta agente de la autoridad, que en el ejercicio de sus cargos infrinjan con actos u omisiones algún precepto cuya observancia les haya sido reclamada por escrito, quedarán obligados a resarcirse al reclamante agraviado de los y perjuicios causados por tal infracción legal».

Dicho artículo exigía como requisito, para reclamar la responsabilidad del funcionario, la existencia de una infracción legal por parte de éste que desencadenara la obligación de indemnizar y la previa reclamación por escrito por parte de la víctima.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, «la exigencia de la responsabilidad al funcionario en los términos de la Ley MAURA constituía más un obstáculo que una garantía para el particular afectado que pensase iniciar una acción de responsabilidad civil contra algún funcionario público, por cuanto se requería que previamente le hubiese requerido por escrito mediante el llamado *recordatorio previo*. El olvido (o desconocimiento) de este requisito implicaba la inviabilidad de la acción judicial ulterior, con el agravante, que la responsabilidad personal del funcionario no cubriría nunca supuestos de daños en que no existiera culpa neta imputable al mismo.

Además, del inconveniente práctico de la normalidad de la insolvencia de la gran mayoría de los funcionarios y agentes administrativos en relación con los daños que pueden, efectivamente, causar»¹⁵.

La exigibilidad de la responsabilidad fue escasa por no decir que nula, cuya dificultad derivaba de la forma como estaba regulada en el Código civil. Finalmente se logra apartarla del campo propio del Código civil y dirigirla a las instituciones jurídico-administrativas, iniciando su desarrollo con la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, en la que se consagra la responsabilidad directa del funcionario y subsidiariamente la del Estado o Corporación así:

«[...] si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley».

El llamado a responder con sus bienes era directamente el funcionario responsable y en el evento que este no tuviese la capacidad patrimonial para asumirla, la responsabilidad debía encaminarse hacia el Estado o la Corporación a la cual pertenecía el funcionario. Esta norma requería concretar su desarrollo «conforme lo determine la ley», lo que no aconteció por la corta vida de la II República.

Lo mismo sucedió con la Ley Municipal Republicana de 10 de julio de 1935, cuyo texto articulado es de 31 octubre de 1935, en el artículo 209 contiene la primera regulación general y directa de la responsabilidad de los Municipios o subsidiaria según el caso, la cual tampoco logro su aplicación por la escasa vida de la II República.

Un avance significativo, hacia la responsabilidad civil del funcionario lo proporciona la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, que dio lugar al texto articulado de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950, al constituirse en una de las primeras leyes que establece la posibilidad para que la Administración local exija la responsabilidad civil de la autoridad y personal a su

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1981, pp. 159-160.

servicio mediante la acción de regreso, cuando ha indemnizado al perjudicado o a la propia Corporación, al señalar en el artículo 410.1:

«La Corporación Local podrá instruir expediente *para la declaración de responsabilidad civil de sus autoridades, funcionarios y dependientes* que por culpa o negligencia graves hubieren causado daños y perjuicios a la propia Corporación, o a terceros, si éstos hubieren sido indemnizados por aquella».

Posteriormente, en 1954, la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) introduce el nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración con carácter directo y objetivo e incorpora la acción de regreso en el artículo 121 LEF así:

«Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, *sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo*».

El artículo 121 de LEF, en cuanto a la acción de repetición, se reglamentó mediante el artículo 135 del Decreto de 26 abril 1957, que aprobó el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (RLEF), en el apartado 1º. estipuló:

«Cuando los daños sean producidos por dolo o culpa grave del funcionario o funcionarios encargados del servicio, *la Administración podrá repetir contra los mismos*, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados, sin perjuicio y con independencia de la responsabilidad penal en que hubieren podido incurrir los culpables».

Al poco tiempo se aprueba la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (LRJAE), que en el artículo 42.1 establece «sin perjuicio, de que el Estado indemnice a los terceros lesionados, *la Administración podrá exigir de sus Autoridades, funcionarios o agentes la responsabilidad en que hubieren incurrido*

por culpa o negligencia graves previa la instrucción del expediente oportuno con audiencia del interesado».

I.4. La responsabilidad civil del agente público a partir de la Constitución de 1978

Una de las características que presentan las disposiciones que acabamos de mencionar, referidas a la acción de regreso o de repetición, es su contenido facultativo o potestativo para que la Administración ejerza la acción de regreso, característica que se conservará con la promulgación de la LRJ-PAC como se verá enseguida.

A partir de la Constitución de 1978 se eleva a rango constitucional el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el artículo 106.2 CE y remite la concreción de su contenido y alcance a los *términos establecidos por la Ley*, que de acuerdo con el artículo 149.1.18 CE ha de ser una ley estatal la encargada de regular la materia de la responsabilidad de la Administración, así como los términos y alcance en el que el derecho se reconozca y los requisitos para hacer exigible la responsabilidad de la Administración¹⁶.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE, el legislador promulgó la LRJ-PAC, que en su Título X, artículos 139 a 146, consagra la responsabilidad de las Administraciones Públicas y sus autoridades y demás personal a su servicio y se reglamenta a través del RPRP.

La responsabilidad civil de la autoridad y personal al servicio de las Administraciones Públicas se abordó en la LRJ-PAC, dentro del Título X, Capítulo II, bajo la rúbrica «Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas» artículo 145 reglamentado por la Ley 4/1999 y, los artículos 19, 20 y 21 RPRP, que permiten hacer efectiva la responsabilidad patrimonial.

¹⁶ A juicio del Tribunal Supremo, la consagración constitucional del principio de responsabilidad de las Administraciones públicas «es completamente acorde con los más elementales principios de justicia, en cuanto dispone que los daños causados a los particulares por el funcionamiento de los servicios públicos que benefician a toda la colectividad, no sean soportados individualmente por los afectados, sino por la generalidad de los Administrados a través de la propia Administración», (STS de diciembre 7 de 1981 (RJ 1981\5370)).

El marco jurídico para hacer exigible la responsabilidad civil de la autoridad y personal al servicio de la Administración se consagró el artículo 145.2 y 3 LRJ-PAC, que en su redacción original decía:

«2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados *podrá* exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca».

«3. Asimismo; *podrá* la Administración instruir igual procedimiento a las Autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave.

En este supuesto, los criterios de ponderación aplicables serán los previstos en el punto 2»¹⁷.

El artículo 145.2 y 3 LRJ-PAC estableció la acción de regreso o de repetición contra la autoridad y demás personal a su servicio, que en ejercicio de sus funciones, hubiesen causado daños a los particulares y como consecuencia de ello, la Administración hubiere indemnizado a los lesionados.

La redacción original del artículo 145.2 y 3 de la LRJ-PAC era de contenido facultativo o discrecional al estipular que «La Administración correspondiente, [...] «podrá» exigir de sus autoridades [...]» y, por consiguiente, también la acción de regreso, circunstancia ampliamente criticada por la doctrina¹⁸ que consideraba se debía

¹⁷ En similares términos se refiere el inciso segundo del artículo 19 y 20 RPRP.

El artículo 19 RPRP dispone «Responsabilidad por daños y perjuicios causados a los particulares. Satisfecha la indemnización, la Administración correspondiente *podrá* exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento regulado en el artículo 21 de este Reglamento». Artículo 20 RPRP. «Responsabilidad por daños y perjuicios causados a las Administraciones públicas. La Administración pública correspondiente *podrá* exigir de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por los daños y perjuicios causados a la misma mediando dolo, culpa o negligencia grave, de conformidad con lo previsto en los artículos 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 21 de este Reglamento».

¹⁸ Entre ellos, RIVERA FERNANDEZ, Manuel: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario de la Administración Pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Práctica de Derecho, Valencia, 1977, p. 82.

haberse impuesto a la Administración el deber de proceder de oficio en tales casos cuando se promulgó la LRJ-PAC. Uno de ellos, LEGUINA VILLA, reprochaba duramente que el legislador no se haya atrevido a dar ese paso y expresaba «a mi juicio, la nueva Ley debería haber obligado a la Administración –y no sólo permitido: *deberá* exigir en lugar de *podrá* exigir– a iniciar de oficio el procedimiento de repetición en los casos, al menos, en que el daño ya indemnizado a terceros haya tenido origen en una conducta penalmente culpable del agente declarada por sentencia en firme»¹⁹.

Efectivamente, con la promulgación de la LRJ-PAC no se vislumbró ningún interés por parte del legislador en aprovechar la oportunidad de afianzar el sistema de responsabilidad civil de la autoridad y personal al servicio de las Administraciones Públicas, limitándose a reafirmar la discrecionalidad de la Administración para ejercer la acción de regreso en los términos de las normas que la precedían desde la Ley de Régimen Local.

I.4.1. La responsabilidad del agente público tras la modificación introducida por la Ley 4/1999

La experiencia había demostrado que la acción de regreso en los términos como estaba concebida, como una acción facultativa, no se ejercía, por ello, después de siete años de la promulgación de la LRJ-PAC y ante su ineficacia el legislador decide modificar los artículos 145.2 y 3 y 146 LRL-PAC mediante la Ley 4/1999, de modificación de la LRJ-PAC, en los términos en que había sugerido la doctrina.

a) Modificación del artículo 145 LRJ-PAC

La modificación que hiciera la Ley 4/1999 al artículo 145 LRJ-PAC eliminó la discrecionalidad para que las Administraciones Públicas iniciaran la acción de regreso

¹⁹ LEGUINA VILLA, Jesús: «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en *La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dirs.): Tecnos, Madrid, 1993, p. 408.

haciéndola obligatoria, suprimiendo el verbo «podrá» por «exigirá» y agregó «de oficio» y en la referencia a «dolo, culpa o negligencia grave» se modificó el adjetivo singular «grave» por el adjetivo plural «graves», de esta manera, la gravedad se aplica tanto en el caso de la culpa como en el de la negligencia, quedando la redacción del artículo 145.2 LRJ-PAC así:

«2. La Administración correspondiente, cuando hubiese indemnizado a los lesionados, *exigirá de oficio* 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 procedimiento que reglamentariamente se establezca».

También se modificó el apartado 3 del artículo 145 LRJ-PAC, eliminando la parte que decía: «En este supuesto, los criterios de ponderación aplicables serán los previstos en el punto 2» y, respecto a las conductas de «dolo, culpa o negligencia grave», igualmente se aplicó la gravedad a la culpa o negligencia al cambiar el adjetivo singular «grave» por el adjetivo plural «graves», quedando la redacción del artículo 145.3 en los siguientes términos:

«3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes y derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves».

Según la exposición de motivos de la Ley 4/1999, cuando se refiere a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal a su servicio, era necesario introducir esa modificación con el fin de garantizar su efectividad, al preverse en el artículo 145 que se exigirá de oficio. «El legislador, con esta modificación, atiende la reivindicación que gran parte de la doctrina venía efectuando. La situación de los funcionarios y agentes que causaban daños a terceros era, al amparo de la normativa hasta ahora vigente, de total impunidad, ya que en la práctica, la Administración Pública

casi nunca repetía contra aquéllos para recuperar la indemnización satisfecha a la víctima»²⁰.

b) Modificación del artículo 146 LRJ-PAC

También se modificó por la Ley 4/1999 el artículo 146.1 LRJ-PAC que regulaba la responsabilidad civil y penal de los agentes al servicio de la Administración pública. La redacción original de este artículo era la siguiente:

«1. La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

Este artículo fue objeto de dos interpretaciones. Un sector de la doctrina jurisprudencial entendió que el artículo 146.1 LRJ-PAC daba la posibilidad a la víctima de optar por demandar la responsabilidad civil del agente público directamente ante la jurisdicción civil o, exigir directamente la responsabilidad civil extracontractual a la Administración Pública de acuerdo con lo señalado en el artículo 145.1 LRJ-PAC, o contra ambos simultáneamente, centrando la discusión en torno a la opción que daba la norma de demandar ante la jurisdicción civil al agente causante del daño.

Entre las sentencias del Tribunal Supremo que respaldaban esta interpretación se encuentran las STS de 23 de octubre de 2000, recurso 3027/95; STS de 18 de diciembre de 2000, recurso 2691/98 y STS de 26 de marzo de 2001, recurso 882/96, reconociendo la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de las reclamaciones, especialmente en materia de responsabilidad médica, entabladas conjuntamente contra los servicios sanitarios públicos y profesionales médicos, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la LRJ-PAC en su primera redacción y la modificación introducida por la Ley 4/1999 (coetánea con la reforma del art. 9.4 de la Ley Orgánica

²⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol: «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1999, p. 75.

del Poder Judicial y con la entrada en vigor de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)²¹.

Otro sector de la doctrina, concretamente la STS, Sala civil, de 17 de febrero de 2006, interpretó que la opción de la víctima de demandar directamente al agente público en vía civil fue eliminada con la entrada en vigencia de la LRJ-PAC. Estos son los argumentos: «La referencia que se mantenía en la redacción originaria del artículo 142 de la Ley 30/1992 a la responsabilidad civil de los funcionarios, exigible por las normas correspondientes, no comportaba el mantenimiento del derecho de opción por la vía civil contra el funcionario. La interpretación contraria, mantenida, ciertamente, por un sector de la doctrina, no puede aceptarse, ante la contundencia y la especificidad del mandato establecido en el artículo 145 de la Ley 30/1992, que no deja duda alguna sobre la *voluntas legis* (voluntad de la ley), en unión de los demás argumentos de tipo sistemático que se han expuesto. La posible existencia de una responsabilidad civil del funcionario exigible ante la jurisdicción civil sólo podía referirse a los actos dañosos puramente personales del mismo en cuanto realizados con desconexión total del servicio, los cuales, ajenos propiamente al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, siempre han dado lugar -y siguen dándolo en la actualidad, como no podía menos de ser- a posible responsabilidad civil ante los tribunales de este orden jurisdiccional, según aceptó desde el primer momento un viejo dictamen del Consejo de Estado (11 de abril de 1962), ya a la vista del nuevo sistema introducido por la Ley de Expropiación Forzosa».

Este es uno de los pronunciamientos más importantes del Tribunal Supremo, Sala Civil, pues se trata de uno de los pocos casos en el que el lesionado demanda directamente al agente público causante del daño, en acción civil, por los daños y perjuicios de orden moral causados por un Inspector de Finanzas del Estado, en el ejercicio de su cargo y, dirige la pretensión directamente contra dicho funcionario con expresa exclusión de la Administración, a la que no le exige ni se pretende responsabilidad de ningún tipo -según se expresa en la demanda-, sometiendo el conocimiento de su pretensión a los Tribunales de la jurisdicción civil, bajo el amparo

²¹ Cfr.: STS, Sala Civil, Roj: 813/2006de 17 de febrero, recurso 2288/1999.

de la Ley de 5 de abril de 1904 y el artículo 146 LRJ-PAC. La cual es desestimada por falta de competencia conforme a los argumentos antes expuestos.

Para clarificar definitivamente el tema, el legislador, modifica el artículo 146.1 LRJ-PAC mediante la Ley 4/1999, sustituyendo la referencia «responsabilidad civil» por la más concreta: «responsabilidad civil derivada del delito». Asimismo, el título del precepto deja de ser «responsabilidad civil y penal», para pasar a ser «Responsabilidad penal», eliminando de esta manera la posibilidad que la interpretación de un sector de la doctrina había dado a la víctima de demandar directamente, en vía civil, al agente causante del daño²². La redacción de este precepto quedó en los siguientes términos:

«1. 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».

Adicionalmente, se elimina la posibilidad del lesionado de dirigirse en vía civil contra el agente público causante del daño, la Ley 4/1999 en su disposición Derogatoria única deroga de forma expresa la Ley de 5 de abril de 1904 (Ley Maura) y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Tras estas modificaciones, cuando un particular sufra un daño o perjuicio como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, no puede dirigir la solicitud de indemnización contra el agente público causante del daño, sino que debe hacerlo directamente a la Administración Pública a la cual pertenece el agente público causante del daño, en los términos que disponía el artículo 145.1 LRJ-PAC y ahora el artículo 36.1. Ley 40/2015, salvo que el hecho lesivo sea constitutivo de sanción penal, caso en el cual la víctima exigirá la responsabilidad civil derivada del delito, directamente al presunto agente responsable ante la jurisdicción penal²³.

²² Cfr.: MIR PUIGPELAT, Oriol: *Op. cit.*, 1999, p. 79.

²³ «Los funcionarios también pueden incurrir en responsabilidad penal por la comisión de hechos (o por omisiones) constitutivos de delitos, mediando dolo o imprudencia. En el Código Penal y otras leyes especiales se tipifican determinadas conductas que realizan en el ejercicio de su cargo o en relación con el o prevaliéndose ilícitamente de su condición de funcionarios públicos». Véase, PLEITE GUADAMILLAS, Francisco: «La responsabilidad de los funcionarios en la contratación administrativa local, en particular,

Autores como MARTÍN REBOLLO comparten esta opinión diciendo: «Para empezar, ya no es posible la opción del dañado de dirigirse civilmente contra el funcionario personalmente causante del daño. Así se deduce de la propia Ley 30/1992, en cuyo artículo 145, bajo la rúbrica «exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas», sólo se contempla la exigencia de dicha responsabilidad a la Administración. La Ley 4/1999, de reforma de esta Ley, es explícita en su Exposición de Motivos al recordar que desaparece toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario «clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad de la Administración». En concordancia con ello y para evitar cualquier equívoco, se deroga la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios, que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso»²⁴.

Por su parte, SEUBA TORREBLANCA refiriéndose a la redacción del artículo 146.1 LRJ-PAC considera que el ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada del delito no tiene que realizarse necesariamente en el procedimiento penal, sino que el artículo 109.2 CP permite al perjudicado hacerlo ante la jurisdicción civil, sin embargo, cuando el delito o falta hayan sido cometidos por el personal al servicio de las Administraciones Públicas, el artículo 146.1 LRJ-PAC, según redacción de la Ley 4/1999 «la legislación correspondiente» es la administrativa y debe dirigirse contra la Administración, pues no es posible hacerlo contra el personal a su servicio. Dicho de otra forma, dice este autor, no creemos que bajo el amparo del artículo 109.2 CP sea posible eludir la legislación administrativa vigente para exigir la responsabilidad civil del funcionario²⁵.

técnicos, secretarios e interventores», *Revista electrónica Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional CEMCI*, nº 1: Oct.-Dic., 2008, p. 4, en línea:

<http://www.cemci.org/revista/numero-1/tribuna/articulo3.pdf> [Consultado 22 de agosto de 2015].

²⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, p. 301.

²⁵ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles: *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas—Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002, p. 182.

I.4.2. La acción de regreso después de la modificación introducida por la Ley 4/1999

Tras la modificación que introdujo la Ley 4/1999 al artículo 145.2 LRJ-PAC, la Administración correspondiente, *cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio* de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, por consiguiente, no solo es obligatorio para la Administración Pública *exigir* la responsabilidad civil del agente público, sino que además debe hacerlo *de oficio*, esto es, por iniciativa de la propia Administración sin que se requiera solicitud de parte²⁶, lo cual es razonable que se haya dispuesto en esos términos, teniendo en cuenta que la Administración Pública es la única legitimada para iniciar la acción de regreso o de repetición²⁷.

MARTÍN REBOLLO plantea como gran novedad de la reforma de 1999 que se hubiese convertido en obligado lo que antes era, únicamente potestativo. En tal sentido, se pronuncian todos los autores que han comentado la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999 y así también lo apunta el Consejo de Estado que en su Dictamen de 22 de enero de 1998 a propósito de la reforma, habla justamente de la pretensión de «dar efectividad» a una previsión hasta entonces realmente inédita²⁸.

En consecuencia, a partir de la referida modificación, la responsabilidad civil del funcionario quedó supeditada a la vía de regreso, constituyendo un verdadero deber de la Administración instruir de oficio el procedimiento para conocer de esa

²⁶ Esta acción no requiere -mejor aún, no admite en sentido estricto- la solicitud de persona interesada-solicitud o instancia de parte interesada, ya que se configura como una acción de oficio. Esto es, remite a lo dispuesto en el [art. 69.1 LRJ-PAC](#). Cfr.: DÍEZ SÁNCHEZ, [Juan José](#): «Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos», en [La responsabilidad civil y su problemática actual](#), MORENO MARTÍNEZ, Antonio (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 220.

El artículo 69.1 LRJ-PAC dice: «Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia».

²⁷ No hay responsabilidad directa del funcionario público, sino tan sólo una acción de regreso. Roj: STS 813/2006, de 17 febrero de 2006.

²⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis: «La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)», *Derecho y Salud*, Vol. 19, nº 1, enero-junio, 2001, p. 16.

responsabilidad cuando medie una conducta dolosa, culposa o negligente graves del agente²⁹.

I.5. La acción de regreso en el marco de las Leyes 39 y 40 de 2015

Conforme a los antecedentes expuestos, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sigue conservando sus características de una responsabilidad directa y objetiva, de tal manera que la Administración Pública titular del servicio o de la actividad productora del daño responde directamente frente a la víctima y no el agente público causante del daño, independientemente de que este haya actuado con dolo o culpa o negligencia graves.

De la misma manera, se mantiene la exigencia de responsabilidad civil del agente público causante del daño mediante la acción de regreso cuando la Administración correspondiente hubiere indemnizado a los lesionados. La nueva Ley 40/2015 en el artículo 36 bajo el título «Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas» reglamenta la acción de regreso o repetición, manteniendo las características introducidas en la modificación al artículo 145.2 por la Ley 4/1999, que eliminó la discrecionalidad para hacer exigible la acción de regreso y la estableció de manera obligatoria mediante la expresión «exigirá de oficio» y, la gravedad de la conducta se extendió tanto en el caso de la culpa como en el de la negligencia. La definición de la acción de regreso quedó redactada en el artículo 36.2 en los siguientes términos:

«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.

²⁹ Cfr.: REBOLLO PUIG, Manuel: «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, SÁINZ MORENO, Fernando (Dir.), Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), Madrid, 2004, p. 223, en línea: <https://books.google.com.co/books?id=0LJIAXGTI0YC&pg=PA15&lpg=PA15&dq=REBOLLO+PUIG,+Manuel> [Consultado el 6 de junio de 2015].

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».

«3. [...]»

4. El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad al que se refieren los apartados 2 y 3, se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de quince días.
- b) [...]».

La nueva redacción del artículo 36 Ley 40/2015 introduce las siguientes modificaciones: La primera se refiere a uno de los criterios para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación. El derogado artículo 145.2 LRJ-PAC hacía mención al criterio «existencia o no de intencionalidad» eliminado y reemplazado en el artículo 36.2 por «grado de culpabilidad», lo anterior, dado que es una responsabilidad subjetiva fundamentada en el comportamiento doloso, o culposo o negligente, estos dos últimos con el calificativo de «graves», del agente público que origina el daño o el perjuicio.

La segunda modificación, incluye el procedimiento a seguir, que ha de ser, conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, se establece los trámites mínimos a seguir, antes reglamentado en un procedimiento especial (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobaba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, vigente hasta el 02 de Octubre de 2016).

I.6. Naturaleza jurídica de la acción de regreso

El fundamento de la acción repetición o de regreso es meramente resarcitorio, pues busca obtener del agente causante del daño, el reintegro de lo pagado por la Administración por concepto de indemnización a los lesionados, como consecuencia de una conducta dolosa, culposa o negligente graves del agente público.

Por consiguiente, la acción de repetición persigue una finalidad de interés público que se concreta en la protección integral del patrimonio público, en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses generales³⁰.

Es preciso indicar que no existe identidad entre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fundamento de la responsabilidad personal de sus agentes, pues mientras que ésta, es una responsabilidad subjetiva fundamentada en el comportamiento doloso, o culposo o negligente graves del agente público que origina el daño o el perjuicio, la responsabilidad de la Administración Pública es objetiva o por resultado, en la que no se tiene en cuenta la conducta del agente público causante del daño, sino la antijuridicidad del daño.

Otro de los aspectos que diferencian estas dos instituciones, se encuentra en que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública halla su sustento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, frente a los daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos³¹, mientras que el fundamento jurídico de la responsabilidad civil (acción de repetición) de la autoridad y personal al servicio de la Administración, no es otro que garantizar la integridad de patrimonio público, ocasionado por el desembolso de la indemnización a la víctima, el

³⁰ Sentencia C-619/02, de 8 de agosto.

³¹ La consecuencia de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas no es sino reparar la lesión causada como consecuencia de los servicios públicos, dejando indemne a la víctima. Esta obligación se concreta, según los artículos 106.2 de la Constitución y 139.2 LRJ-PAC en el derecho de los particulares a ser indemnizados. En tal sentido la indemnización no es sino el medio de la compensación al perjudicado para restaurar, en la medida posible, la integridad de su patrimonio. GIL IBÁÑEZ, José Luis: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (Jurisprudencia contencioso-administrativa)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, p. 62-63.

cual debe ser objeto de protección con el propósito de lograr y asegurar la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho³².

Comparte esta opinión BARCELONA LLOP, al resaltar que la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene una función distinta de la atribuible a la acción de regreso, a la que es ajena la noción de garantía de la víctima³³.

Finalmente, la acción de repetición o de regreso no es una acción autónoma, toda vez que depende de que previamente la Administración haya indemnizado a la víctima como consecuencia del actuar doloso, o culposo o negligente graves del agente público causante del daño.

I.7. Requisitos para ejercer la acción de regreso

Los requisitos para hacer exigible la acción de regreso o de repetición a favor de la Administración Pública y en contra de las autoridades y personal a su servicio siguen siendo los mismos que establecía en el artículo 145.2 LRJ-PAC, trasladados al artículo 36.2 de Ley 40/2015: Que la Administración haya indemnizado a la víctima y que el daño o perjuicio haya sido causado como consecuencia de la conducta dolosa, o culposa o negligente graves de la autoridad o personal al servicio de la Administración Pública.

I.7.1. Indemnización previa de la Administración Pública

El primer requisito para que nazca el derecho de la Administración Pública a exigir de sus autoridades y personal a su servicio la responsabilidad civil en que hubieran incurrido, en ejercicio de sus funciones, como consecuencia de su actuar doloso, o culposo o negligencia graves, es la *previa indemnización a los lesionados*, la cual puede derivar de una previa condena a indemnizar impuesta por los tribunales de lo contencioso-administrativo o, de una previa condena impuesta por los tribunales del orden penal (declarándola responsable subsidiaria) o, del reconocimiento por parte de la Administración de su responsabilidad patrimonial sin que medie condena por los

³² Cfr. Sentencia C-619/02, de 8 de agosto.

³³ BARCELONA LLOP, Javier: «[La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#)», *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 105, 2000, p. 55; cfr.: MARTÍN REBOLLO, Luis: *Op. cit.*, 2001, p.17.

tribunales administrativos o penales. Es indiferente ese origen, y en principio, cualquiera de esas decisiones previas son independientes del posterior procedimiento para exigir la responsabilidad a sus agentes públicos³⁴.

Según MARTÍNEZ NOVELLA, aquí se plantea el problema de hasta qué punto puede discutirse la cuantía de la indemnización (excepto en los casos de concurrencia de culpas). Si la misma fue revisada en un proceso judicial sobre el que recayó sentencia firme, parece que ya está homologada, siendo imposible su revisión³⁵.

Si la indemnización deriva de una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en firme y en consecuencia, el funcionario presuntamente responsable no pudo discutir la cuantía en ese proceso³⁶, no significa que la responsabilidad del agente y por consiguiente la indemnización a pagar no pueda ser controvertida en el expediente de repetición. Empezando porque el fundamento de la responsabilidad de la Administración Pública es una responsabilidad objetiva o por resultado³⁷, mientras que la responsabilidad del agente público es una responsabilidad subjetiva donde solo responde por dolo, o culpa o negligencia graves. Cualquiera otra conducta aunque haya causado una lesión en ejercicio de sus funciones y la Administración haya indemnizado a la víctima, jurídicamente no hay posibilidad de imputarle responsabilidad alguna al funcionario responsable.

Por ello, el procedimiento de la acción de repetición consiste precisamente en determinar la existencia o no de responsabilidad del agente público y la cuantía de la indemnización, de tal manera que el presunto agente público responsable, en el procedimiento puede aportar cuantas alegaciones, documentos o información que estimen conveniente y propongan cuantas pruebas sean pertinentes, e interponga los

³⁴ En similares términos se refiere DÍEZ SÁNCHEZ, [Juan José: Op. cit., 2007](#), p. 217.

³⁵ MARTINEZ NOVELLA, Susana: «La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y funcionarios», *Informe de las asesorías jurídicas de los entes locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre, 2002, p. 80.

³⁶ Si la sentencia deriva de un proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la autoridad o el funcionario no tiene la posibilidad de discutir la cuantía de la indemnización, por el carácter directo y objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pero si se trata de una responsabilidad subsidiaria derivada de un proceso penal allí podrá discutir la cuantía de la indemnización.

³⁷ La responsabilidad directa de la Administración se encuentra fundamentada en un dato objetivo, esto es el funcionamiento del servicio público y no en motivos de culpa o dolo. (STS 3ª.7ª. 26.4.93).

recursos correspondientes para discutir la cuantía o la responsabilidad que se le imputa (artículo 24.1 CE³⁸).

Ahora bien, independiente del origen del que derive la indemnización que haya debido reconocer la Administración a los lesionados ya sea a un particular o a la propia Administración³⁹, la acción de repetición se sustanciará conforme lo dispone la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, Ley 39/2015 y el procedimiento señalado en el artículo 36.4 de la Ley 40/2015.

1.7.2. Dolo, o culpa o negligencia graves del agente público causante del daño

Si bien el agente público debe responder por los daños y perjuicios que en ejercicio de sus funciones ocasione a terceros y a la propia Administración Pública, su responsabilidad se limita solo a los daños y perjuicios en que hubiera incurrido por *dolo, o culpa o negligencia graves*, las demás conductas que causen daños y la Administración haya indemnizado al lesionado no generan responsabilidad dado que las conductas a las que se refiere el artículo 36.2 Ley 40/2015 son taxativas⁴⁰, opinión compartida entre otros, por GUERRERO ZAPLANA, «no en todos los supuestos de indemnización surge la posibilidad de ejercitar la acción de repetición sino que existe un límite que consiste en que para que surja la posibilidad de ejercitar la acción de reparación es necesario que acción causante del daño se haya producido por dolo, culpa o negligencias graves»⁴¹.

³⁸ Artículo 24.1 CE «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

³⁹ Ley 40/2015, artículo 36.3 «Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves». (antes derogado artículo 145.3 LRJ-PAC.

⁴⁰ Artículo 36.2. 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.

⁴¹ GUERRERO ZAPLANA, José: «Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria- Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios», *Lex Nova*, Valladolid, 2006, p. 298, en línea: https://books.google.com.co/books/about/Las_reclamaciones_por_la_defectuosa_asis.html?id=6h-MiHUGoJkC&redir_esc=y [Consultado 22 de julio de 2015]. En este mismo sentido SALVADOR CODERCH, Pablo *et al.*: Respondeat Superior I, *InDret 02*, abril, 2002, p. 14, en línea: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/120696> [Consultado 25 de julio de 2015].

El cuanto a que esas conductas tengan que ser graves, MARTÍN REBOLLO destaca: «La norma, como ya sucedía antes, incorpora un «plus» de protección del empleado, que sólo responde en caso de dolo, culpa o negligencia, que además han de ser «graves». La finalidad de esta limitación es obvia. Se trata de proteger al empleado por los errores o imprudencia que cometa, que son asumidos por la Administración que paga el daño. Pero no hasta el punto de cubrir el daño intencionado o la impericia grave»⁴².

En relación con los conceptos de dolo, culpa o negligencias graves, estos no fueron definidos ni en la Ley 39 ni en la 40 de 2015, para los efectos propios de la acción de repetición, como tampoco se encuentra desarrollo jurisprudencial al respecto. Ante este vacío legal y jurisprudencial se tendrá que recurrir a las definiciones que sobre los mismos trae el Código Civil y la jurisprudencia civil⁴³, sin embargo, lo más conveniente sería que el legislador los definiera, pues si bien la responsabilidad civil del agente público se nutre de algunos conceptos que regulan la responsabilidad civil en el Derecho privado⁴⁴, el sustento deriva del Derecho administrativo, concretamente de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Por ejemplo, la legislación colombiana consagró la definición del dolo y la culpa grave, para efectos de la acción de repetición en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001⁴⁵. Dichas normas contemplan cinco conductas con las cuales se presume el dolo

⁴² MARTÍN REBOLLO, Luis: *Op. cit.*, 2001, pp. 16-17.

⁴³ «En la hipótesis de dolo, existente cuando la transgresión se produjo voluntariamente y por tanto con plena consciencia de la antijuridicidad del acto (sentencias de nueve de mayo de mil novecientos sesenta y dos y veintisiete de abril y diecinueve de mayo de mil novecientos setenta y tres)» Roj: STS, Sala de lo Civil, 107 de 23/10/1984. Artículo 1.104 CC: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

⁴⁴ Artículo 1902 CC «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

«En la responsabilidad penal la culpabilidad se erige como criterio básico de imputación. Sea cual fuere la sanción penal (prisión, multa, prohibición de ciertas actividades, cierre de establecimiento, privación de licencias, destierro), siempre se tratará de que sea proporcional a la gravedad de la infracción. Como en el Derecho de la responsabilidad civil no se busca la sanción ni el castigo sino la reparación, no hablaremos de “responsables” sino de “patrimonios que soporten la responsabilidad”». YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Volumen I, Reus, Madrid, 1993, p. 35.

⁴⁵ Ley 678 de 2001, de 3 de agosto, «Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición».

del agente estatal y cuatro en las que se presume la culpa grave⁴⁶, y con fundamento en ellas se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición.

En la legislación española, el numeral segundo, inciso segundo, artículo 36 Ley 40/2015, establece cuatro criterios de ponderación para la exigencia de la responsabilidad civil del agente público (acción de regreso), bajo los cuales se debe hacer su análisis. El mencionado inciso dice «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»⁴⁷.

Como puede advertirse, la norma legal transcrita tienen un contenido enunciativo cuando dice «entre otros», lo que indica que los criterios allí mencionados no son los únicos, de tal manera que la norma permite acudir a otros criterios que ayuden a establecer de manera clara e inequívoca la existencia o no de la responsabilidad del agente público y en caso de responsabilidad fijar la cuantía de la indemnización.

⁴⁶ Ley 678 de 2001 «Artículo 5º. *Dolo*. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder. 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento. 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Artículo 6º. *Culpa grave*. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho. 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable. 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error - inexcusable. 4. Violar *manifiesta e inexcusablemente* el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal». [Sentencia C-455 de 2002](#).

⁴⁷ La exigencia de oficio de responsabilidad se va a producir cuando concurren los requisitos que exigen la Ley en el art. 36.2 Ley 40/2015; es decir, la Administración debe valorar y demostrar que el funcionario ha actuado con dolo, culpa o negligencia graves tras la instrucción de un procedimiento administrativo. Además, la ley prevé que se utilicen unos criterios de ponderación, que van a servir para medir el grado de responsabilidad del funcionario, agente o autoridad. Cfr. MORENO MOLINA, José Antonio: «Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas», en *Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico- Procedimientos especiales*, en MORENO MOLINA, José Antonio (Dir.), t. II, La Ley, Madrid, 2006, pp. 329-525.

En cuanto a la determinación de la cuantía de la indemnización que debe pagar el agente en el caso de resultar responsable, surge la pregunta si debe ser igual a la suma que pagó la Administración al lesionado, toda vez que la acción de regreso tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener el reintegro de la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la Administración Pública. En principio se pensaría que sí, sin embargo, no debemos perder de vista que si bien la responsabilidad de agente público deriva de la responsabilidad de la Administración Pública, las dos difieren en su fundamento y finalidad como se explicó precedentemente, por consiguiente, la responsabilidad del agente debe analizarse teniendo en cuenta que se trata de una responsabilidad subjetiva limitada a las conductas dolosa, culposa o negligente graves y bajo los criterios que permite el artículo 36.2 Ley 40/2015⁴⁸.

Algunos autores como MARTÍN REBOLLO, consideran que estos criterios de ponderación matizan la pretendida obligatoriedad del ejercicio de la acción de repetición y ello porque si el resultado dañoso no es singularmente grave, no ha habido intencionalidad o no se puede afirmar la responsabilidad profesional, el expediente puede acabar en la exoneración del personal⁴⁹. Por su parte, DÍEZ SÁNCHEZ estima que la habilitación de los criterios de ponderación, por parte del legislador, permite moderar la responsabilidad patrimonial de empleado público y, por tanto, la cuantía que se exige⁵⁰.

DOMÉNECH PASCUAL, señala que si el objetivo es cobrar la deuda, nada se gana limitando de antemano la cuantía de la indemnización exigible, más bien todo lo contrario, si lo que se busca es que la Administración se resarza en la mayor medida de lo posible lo que hay que hacer es exigir la reparación integral del daño, hasta donde lo permita el patrimonio del funcionario. La solución al problema de la insolvencia de los responsables no pasa por limitar el alcance de su responsabilidad. Además, dice, que no

⁴⁸ «El principio de culpabilidad es exigible en el ámbito de las infracciones administrativas de suerte que para la imposición de una sanción se requiere que aquella se cometa dolosamente o bien por culpa o negligencia, excluyéndose la responsabilidad por el mero resultado, superándose así la vieja doctrina del Tribunal Supremo inspirada en una especie de responsabilidad objetiva, como en su día dijo entre otras la paradigmática STS Sala III de 6 de febrero de 1989 (RJ 1989/2453)», STS 2482 de 05/06/2015, Sala de lo Militar Sección 1.

⁴⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis: *Op. cit.*, 2001, p.17.

⁵⁰ DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: *Op. cit.*, 2007, p. 230.

entiende por qué se utilizan para moderar la indemnización criterios que nada tiene que ver con la solvencia del deudor⁵¹.

Si la responsabilidad del agente y en consecuencia la cuantía de la indemnización se modera o matiza con la aplicación de los criterios de ponderación, en mi opinión, tiene su fundamento en que la responsabilidad del agente no puede ser igual a la responsabilidad de la Administración que se analiza bajo criterios diferentes, por ejemplo, los títulos de imputación de responsabilidad de la Administración son tanto por el funcionamiento anormal como el normal de los servicios públicos (art. 32.1 Ley 40/2015), mientras que los títulos de imputación de la responsabilidad del agente son por dolo, o culpa o negligencia graves (art. 36.2 Ley 40/2015). Bajo estos presupuestos, los criterios de ponderación son elementos de juicio para llegar a la certeza de si existió o no, dolo, o culpa o negligencia y si se pueden calificar estas conductas de graves y, con fundamento en ese análisis determinar si se configura la responsabilidad del agente público y en caso afirmativo establecer el monto de la indemnización.

Un ejemplo, cuando la Administración es condenada a indemnizar a la víctima como consecuencia de la lesión ocasionada por un agente público en el ejercicio de sus funciones y sin embargo, no es posible, jurídicamente, atribuirle responsabilidad al agente al no darse ninguna de las conductas que generan responsabilidad civil. Es la emblemática STS 16257/1991, de 14 de junio, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

El caso se refiere a una intervención quirúrgica en la que una paciente presenta el cuadro clínico de aneurisma gigante de ambas carótidas supraclinoideas, en espejo. El derecho con diámetro mayor de 3,5 cm. El izquierdo con diámetro mayor de 2,8 cm., dicha situación fue diagnosticada mediante la práctica de una arteriografía de carótidas. Dada la extrema gravedad de la enferma se procedió a intervenirla optando por reducir primero el aneurisma de la carótida derecha (opción legítima dentro de las reglas de la *lex artis*), pero resultó a posteriori y a nivel de experiencia desacertada, convirtiéndose

⁵¹ Cfr.: DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *InDret*. 2008, p.11, en línea: www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/124226/172198 [Consultado 27 de agosto de 2015].

en una de las concausas relevantes a la hora de valorar, desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos, las consecuencias lesivas de la operación.

La Sala sentenciadora parte de que se trata de una responsabilidad objetiva de la Administración, no obstante, señala que no es posible efectuar un juicio crítico de la *lex artis* del profesional, extremo que, por otra parte, ha quedado resuelto, por cierto, con toda clase de pronunciamientos favorables para el cirujano, por los dictámenes periciales obrantes en las actuaciones, contrastados además con la opinión de acreditados profesionales españoles y extranjeros.

Pese a que se reconoce que el cirujano actuó con la diligencia debida, siguiendo los protocolos médicos (la *lex artis*), se declara la responsabilidad de la Administración por la lesión causada en la operación realizada en un hospital público y se le condena a pagar como indemnización diez millones de ptas., por todos los perjuicios sufridos por la víctima tanto de orden físico como moral. Asimismo, se le reconoció el derecho al abono de 1.212.700 ptas., en concepto de gastos acreditados, todo ello a cargo del Instituto Nacional de la Salud.

Aquí, claramente se puede establecer que la lesión fue ocasionada por el agente público (médico del hospital) en ejercicio de sus funciones, sin embargo, no se configura responsabilidad del agente y no es porque los criterios de ponderación maticen o modere su responsabilidad, la cuestión es que no se da ninguna las conductas determinantes de la responsabilidad patrimonial del agente público, es decir, no existió dolo o culpa, o negligencia graves en el actuar del médico.

De ello se infiere, que habrá muchos casos en los que la Administración sea declarada responsable y como consecuencia de ello, tenga que indemnizar a la víctima del daño causado por sus agentes; no obstante, no podrá repetir contra estos por el hecho de que no actuaron con dolo, o culpa o negligencias graves, quedando entonces fuera del ámbito de responsabilidad señalad en el artículo 36.3 Ley 40/2015.

I.8. Procedimiento para hacer exigible la acción de regreso

Para hacer efectiva la responsabilidad civil del agente público mediante la acción de regreso, el artículo 36.4 Ley 40/2015 dispone que se sustanciara conforme a lo dispuesto en el mismo artículo y al procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015. Este procedimiento se sigue tanto para los daños y perjuicios ocasionados por el agente público a un particular como a la propia Administración Pública.

I.8.1. Órgano competente

El artículo 36.2 Ley 40/2015 estipula «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».

A su vez, el apartado 4 del artículo 36 Ley 40/2015 señala que el procedimiento para la exigencia de la responsabilidad [...] se iniciará por acuerdo del órgano competente [...], sin precisar cuál es órgano competente legitimado para iniciar la acción de repetición. Sin embargo según lo señalado en el artículo 36.2 Ley 40/2015 sería la Administración que pagó la indemnización al lesionado.

I.8.1. Plazo para ejercer la acción de regreso

Nada dice la Ley 39 ni la 40 de 2015 sobre el plazo para ejercer la acción de regreso. Es decir, dejó el vacío legal que contenía la LRJ-PAC y el RPRP, en este tema. Ante este vacío legal la doctrina se ha pronunciado en dos sentidos. Para un sector de la doctrina⁵², el plazo es de un año en aplicación de las reglas generales sobre la acción para exigir la responsabilidad civil (art. 1968.2 del Código Civil⁵³). Para otro sector de

⁵² DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: *Op. cit.*, 2007, p. 224; MARTINEZ NOVELLA, Susana: *Op. cit.*, 2002, p. 81; MARTÍN REBOLLO, Luis: *Op. cit.*, 2001, p.18 y GONZÁLEZ PEREZ, Jesús: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 433.

⁵³ Artículo 1968 CC «Prescriben por el transcurso de un año: 1. La acción para recobrar o retener la posesión. 2. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado».

la doctrina⁵⁴, el plazo es de cinco años establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria LGP, para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública, al considerar que no se trata de un supuesto de responsabilidad sino de un caso de derecho de crédito de la Administración. Actualmente son cuatro años según el artículo 15 de LGP⁵⁵.

MARTIN REBOLLO refiriéndose al plazo de prescripción de los derechos de la Hacienda Pública se aparta de esa opinión expresando: «Por mi parte entiendo que éste es un plazo excesivo, que no es coherente con las necesidades de una buena administración porque no se puede tener pendiente a un funcionario de la iniciación de una eventual acción de regreso tres o cuatro años después de que la Administración haya pagado. [...]. Por ello, entiendo que, aun habiendo argumentos para sostener que desde la perspectiva de la Administración se trata de un derecho de crédito que se pretende ejercitar, desde la óptica del empleado se trata, justamente de un supuesto de responsabilidad. Por eso creo que hay que descartar el plazo de cinco años»⁵⁶.

Respecto a estas dos teorías, si la responsabilidad civil del agente deriva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, considero que el término de prescripción de la acción de repetición debería ser el señalado en el artículo 67.1 Ley 39/2015 que dice:

«Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

1. Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de

⁵⁴ BARCELONA LLOP, Javier: *Op. cit.*, 2000, p. 56. En la misma línea VALLINA VELARDE, Juan Luis de: «La Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, REALA*, nº 274-275, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1997, p. 355, en línea: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=8958&path%5B%5D=9007> [Consultado el 8 agosto de 2015].

⁵⁵ Artículo 15 LGP: «Prescripción de los derechos de la Hacienda Pública estatal. 1. Salvo lo establecido por las leyes reguladoras de los distintos recursos, prescribirá a los cuatro años el derecho de la Hacienda Pública estatal: a) A reconocer o liquidar créditos a su favor, contándose dicho plazo desde el día en que el derecho pudo ejercitarse. b) Al cobro de los créditos reconocidos o liquidados, a contar desde la fecha de su notificación o, si ésta no fuera preceptiva, desde su vencimiento. 2. La prescripción de los derechos de la Hacienda Pública estatal se interrumpirá conforme a lo establecido en la Ley General Tributaria y se aplicará de oficio. 3. Los derechos de la Hacienda Pública estatal declarados prescritos deberán ser dados de baja en las respectivas cuentas, previa tramitación del oportuno expediente. 4. La declaración y exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, haya lugar por la prescripción de créditos de la Hacienda Pública estatal se ajustará a lo prevenido en la normativa reguladora de la responsabilidad contable».

⁵⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis: *Op. cit.*, 2001, pp. 17-18.

responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El *derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo*. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

Lo anterior en concordancia con lo expresamente dispuesto en el artículo 36.2 Ley 40/2015, que exige como presupuesto para iniciar la acción de regreso que previamente la Administración hubiere indemnizado a los lesionados, lo cual es lógico atendiendo a la finalidad de esta acción, obtener el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los lesionados como resultado de los daños y perjuicios causados por sus agentes en ejercicio de sus funciones.

En efecto, en una de las pocas sentencias que se encontraron sobre la acción de repetición contra un agente público, se afirma que el término de prescripción es de un año contado a partir del abono de la indemnización determinada en la sentencia penal. Se trata de la SAN 6014/2000, de 6 de octubre, Sala de lo contencioso-administrativo, que proviene de un fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida en la que se condena a dos procesados solidariamente (guardias civiles) es y, subsidiariamente al Estado, a indemnizar al lesionado en la cantidad de 414.000 pesetas, más intereses, por el delito de detención ilegal practicada por funcionario público y un falta de impudencia con resultado de lesiones.

El recurrente (guardia civil) solicita que se declare prescrito el derecho de la Administración a la reclamación debatida y se le absuelva del pago de las cantidades reclamadas, indicando que cuando se inicia el expediente de la acción de repetición por la responsabilidad patrimonial, a excitación del denunciante en los autos 15/87 del Juzgado de la Seo de Urgel, por escrito de 9 de octubre de 1992, han transcurrido casi tres años y seis meses de adquirir firmeza la Sentencia Audiencia Provincial de Lérida, por lo que solicita que se aplique el artículo 4.2 del RPRP 429/93⁵⁷.

⁵⁷ El derogado artículo 4.2 decía «2. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente».

La Sala de la Audiencia Nacional argumenta que no ha transcurrido el término de prescripción de un año que alega el recurrente y toma como referencia la fecha en que se abonó la indemnización (22/02/95) y no la fecha en que adquirió firmeza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida (05/06/89).

Si bien, esta sentencia considera que el término de prescripción para la acción de repetición es de un año a partir de la indemnización, es necesario advertir, que tampoco existe una norma que ponga término para abonar la indemnización por parte de la Administración; esto conlleva a una total inseguridad jurídica, pues la Administración puede dejar transcurrir el tiempo sin que exista certeza de cuándo ejercerá la acción de repetición, ya que la Administración se habilita para ejercer la acción de repetición con el pago de la indemnización al lesionado y, es a partir de ese momento que el término de prescripción de la acción de repetición empieza a contarse.

Precisamente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida (Roj: SAN 6014/2000) que arriba mencionamos, fue declarada firme el 5/06/1989 y la Administración hizo el abono de la indemnización de 414.000 ptas., más los intereses de 364.000 ptas., hasta el 22/02/1995, es decir, seis años después y, la acción de repetición se inicia el 11/03/1995. Como se puede apreciar los intereses por el transcurso de tanto años llegan a ser casi igual al valor de la indemnización, los que fueron reclamados por la Administración en la acción de repetición, puesto que no había prescrito la acción toda vez que se inició dentro del plazo de un año a partir de la fecha en que la Administración hizo efectivo el pago de la indemnización y en consecuencia, el agente responsable fue condenado a reintegrar a la Administración los intereses más la indemnización.

En situaciones como estas, la mora debería ser imputable a la Administración, puesto que la acción de regreso lo que pretende es obtener el reembolso de lo abonado por concepto de indemnización al lesionado, no un enriquecimiento indebido por la mora en el trámite de la acción de regreso al agente público responsable.

I.8.2. Tramitación del procedimiento

La Ley 39/2015 no trae disposición alguna que se refiera al procedimiento que se debe seguir para hacer exigible la responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, como si lo hacía el derogado Decreto 429/1993, de 26 de marzo, capítulo IV, artículos 19 a 21.

Su procedimiento se encuentra ahora disperso en la Ley 40/2015, artículo 36.4 y en la Ley 39 de 2015, Título IV disposiciones sobre el procedimiento administrativo común. Además, se establecen dos procedimientos para la exigibilidad de la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, por una parte, el que señala la Sección 2.^a de la Ley 40/2015, artículo 36, que se refiere concretamente a la «exigibilidad de la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas» y por el otro, al que remite este mismo artículo, es decir, al procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015, que en algunos casos, los trámites de estos dos no coinciden o traen plazos diferentes.

El artículo 36.2 Ley 40/2015, dispone que la Administración correspondiente *exigirá de oficio en vía administrativa* de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido [...]. El procedimiento para su exigencia, según el artículo 36.4 Ley 40/2015, se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de quince días.
- b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
- c) Audiencia durante un plazo de diez días.
- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
- e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.

5. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

6. Lo dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes».

Según este procedimiento, una vez el órgano competente acuerde la iniciación del procedimiento, se notifica al interesado (agente público) y se le concede *un término de quince días para que presente sus alegaciones* (artículo 36.4, a) Ley 40/2015).

El primer inconveniente que se encontró, se relaciona con los plazos que se concede a los interesados para que presente sus alegaciones, una vez han sido notificados del acuerdo de inicio del procedimiento. Al respecto, el procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015, en el artículo 40.2 señala: «*Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días* a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente». Este artículo se refiere al plazo para que se emita la notificación pero no dice nada sobre el plazo que se concede a los interesados una vez han sido notificados para que presenten las alegaciones que estimen conveniente para su defensa.

A su vez, la Ley 39/2015 en el artículo 65. Especialidades en el inicio de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, en el apartado 2 dice: «El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, *concediéndoles un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo. [...]*». Es decir que el plazo es menor al señalado en artículo 36.4, a) Ley 40/2015, que es de *quince días para que presente sus alegaciones*.

La segunda dificultad encontrada, relacionada con la etapa de *información y actuaciones previas* que con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un periodo de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el

procedimiento, establecidas en el artículo 55 Ley 39/2015 y las *medidas provisionales* a que se refiere el artículo 56 de la misma Ley, que el órgano competente, una vez iniciado el procedimiento, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

Estas etapas que se hallan en el procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015 no están en el procedimiento de responsabilidad patrimonial contenidos en los artículos 65 y 67 de la citada ley, como tampoco en el procedimiento establecido en el artículo 36.4 Ley 40/2015, sin embargo, la etapa de información y actuaciones previas y la de medidas provisionales son facultativas, al contener el verbo “podrá”, quiere significar que depende del órgano competente quien determinará la conveniencia o no de dichas medidas, lo cual, en mi opinión es viable toda vez que el artículo 36.4 Ley 40/2015 establece los trámites mínimos que debe contener el procedimiento para la exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Respecto a la etapa probatoria, no se sabe si se debe aplicar lo que dispone el artículo 36.4.b) que dice «Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días» o lo que establece el procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015 en el artículo 77.2 Ley 39/2015 que expresa «Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días», no obstante, considero que la norma que se debe aplicar es la del artículo 36.4 Ley 40/2015 que contiene los trámites mínimos que debe cumplir el procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, como norma especial que prevalece sobre la general y en caso de vacío legal, acudir a lo dispuesto en el artículo 77.2 Ley 39/2015.

Después de la etapa de pruebas e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, concediéndole un plazo de 10 días para que formule las alegaciones que estime conveniente (art. 36.4. c) Ley 40/2015). Aquí volvemos a lo mismo, qué norma aplicamos la de este artículo o, la del procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015, artículo 82, que se refiere al trámite de audiencia, que establece un plazo máximo de quince días, mientras el del art. 36.4. c) el máximo es de diez días. La solución es la misma mencionada anteriormente.

Se sigue con la formulación de la propuesta de resolución que se debe realizar en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia (art. 36.4.d) Ley 40/2015). La ley 39/2015, artículos 91 y 92 se refiere a la formulación de la propuesta de resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial pero no de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, por lo que considero que se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 36.4.d) Ley 40/2015.

Finalmente, el apartado 5 del artículo 36 Ley 40/2015, dispone que «La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa».

El artículo 112.1 Ley 39/2015 señala que «contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento».

A su vez, el artículo 121 señala:

«1. Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 112.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.

2. El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente.

El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior».

Conforme a lo expuesto, el procedimiento al que remite la Ley 40/2015 para hacer exigible la acción de regreso, no supuso ninguna mejora, todo lo contrario, un empeoramiento, está disperso y confuso y en además, trae dos procedimientos, el del artículo 36.4 Ley 40/2015 y por una parte, y el otro, al que remite este mismo artículo, es decir, al procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015, que no coinciden o traen plazos diferentes.

I.9. Causas de impunidad e irresponsabilidad civil de los agentes públicos

La impunidad es un concepto que tradicionalmente se ha asociado con la ausencia de sanción o de castigo al autor de un delito o falta, utilizado fundamentalmente en el Derecho penal. BARRETO NIETO y RIVERA señalan que la impunidad es un concepto construido a partir de la ineficacia del Derecho penal para controlar la criminalidad. En la medida en que el objetivo fundamental del Derecho

penal ha sido el de prevenir o disuadir el delito y esto no se logra, además de que el delito no se castiga, entonces es de esperar que se produzca impunidad⁵⁸.

Para GARCÍA GÁRATE, la impunidad se manifiesta en diferentes campos del quehacer público, pero es, en última instancia, un problema en el sistema de justicia y de sus operadores, que son los encargados de establecer las responsabilidades (penales, civiles, administrativas) derivadas de atentar contra la ley⁵⁹.

El concepto formal de impunidad con más amplia difusión y aceptación a nivel mundial ha sido el formulado por las Naciones Unidas en los siguientes términos «Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de la responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras hacia su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas»⁶⁰.

En el tema objeto de estudio, la impunidad se manifiesta cuando Administración omite la aplicación del artículo 36.2 Ley 40/2015⁶¹, al no hacer exigible, obligatoriamente, mediante la acción de regreso, la responsabilidad a las autoridades y personal a su servicio que con sus conductas irregulares han ocasionado, en ejercicio de sus funciones, daños y perjuicios a los particulares. Esta omisión conlleva a su vez, a la irresponsabilidad civil de los agentes públicos causantes del daño al no tener que reintegrar a la Administración lo que ésta pagó por concepto de indemnización a los lesionados.

⁵⁸ BARRETO NIETO, Luis Hernando y RIVERA, Sneider: *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Milla Ltda., Bogotá, 2009, p. 55.

⁵⁹ GARCÍA GÁRATE, Iván: «Apuntes sobre impunidad y Poder Judicial», *Revista de derechos humanos-defensor*, n° 11, noviembre, 2011, p. 12, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27471.pdf> [Consultado 15 de septiembre de 2015].

⁶⁰ «Impunidad», Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Compilación de documentos de Naciones Unidas, Comisión Colombiana de Juristas, 2007. Cfr.: BARRETO NIETO, Luis Hernando y RIVERA, Sneider: *Op. cit.*, 2009, p. 55.

⁶¹ Artículo 36. 2. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. 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.

En este caso, la impunidad se refleja frente a la ciudadanía por el detrimento al erario público sin que los responsables que son los agentes públicos, tengan que responder por su actuar dañoso y no, respecto a los lesionados, que mediante un proceso judicial contencioso–administrativo o penal (responsabilidad subsidiaria) o, directamente ante la Administración Pública, se les garantiza, si se encuentra probada la responsabilidad patrimonial de la Administración, la reparación del daño, conforme a lo dispuesto en los artículos 106.2. CE y 32 y ss. de la Ley 40/2015.

En este orden de consideraciones, destaca MARTIN REBOLLO que la acción de regreso es la última pieza que cierra el sistema de responsabilidad pública. Porque cuando el daño tiene su origen en una actividad irregular o anormal de la Administración el sistema de responsabilidad cubre, esa irregularidad, pero si es imputable personalmente a alguien por culpa o negligencia grave, deja inmune a la autoridad o funcionario culpable si no se actúa –y no se actúa nunca– la vía de regreso, contribuyendo de esta manera a que daños imputables a la acción singular de algunas personas debida a su impericia o a su negligencia sean cubiertos por el erario público⁶².

Ahora bien, en el análisis se identificaron cuatro posibles causas por las que no se hace exigible la responsabilidad civil a los agentes públicos por los daños que causan en el ejercicio de sus funciones encomendadas, a los particulares y a la propia Administración, lo que conlleva a la impunidad e irresponsabilidad civil de estos.

I.9.1. Inactividad de la Administración para ejercer la acción de repetición

A partir de la modificación introducida por la Ley 4/1999 al artículo 145.2 LRJ-PAC y ratificado por el actual artículo 36.2 Ley 40/2015, es obligatorio para la Administración Pública *exigir de oficio* de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que estos hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves.

⁶² MARTÍN REBOLLO, Luis: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico (lección de apertura del curso académico 1993-94 en la Universidad de Cantabria)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993, p. 88.

Aunque la Administración Pública debe responder por onerosas indemnizaciones que paga a los particulares derivadas del funcionamiento de los servicios públicos y como consecuencia, debe ejercer, obligatoriamente, la acción de regreso para recuperar los cuantiosos recursos por las sentencias dictadas en su contra, en las que ha tenido que indemnizar a los lesionados por una conducta dolosa, o culposa o negligente graves de la autoridad o personal a su servicio, no lo hace y, la nueva Ley 40/2015 lo único que hizo al respecto, fue ratificar la obligatoriedad de la Administración correspondiente de «exigir de oficio» la acción de regreso. Es decir, que seguimos en las mismas.

Existe unanimidad doctrinal en afirmar que la acción de repetición no ha funcionado en absoluto⁶³, BLASCO ESTEVE destaca que las «Administraciones no ejercitan nunca la acción de regreso, con lo que el funcionario culpable queda impune, el servicio sigue funcionando igual de mal y el erario público es agravado innecesariamente»⁶⁴. Por su parte, LEGUINA VILLA, expresa que la «acción de regreso frente al agente gravemente culpable no ha funcionado en absoluto, y no hay motivos para pensar que la situación vaya a cambiar sustancialmente en el futuro. La inercia administrativa contraria a esta figura de responsabilidad indirecta de la autoridad y funcionarios, las resistencias corporativas y sindicales y los altos costes políticos que, en algún caso, puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición seguirá jugando a favor de la inmunidad patrimonial del agente público»⁶⁵.

Por su parte, MARTÍN REBOLLO considera que la acción de regreso está prácticamente inédita y es posible que a pesar de los bienintencionados propósitos de la reforma a la Ley 30/1992 lo siga estando⁶⁶. DOMÉNECH PASCUAL dice que es un hecho sabido por todos que esta acción de regreso ha permanecido inédita, a pesar de que durante lo más de cincuenta años transcurridos desde su reconocimiento legislativo se han presentado múltiples ocasiones para emplearla⁶⁷.

⁶³ Por todos, COBREROS MENDEZONA, Eduardo: *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, Madrid, 1998, p. 104.

⁶⁴ BLASCO ESTEVE, Avelino: «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, en SANTAMARÍA, Juan Alfonso *et al.*, Carperi, Madrid, 1993, p. 435.

⁶⁵ LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir): *Op. cit.*, 1993, p. 408. Comparte esta opinión COBREROS MENDEZONA, Eduardo: *Op. cit.*, 1998, p. 104.

⁶⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis, 2001: *Op. cit.*, p. 18.

⁶⁷ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Op. cit.*, 2008, p. 9.

BLANQUER antes de la modificación introducida al artículo 145.2 LRJ-PAC manifestaba: «Sucede que la experiencia acumulada desde la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 permite afirmar la absoluta y radical inutilidad práctica de la actual regulación de la acción de regreso contra los funcionarios o autoridad que hubiesen causado daños a los interesados. Esa experiencia demuestra que cuando esa acción de regreso se configura como una acción potestativa (art. 42 y 43 de la citada ley y art. 145.2 de la Ley 30/1992), en la práctica la acción no se ejerce nunca»⁶⁸. Situación que en nada ha cambiado después de la modificación al artículo 145.2 LRJ-PAC (hoy artículo 36.2 Ley 40/2015).

La más reconocida doctrina española, encabezada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, de enorme influencia en el Derecho Administrativo, manifiestan que si las autoridades y funcionarios eran hasta ahora prácticamente irresponsables *de facto*, tras la reforma legal están más cerca de serlo *de iure*, lo cual es notoriamente insano, como bien se comprende⁶⁹.

Algunos autores atribuyen la inoperancia de la acción de regreso a causas procesales y sustantivas, a la inercia administrativa, a la habitual insolvencia de los funcionarios, a las reticencias corporativas y sindicales y los altos costes políticos que en algunos casos, pueda suponer la apertura de este procedimiento de repetición⁷⁰. Otros como MIR PUIGPELAT, advierten que exigir la acción de repetición para recuperar lo pagado por indemnización puede hacer que los agentes públicos actúen de manera muy conservadora, optando siempre por aquellas formas de actuación más conocidas, menos innovadoras (y de resultados más contrastados) y optando por cautelas excesivas, innecesarias, demasiado caras⁷¹.

Puede ser que estas razones estén o no presentes o tengan alguna incidencia en la inactividad de la Administración para ejercer la acción de repetición, la cuestión es que han transcurrido más de 16 años después de la modificación al artículo 145.2 LRJ-PAC

⁶⁸ BLANQUER, David: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas–Ponencia especial de estudios del Consejo de Estado*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997, p. 114.

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: *Op. cit.*, 1996, pp. 405-406.

⁷⁰ Son de esta opinión LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.): *Op. cit.*, 1999, p. 408. DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: *Op. cit.*, 2007, p. 215.

⁷¹ MIR PUIGPELAT, Oriol: «Funcionarios responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2002, pp. 1023-1058.

y la situación sigue exactamente igual, de nada le sirvió al legislador eliminar el carácter facultativo y establecer la obligatoriedad para que la Administración ejerza de oficio la acción de repetición.

Esto ha llevado a que la acción de repetición o de regreso sea calificada por la doctrina como de pieza de museo⁷². Un bonito florero que tranquiliza conciencias y que sirve para advertir que el Derecho ofrece un arsenal completo (de cierre) de la exigencia de responsabilidades⁷³, que a juicio de DOMÉNECH PASCUAL, ni para eso sirve. Es más, dice este autor, el mantenimiento de este elemento decorativo puede producir efectos perversos, contraproducentes. Ni los funcionarios ni los ciudadanos merecen que se les tenga por tontos. Es probable que al cabo del tiempo acaben cayendo en la cuenta que la acción de regreso no existe realmente⁷⁴.

De otra parte, se genera efectos negativos en la prevención del daño ya que sobre el agente público no pesa la amenaza de responder con su patrimonio y sabe que su mal proceder no será castigado, porque el instrumento jurídico con el que cuenta la Administración para disuadirlo (acción de repetición) y evitar que cause daños a terceros o a la propia administración, no es ejercida por la Administración, que si lo hiciera, como es su obligación, la situación de impunidad e irresponsabilidad civil de la que gozan actualmente los agentes públicos, se podría solucionar en gran medida⁷⁵.

La inactividad de la Administración para ejercer la acción de repetición, se evidencia en el hecho que solo se encontraron cinco sentencias en la revisión que se hizo en el buscador de jurisprudencia del Poder Judicial desde 1989 hasta la fecha, de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de la jurisdicción contencioso-administrativa y civil, a la que nos hemos referido a lo largo de este estudio. Estas son:

⁷² MARTÍN REBOLLO, Luis: *Op. cit.*, 1993, p. 88.

⁷³ DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: *Op. cit.*, 2007, p. 216. En similares términos SALVADOR CODERCH, Pablo *et al.* «Respondeat Superior I», *InDret*, 02, abril, 2002, en línea: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/120696> [Consultado 27 de septiembre de 2015].

⁷⁴ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Op. cit.*, 2008, p.16.

⁷⁵ El Consejo Consultivo de Andalucía resuelve de la misma manera que en el Dictamen 14/1998, adiccionado que dada la claridad de la cuestión de fondo y la similitud de la causa y efectos del accidente con los del caso examinado en el reseñado Dictamen 14/1998, «este Consejo Consultivo se cree en el deber de advertir que la responsabilidad patrimonial de la Administración y la eventual acción de regreso que a ésta pueda asistirle deben contemplarse no sólo en su manifestación resarcitoria, sino también en su vertiente disuasoria o preventiva».

- 1.- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso: Roj: STS 54/1989, 13 de enero de 1989.
- 2.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1. Procedimiento civil: Roj: SAP ZA 253/1999, de 7 de mayo.
- 3.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida, Sala de lo contencioso-administrativo: Roj: SAN6014/2000, de 6 de octubre.
- 4.- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección segunda: Roj: STSJ CV 5253/2005, de 25 de julio.
- 5.- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1. Roj: STS 813/2006, de 17 de febrero.

Precisamente, la escasa jurisprudencia sobre el ejercicio de la acción de regreso dificultó el análisis casuístico, por tal razón para establecer unas posibles causas generadoras de impunidad e irresponsabilidad civil de los agentes públicos, se recurrió fundamentalmente a la doctrina y las pocas sentencias antes mencionadas.

Algunos autores atribuyen la inoperancia de la acción de regreso a causas procesales y sustantivas, a la inercia administrativa, a la habitual insolvencia de los funcionarios, a las reticencias corporativas y sindicales y los altos costes políticos que en algunos casos, pueda suponer la apertura de este procedimiento de repetición⁷⁶. Otros como MIR PUIGPELAT, advierten que exigir la acción de repetición para recuperar lo pagado por indemnización puede hacer que los agentes públicos actúen de manera muy conservadora, optando siempre por aquellas formas de actuación más conocidas, menos innovadoras (y de resultados más contrastados) y optando por cautelas excesivas, innecesarias, demasiado caras⁷⁷.

Además de las razones aludidas por la doctrina, por la cuales la Administración Pública no ejerce la acción de repetición, se analizarán otras que pueden contribuir a la impunidad e irresponsabilidad civil del agente público causante del daño, que se exponen a continuación.

⁷⁶ Son de esta opinión LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dirs.): *Op. cit.*, 1999, p. 408. DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: *Op. cit.*, 2007, p. 215.

⁷⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol: «Funcionarios responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2002, pp. 1023-1058.

1.9.2. Desplazamiento de la responsabilidad civil del agente público por la responsabilidad disciplinaria

Una conducta irregular del agente público puede originar varios tipos de responsabilidad, por ejemplo, responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad civil establecida en el artículo 36.2 Ley 40/2015. Algunos autores consideran que en estos casos es más efectiva la amenaza de despido o de sanción disciplinaria para regular la conducta del agente público, que la acción de regreso o de repetición que cumple una función meramente reparadora del daño causado, por lo que, en opinión de estos autores, la finalidad preventiva (sancionadora) del agente público se puede conseguir a través de vías distintas a la responsabilidad extracontractual, entre las que destacan el mecanismo de la responsabilidad disciplinaria⁷⁸.

Por ejemplo, MIR PUIGPELAT, piensa que «este mecanismo es perfectamente compatible con la responsabilidad civil del funcionario o agente, y que sí cumple una función esencialmente preventivo-sancionadora que evita que se repitan conductas como la desarrollada por el funcionario o agente, mientras que la acción de regreso, a su modo de ver, es simplemente, impedir que la Administración renuncie al ejercicio de la acción de repetición cuando quien deba soportar definitivamente el daño sea el funcionario o agente causante del daño y no la Administración (la colectividad, en definitiva)»⁷⁹.

Con similares argumentos DIEZ SANCHEZ, expresa: «No creo, sin embargo, que esta vía haga más por la elusión de conductas reprochables que la amenaza de un expediente disciplinario. Pocas cifras cabe manejar a propósito de conductas reprochables, pero parece que en la mayoría de supuestos, éstas, de darse, deben dar lugar a los expediente disciplinarios y la gravedad de la sanciones pueden ser tan o más trascendentales para el responsable que el abono de la indemnización»⁸⁰.

⁷⁸ Cfr.: SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTINEIRA PALOU, María Teresa; GÓMEZ LIGUERRE, Carlos: *Prevenir y castigar*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 9-10; cfr.: MIR PUIGPELAT, Oriol: *Op. cit.*, 1999, p. 1024.

⁷⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol: *Op. cit.*, 1999, p. 1024.

⁸⁰ DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: *Op. cit.*, 2007, p. 214.

Otros autores como CANSINO RUBIO piensa que «la sola amenaza de su apertura del expediente disciplinario puede introducir un fuerte condicionamiento en el modelo y las pautas de comportamiento

Puede que la Administración prefiera iniciar la acción de responsabilidad disciplinaria en vez de la acción de regreso, aunque una no excluye la otra, porque le signifique más efectividad para regular la conducta de los agentes públicos, la cuestión es que las dos responsabilidades tiene finalidades distintas de acuerdo al bien jurídico tutelado⁸¹ y se desenvuelven en ámbitos jurídicos diferentes, pues mientras la responsabilidad disciplinaria va dirigida a regular las conductas que vinculan al agente con los deberes del servicio funcional y el eficaz funcionamiento del aparato administrativo⁸², la acción de regreso va encaminada a recuperar la sumas pagadas por la Administración por concepto de la indemnización de los daños ocasionados por la conducta dolosa, o culposa o negligente graves del agente público, que supone un quebranto de las arcas públicas, pero de manera alguna se puede considerar que la responsabilidad disciplinaria reemplaza la acción de regreso puesto que esto significaría, legalmente, dejar inmune al funcionario de su responsabilidad civil para que sea cubierta por los contribuyentes.

Claro que esta afirmación es la que corresponde según lo dispuesto en el artículo 36.2 Ley 40/2015, que impone a la Administración la obligación de ejercer la acción de regreso, sin embargo, la realidad es otra, la Administración Pública rara vez ejerce la acción de regreso contra el agente público responsable, por lo que estos seguirán gozando de inmunidad patrimonial a consta de los contribuyentes quienes deben soportar no solo sus conductas irregulares sino las consecuencias patrimoniales de la irresponsabilidad civil de los agentes públicos negligentes.

Veamos una de las escasas sentencias de acción de repetición en la que el funcionario declarado responsable civil, alega en defensa de su tesis exculpatoria la

de los funcionarios, que podría conducir, a su vez, a un ejercicio defensivo, por conservador o inhibitorio, de determinadas funciones públicas (singularmente de policía y sanidad o, en general, materiales), con mengua evidente en los correspondientes niveles de eficacia en la prestación del servicio», en CANSINO RUBIO, Miguel: «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Documentación Administrativa*, nº 254-255, 1999, pp. 368-369.

⁸¹ En la acción de repetición o de regreso el bien jurídico tutelado es la protección del patrimonio público, mientras que la responsabilidad disciplinaria es asegurar el buen funcionamiento del servicio administrativo.

⁸² La responsabilidad administrativa, llamada también disciplinaria alcanza a funcionarios y agentes sólo en sus funciones, no en su patrimonio ni persona. Se produce cuando se incurre en una falta de servicio cometida por el agente transgrediendo las reglas de la función pública y las sanciones pueden ser: amonestación, suspensión, cese o exoneración. Véase, CALDERÓN, Gladys Ester: Responsabilidad de los funcionarios públicos, *Revista Auditoría Pública*, nº 54, 2011, p.73.

infracción del principio *non bis in idem* por estimar que la responsabilidad civil ahora exigida ya había sido objeto del anterior expediente sancionador por responsabilidad disciplinaria. La Sala estima que no se da la pretendida infracción del principio *non bis in idem*⁸³ por ser independientes la responsabilidad disciplinaria y la civil (así, en el expediente tramitado para dilucidar la primera no cabe ni está previsto hacer pronunciamiento alguno sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados).

Se trata de una sentencia en la que se declara responsable civil a un funcionario de Diputación de los daños y perjuicios derivados para la Diputación de Barcelona del cumplimiento de las sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, la primera de fecha 29 de octubre de 1982 confirmada por otra del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1984, que condenó a la Diputación a abonar al «Banco Comercial Español, S.A.», la suma de 7.095.047 pesetas; la segunda de 10 de diciembre de 1982 confirmada por otra de 5 de marzo de 1985, que condenó a aquélla a pagar al «Banco Popular Español» la cantidad de 7.313.407 pesetas, y la tercera, de 28 de junio de 1983 confirmada por otra del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985, que condenó a abonar al «Banco Atlántico, S.A.» la suma de 14.740.289 pesetas, por lo que al funcionario de Diputación se le condenó a indemnizar a la Diputación de Barcelona por el importe de dichas cantidades que se abonaron en virtud de las precitadas sentencias, más los intereses legales correspondientes.

En la acción de regreso o repetición, se considera que se dan los requisitos del daño, culpabilidad del agente y nexo de causalidad en el funcionario de Diputación, que extiende certificaciones como si se tratase de documentos que responden a cantidades realmente debidas, sin adoptar precaución alguna, y revestidos de aparentes requisitos de documentos auténticos y con plena validez jurídica⁸⁴ y se le declara responsable civil al funcionario por el importe de las cantidades que se abonaron en virtud de las precitadas sentencias, más los intereses legales correspondientes.

⁸³ La Constitución española no recoge expresamente el principio *non bis in idem*. Lo que este principio prohíbe es la doble sanción sobre un mismo hecho, y siempre que proteja un mismo bien jurídico. Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1992 expresa: «Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos, desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado».

⁸⁴ Roj: STS 54 de 13 de enero de 1989, Sala de lo Contencioso.

La sentencia a la que acabamos de referirnos constituye un caso excepcional en el tema de la responsabilidad civil del agente público, que se le sanciona disciplinariamente y también se le declara responsable civilmente. Ahora bien, puede ser que cuando las conductas constituyen infracciones disciplinarias y a su vez, también generan responsabilidad civil del agente público, la Administración considere suficiente con ejercer su potestad sancionadora disciplinaria y por tal razón, no ejerza la acción de repetición.

De todas maneras, el no ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración, en el supuesto que llegue a considerar que es suficiente con la sanción disciplinaria y por tal motivo no ejercita la acción de regreso, incuestionablemente genera impunidad e irresponsabilidad civil del agente público, al comprometer el patrimonio de la colectividad sin hacer uso de este medio jurídico para recuperar lo pagado por concepto de indemnización a los lesionados.

Pero esa impunidad e irresponsabilidad del funcionario responsable es atribuible a la Administración que no ejerce la acción de regreso para evitar que se suceda esta situación y así evitar el quebranto de las arcas públicas.

I.9.3. Cubrimiento de la responsabilidad civil del agente público por póliza de seguros

Se ha convertido en una práctica habitual de la Administración Pública la suscripción de contratos de seguro de responsabilidad civil⁸⁵, que cubra en todo o en parte la eventualidad del pago de la indemnización por su responsabilidad patrimonial o por la responsabilidad civil de sus agentes que en ejercicio de sus funciones ocasionan daños y perjuicios a terceros o la propia Administración.

Esta práctica avalada por algunas sentencias que reconocen las bondades de la póliza de seguros, por ejemplo, con relación a la existencia de un contrato de seguros de

⁸⁵ La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS), en el artículo 1 contiene la siguiente definición: «El contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas».

responsabilidad civil en el ámbito administrativo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de mayo de 1997, admite que «lejos de ser una figura anómala es especialmente desde al año 1991 una técnica cada vez más socorrida para dar cobertura a las actividades de mayor riesgo de los poderes públicos , tal es el caso pionero del Ministerio de Defensa que al amparo de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, suscribió un contrato de seguro para hacer frente a las múltiples indemnizaciones solicitadas con ocasión de lesiones o muerte producidas en el Servicio Militar».

Para comprobar la importancia de este fenómeno me remito a las evidencias presentadas por el tratadista BLANQUER, quien señala que las Administraciones de las Comunidades Autónomas vasca y gallega, la Comunidad Foral Navarra o la Diputación Foral de Vizcaya (entre otras Administraciones autonómicas y locales), han concertado pólizas de seguro que engloban todos los daños causados por esas Administraciones e incluso por los correspondientes servicios sanitarios, el INSALUD emplea crecientemente una póliza de seguro. Otros servicios públicos de salud (andaluz, cántabro, catalán, valenciano,) también han concertado póliza de seguro, lo que conlleva a que cada vez se aplique menos el régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas⁸⁶.

Las causas que pueden llevar a la Administración a la contratación de estos seguros pueden ser diversas, el incremento en el número de reclamaciones por las que la Administración tiene que hacer frente a cuantiosas indemnizaciones, un ejemplo de ello es el caso de la Presa de Tous, en la cuenca del Río Júcar, Valencia, en que la no apertura de las compuertas por un fuerte temporal de lluvia provocó un desastre ecológico que desembocó en 2.315 escritos de reclamación viéndose la Administración obligada a pagar elevadas indemnizaciones⁸⁷.

Otra causa que puede originar la contratación de póliza de seguro, es para cubrir las actividades administrativas generadoras de riesgo como la realización de grandes obras públicas o, la prestación del servicio de asistencia sanitaria que cubra el riesgo derivado de la responsabilidad civil en que pueda incurrir el agente público en la

⁸⁶ BLANQUER, David: *Op. cit.*, 1997, p. 91.

⁸⁷ STS 20.11.1997.

prestación de este servicio, incluyendo también la responsabilidad patrimonial que pudiera reclamarse a la Administración, lo cual le puede resultar a la Administración más barato que el sistema de responsabilidad patrimonial y además, le representa agilidad en el trámite de la reclamación y una disminución en los costes de gestión.

HUERGO LORA, señala otras posibles causas que han podido llevar al aumento de la contratación de seguros de responsabilidad civil por las Administraciones Públicas: «Por un lado, las Administraciones más pequeñas (los Ayuntamientos) no están tan protegidos por el auto-seguro como el Estado, puesto que su actividad no es tan amplia ni está tan diversificada, de modo que sí es posible que un siniestro de especial gravedad les cause un grave quebranto financiero. Por otro, algunos grupos de funcionarios presionan a sus Administraciones para que éstas contraten seguros de responsabilidad civil que los pongan a cubierto de eventuales acciones de responsabilidad, especialmente penales, dirigidas por quienes han sufrido daños y dirigidas a obtener una indemnización. Por último, el seguro se ofrece como una forma de descargar en un tercero (el asegurador) la gestión de los siniestros, y a la vez, desde la perspectiva del particular, una vía para cobrar antes la indemnización»⁸⁸.

Estas pueden ser tan solo algunas de las razones que conduzcan a la Administración a concertar un seguro de responsabilidad civil, las cuales no analizaremos por no ser objeto de este estudio, lo que sí empezaremos a examinar es como la contratación de estos seguros por parte de la Administración Pública, puede ser otra de las posibles causas que generen impunidad e irresponsabilidad civil del agente público.

⁸⁸ Agrega este autor: «La principal razón por la que las Administraciones Públicas no contrataban hasta hace poco seguros de responsabilidad civil (ni casi ningún seguro de daños) era la aplicación del *auto-seguro*, en el sentido que la Administración no necesita pagar los servicios de un asegurador que la integre en una comunidad de riesgos, porque ella misma, al llevar a cabo múltiples actividades no conectadas entre sí (por ejemplo, múltiples obras o múltiples actos médicos independientes en el sentido de que la producción de un siniestro en uno de ellos no conlleva necesariamente un siniestro en otro), reúne esa “masa de operaciones uniformes” que constituye la base del seguro. Si la Administración tuviese que pagar una prima para cubrir la responsabilidad por cada uno de sus actos productores de riesgo, la suma de todas las primas sería aproximadamente equivalente a la suma de las indemnizaciones a pagar durante el período de cobertura, y además sería necesario añadir los costes de gestión del asegurador y su beneficio, por lo que la operación sería antieconómica». HUERGO LORA, Alejandro: «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», *InDret*, nº 3, 2003, pp. 4-5, en línea: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/82564/107410> [Consultado el 31 de agosto de 2015].

Para empezar, interesa destacar que el hecho de que la Administración contrate un seguro de responsabilidad civil para que la Compañía aseguradora cubra la indemnización por su responsabilidad patrimonial o por la de los daños ocasionados por sus agentes en ejercicio de sus funciones, en nada altera las reglas a las que está sometida la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas, en lo sustantivo ni en lo procesal⁸⁹.

Lo que si cambia, es la responsabilidad civil del agente público frente a la Administración, cuando la que paga la indemnización a la víctima es la Compañía de seguros con la que la Administración Pública concertó el seguro de responsabilidad civil⁹⁰, puesto que en este caso, la Administración pierde su legitimidad para solicitar del agente responsable el reembolso de lo pagado mediante la acción de regreso, toda vez que el artículo 36.2 Ley 40/2015 disponen que esta acción procede cuando la Administración «hubiere indemnizado a los lesionados», por tanto, el agente causante del daño queda a salvo de responder civilmente frente a la Administración.

Bajo estas circunstancias, corresponderá a la Compañía de seguros, si pretende recuperar lo pagado, ejercer la acción de regreso en los términos del apartado primero, artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS), que establece: «El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar

⁸⁹ El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración «en nada altera los procedimientos de exigencia de responsabilidad deducida siempre ante la Administración asegurada», de donde «difícilmente [...] se puede exigir responsabilidad a la aseguradora sin declarar la del Ayuntamiento a quien se asegura». Cfr.: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de mayo de 1997–ponente: Pueyo Mateo*. Cfr.: ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: «El Aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: Procedimiento y jurisdicción». Ponencia presentada en el marco del XIII Congreso Derecho y Salud. *DS Vol. 13*, nº 1, enero –junio, 2005, p. 10, en línea: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1180887> [Consultada 9 de septiembre de 2015].

Por su parte HUERGO LORA: «El seguro es una técnica a que recurre la Administración para proteger mejor sus intereses financieros ante el riesgo de que en un momento concreto tenga que pagar una indemnización inusualmente alta, pero no afecta a quienes han sufrido el daño ni priva de eficacia a las normas imperativas y de Derecho público que regulan la responsabilidad de la Administración, contenidas en la LPC, la LJ y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio, en adelante LOPJ, publicada en el BOE de 2 de julio de 1985, con corrección de errores en el BOE de 4 de noviembre; modificada, en lo que aquí interesa, por la LO 6/1998, de 13 de julio, publicada en el BOE de 14 de julio de 1998)», véase, HUERGO LORA, Alejandro: *Op. cit.*, 2003, p.8.

⁹⁰ Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho (art. 73 LCS).

los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización».

Si el siniestro ha sido causado por el agente público mediando una conducta de mala fe o dolosa, la Compañía aseguradora no está obligada al pago de la indemnización en virtud de lo dispuesto en los artículos 19 y 76 LCS, que excluye el pago del siniestro por estas conductas⁹¹. En ese orden de consideraciones tenemos que, excepto en los casos en que se presente dolo o mala fe del agente, la Compañía de seguros asumirá el pago de la indemnización a la víctima, incluyendo, los siniestros por culpa o negligencia graves, que no están previstas como conductas excluyentes del pago del siniestro en los artículo 19 y 76 LCS.

Sin embargo, a este respecto ha dicho la Dirección del Servicio Jurídico del Estado⁹² que el ente público al concertar contratos de seguro de responsabilidad civil debe excluir la responsabilidad por razón de daños imputables a dolo, o culpa o negligencia graves del personal al servicio de las Administraciones contratantes. Agrega, que dicha exclusión se justifica en razón a lo dispuesto en el artículo 36.2 Ley 40/2015⁹³, que utilizando una fórmula imperativa dice «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»; obligación de resarcimiento que debe recaer, en definitiva, sobre el funcionario o agente causante del daño, pues tal obligación no puede quedar eliminada mediante la suscripción de un contrato de seguro que cubra los supuestos de dolo, culpa o negligencia grave del funcionario, empleado o agente, ya que

⁹¹ Artículo 19 «El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». Artículo 76 «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

⁹² Dictamen de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de 15 de septiembre de 2000 (ref.: A.G. Entes Públicos 13/00). Ponente: Luciano J. Mas Villarroel.

⁹³ Antes en el derogado artículo 145.2 LRJ-PAC.

no cabe derogar o dejar sin efecto dicha obligación mediante un contrato un precepto legal.

Ello nos conduce a decir, que si se excluye de la póliza de responsabilidad civil el siniestro que haya sido causado por el agente público por dolo, o culpa o negligencia graves, la Compañía de seguros no tendría que abonar la indemnización al lesionado, correspondiéndole a la Administración el desembolso de la misma. Sin embargo, es poco probable que la Compañía de seguros no pague la indemnización por esta circunstancia puesto que el deber de indemnizar al lesionado surge como consecuencia de una sentencia que condena a la Administración a pagar la indemnización y no al agente público causante del daño. Esto no quiere decir, que si la Compañía de seguros paga, no pueda repetir contra el agente responsable toda vez que el artículo 76 de la LCS le habilita para ejercitar la acción de repetición contra este, pero solo por conducta dolosa⁹⁴.

Cabe concluir que todas las ventajas que puede reportar para la víctima y para la Administración, la concertación de seguro de responsabilidad civil para cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración y la de sus agentes, en definitiva, termina favoreciendo la impunidad e irresponsabilidad civil del agente público que actúa irregularmente, porque cuando la Administración Pública pierde la legitimidad para exigirle la responsabilidad civil por no haber pagado la indemnización a los lesionado y la desembolsa la Compañía aseguradora, se le está protegiendo de las consecuencias pecuniarias que de la actuación irregular o su mal proceder pudiera derivarse.

Adicionalmente, cuando es la Administración la que indemniza a la víctima y no ejerce la acción de repetición, se desprotege el patrimonio público, porque el reconocimiento indemnizatorio que hace la Administración a los lesionados constituye un menoscabo o detrimento económico del erario público⁹⁵.

⁹⁴ Recordemos que el art. 76 LCS dice «[...]», sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero [...]».

⁹⁵ A este respecto comenta BLANQUER: «Bienvenida sea la novedosa práctica administrativa de concertar pólizas de seguros en la medida en que aporta efectos notablemente beneficiosos para el lesionado (rapidez en el señalamiento del pago de la indemnización) y para el interés general (ahorro de costes burocrático, más aquilatada previsión de las necesidades presupuestaria). Ahora bien, todas esas ventajas no

I.9.4. El carácter directo del sistema de responsabilidad de la Administración Pública como causa de impunidad e irresponsabilidad civil del agente público

Según se ha señalado, el actual sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se caracteriza por ser un sistema de responsabilidad *directa* lo que entraña una imputación automática a la Administración Pública de las consecuencias indemnizatorias derivada de la conducta lesiva de sus agentes. La razón se encuentra en que la Administración Pública, como persona jurídica, para cumplir sus fines se desenvuelve en el orden institucional a través de un conjunto de órganos, dirigidos, coordinados y manejados por personas naturales que ostentan la calidad de agentes (autoridad o personal al servicio de la Administración), cuyos actos y sus efectos jurídicos relacionados con el funcionamiento de los servicios públicos son imputables directamente a la Administración a la cual pertenecen⁹⁶.

La legislación española acoge la teoría del órgano, concretamente en la Ley 40/2015, artículo 55, establece y regula la estructura de la Administración General del Estado así:

«1. La organización de la Administración General del Estado responde a los principios de división funcional en Departamentos ministeriales y de gestión

pueden ser instrumentalmente esgrimidas para desplazar, orillar o modular el régimen legal de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pública»; BLANQUER, David: *Op. cit.*, 1997, p. 91.

⁹⁶ Debe observarse que cuando el ser humano actúa como órgano de la persona jurídica, no tenemos dos sujetos distintos en un mismo plano, sino dos sujetos en distintos planos que son el uno proyección del otro: La persona jurídica es la proyección en el campo jurídico del sujeto que es la persona física en el campo de la naturaleza; hay una identidad y no una dualidad, Por ello, cuando la persona jurídica actúa en el plano de la naturaleza por intermedio de la persona física, actúa directamente, como sujeto idéntico. Acá no se presentan problemas, pues la actuación de la persona física se atribuye o imputa a su persona jurídica: Ello debido a esa identidad de que hablamos, la que es completa; el ser humano es en todos sus actos órgano de su persona jurídica», GORDILLO, Agustín: *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo V, Libro 1, Capítulo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012, pp. 5-6, en línea: <http://www.gordillo.com/tomo5.html> [Consultado 08 de agosto de 2015].

Al respecto dice SANTAMARÍA PASTOR: «Unas de las tareas que impulsaron a la doctrina de finales del siglo XIX a acuñar la teoría del órgano era establecer una técnica que permitiese trasladar al ente público no sólo las consecuencias jurídicas de los actos de sus servidores, sino también la autoría de acto mismo: El Estado debía poder ser considerado como autentico autor, para el Derecho, de los actos materialmente realizados por sus servidores. Desde esa perspectiva, el concepto de órgano supuso una aproximación ciertamente brillante: El traslado de la autoría de acto (el acto en sí y no solo sus efectos) se lograba mediante la figura antropomórfica de considerar a aquellos servidores como partes integrantes u órganos del Estado», SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n° 40-41, 1984, p. 64.

territorial integrada en Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas, salvo las excepciones previstas por esta Ley.

2. La Administración General del Estado comprende:

- a) La Organización Central, que integra los Ministerios y los servicios comunes.
- b) La Organización Territorial.
- c) La Administración General del Estado en el exterior.

3. En la organización central son órganos superiores y órganos directivos:

a) Órganos superiores:

- 1.º Los Ministros.
- 2.º Los Secretarios de Estado.

b) Órganos directivos:

- 1.º Los Subsecretarios y Secretarios generales.
- 2.º Los Secretarios generales técnicos y Directores generales.
- 3.º Los Subdirectores generales.

4. En la organización territorial de la Administración General del Estado son órganos directivos tanto los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, que tendrán rango de Subsecretario, como los Subdelegados del Gobierno en las provincias, los cuales tendrán nivel de Subdirector general.

5. En la Administración General del Estado en el exterior son órganos directivos los embajadores y representantes permanentes ante Organizaciones internacionales.

6. Los órganos superiores y directivos tienen además 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.

7. Todos los demás órganos de la Administración General del Estado se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo.

8. Los estatutos de los Organismos públicos determinarán sus respectivos órganos directivos.

9. Corresponde a los órganos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución.

10. [...]».

Según la teoría del órgano, la Administración Pública como persona jurídica debe responder por los daños y perjuicios resultantes de los actos cometidos por sus agentes en ejercicio de las funciones encomendadas, lo cual es ratificado por los artículos 32.1, 35 y 36.1 de la 40/2015⁹⁷, que se refieren a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y sus agentes, de donde se deriva el carácter directo y objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuyo «fundamento no es otro que el de que el Estado afronte los riesgos del ejercicio de sus potestades y de su actuación, nada importa de quien personalmente las ejercita o actúa sea funcionario público, simple empleado –eventual contratado o de plantilla- o, incluso, un particular ocasionalmente encargado de que el servicio público funcione, dando lo mismo que funcionamiento sea normal o anormal y que el concreto agente se comporte adecuada o improcedentemente, porque esa objetivación del deber de responder conlleva a que su determinación se ha de hacer con absoluta independencia de todo juicio de intencionalidad o culpabilidad de aquél»⁹⁸.

De los citados artículos se desprende que aunque el daño haya sido causado por las autoridades y personal al servicio de la Administración, no son éstos los llamados a responder sino la Administración a la cual pertenecen, toda vez que el artículo 36.1. Ley 40/2015 es imperativo cuando dice «*exigirán*» *directamente a la Administración pública*, con lo cual la Administración asume como actos propios la actuación del personal a su servicio causante de los daños y excluye la posibilidad de que el particular afectado con el daño pueda dirigirse directamente contra el agente al servicio de la Administración que causó el daño⁹⁹.

⁹⁷ Artículo 32. Principios de la responsabilidad. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Artículo 35. Responsabilidad de Derecho Privado. Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.

Artículo 36. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. 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.

⁹⁸ STS 3330 de 5 de junio de 1989.

⁹⁹ Especialmente ilustrativa resulta las opiniones de GONZALEZ PEREZ refiriéndose a la imputación del daño, dice: «para que una entidad pública esté obligada a indemnizar, es necesario que le sea imputable el daño, esto es, que la persona física a la que pueda imputarse la acción u omisión determinante del daño

A este respecto la SAN 3562/2013, de 10 de julio, expresa: «Como es sabido, una de las características de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es que se trata de una responsabilidad «directa», lo que significa, por una parte, que la Administración no responde subsidiariamente, sin perjuicio de la obligación de repetir contra el personal a su servicio que sea culpable en los términos establecidos en el artículo 145.2 LRJ-PAC. Por otra parte, impide que el perjudicado por la actuación de la Administración generadora del daño pueda dirigirse - salvo que ejercite la acción penal- contra las autoridades y el personal a su servicio. Así lo establece el artículo 145.1 de la Ley citada cuando dice que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, 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. Sin que, incluso, puedan ejercerse acciones civiles independientes contra dichas autoridades y personal, siendo sumamente ilustrativa a este respecto la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en este punto concreto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por otra parte, la remisión que el artículo 145.1 hace al capítulo I evidencia que la lesión sufrida en sus bienes y derechos ha de ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, con la salvedad de la fuerza mayor»¹⁰⁰.

Autores como MIR PUIGPELAT consideran que, de este modo «los funcionarios y agentes al servicio de la Administración estarán al salvo de posible acciones judiciales dirigidas contra ellos directamente por las víctimas. Pero la reforma no solo beneficiará a los funcionarios y agentes administrativos desde una perspectiva procesal (se les dota de una especie de inmunidad frente a las víctimas, inmunidad inherente a su cargo). También les beneficiará desde una perspectiva material, ya que únicamente responderán (ante la Administración, vía acción de regreso) en caso de que provoquen daños con dolo o culpa grave»¹⁰¹.

esté integrada en la organización de la entidad, bien sea autoridad, funcionario o contratado, incluso en el supuesto de gestión *de facto*», GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Op. cit.*, 1996, p. 277. LEGUINA VILLA: «el daño causado a un particular se imputa directamente al ente de cuya organización forma parte el funcionario causante del mismo, puesto que la actividad del funcionario se configura como actividad propia del ente, y por consiguiente, deben ser atribuidas a éste todas las consecuencias, dañosas o no, de dicha actividad», LEGUINA VILLA, Jesús: *Op. cit.*, 1983, p. 51.

¹⁰⁰ SAN 3562 de 10 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Recordemos que el artículo 145.1. y 145.2. LRJ-PAC fueron derogados y se reemplazó el 145.1. por el artículo 36.1 y el 145.2 por el artículo 36.2. de Ley 40/2015.

¹⁰¹ MIR PUIGPELAT, Oriol: *Op. cit.*, 1999, p. 80. Por su parte, REBOLLO PUIG: «Pero la responsabilidad directa de la Administración no debe significar, de ninguna forma, la irresponsabilidad de

Por su parte, REBOLLO PUIG agrega: «Pero la responsabilidad directa de la Administración no debe significar, de ninguna forma, la irresponsabilidad de sus agentes cuando estén identificados los que originaron el daño con dolo o negligencia grave. Ello no estimularía la corrección de las situaciones generadoras de daños ni el leal y diligente comportamiento de los empleados públicos»¹⁰².

En este sentido, el carácter directo del sistema de responsabilidad de la Administración Pública, ha conducido en la práctica a la impunidad e irresponsabilidad civil de la autoridad y personal al servicio de la Administración, que se ven protegidos, legalmente, cuando causan un perjuicio o un daño a un particular en ejercicio de sus funciones, porque saben que el lesionado ya no puede dirigirse contra el agente que les ocasionó la lesión indemnizable, sino que lo deben hacer, obligatoriamente, contra la Administración a la que pertenecen, la cual asumirá el pago de la indemnización (art. 36.1. Ley 40/2015¹⁰³), que, como suele suceder, es totalmente apática para ejercitar la acción de repetición contra el agente público responsable.

I.9.5. Consecuencia del carácter objetivo del sistema de responsabilidad de la Administración en la responsabilidad civil del agente público

El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública instaurado desde la Ley de Expropiación forzosa es de carácter objetivo, cuyo fundamento es el *funcionamiento de los servicios públicos*, en consecuencia, no se hace mención a la idea de “culpa o negligencia” del autor del daño, conforme la interpretación marcada por la doctrina mayoritaria española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, afirman que la responsabilidad del artículo del artículo 139 LRJ-PAC, hoy artículo 32.1 Ley 40/2015¹⁰⁴, es una responsabilidad objetiva que no

sus agentes cuando estén identificados los que originaron el daño con dolo o negligencia grave. Ello no estimularía la corrección de las situaciones generadoras de daños ni el leal y diligente comportamiento de los empleados públicos». REBOLLO PUIG, Manuel: *Op. cit.*, 2004, p. 223.

¹⁰² *Ibidem*, p. 223.

¹⁰³ Con la modificación al artículo 146 LRJ-PAC introducida por la Ley 4/1999 se eliminó la posibilidad de que la víctima se pudiera dirigir en vía civil contra el funcionario, al no ser que se trate de una conducta dolosa, caso en el cual puede dirigirse directamente ante la jurisdicción penal. Criterio que se mantiene en la Ley 40/2015 en su artículo 36.1.

¹⁰⁴ Artículo 32. Principios de la responsabilidad. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios

precisa de un actuar culposo o negligente del agente. (STS de fecha 20 febrero 1989 (RJ 1989\2526)¹⁰⁵.

A juicio de su mayor exponente, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, «Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquélla se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva del ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por el comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, sea producido una lesión patrimonial»¹⁰⁶.

El carácter *objetivo* del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, conlleva a que no se requiera, para que proceda la indemnización, que la víctima demuestre la culpa, negligencia o dolo del agente causante del daño, basta que pruebe la existencia del nexo causal entre el perjuicio y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, con la única excepción, en los casos de fuerza mayor.

A este respecto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha sostenido: «Tratándose de una responsabilidad puramente objetiva de la Administración, igual trascendencia tiene la omisión en la prestación del servicio que el acto de efectiva prestación, por integrarse ambos en un normal o anormal funcionamiento, hasta tal punto que es inoperante tener en cuenta quién fuera el autor material de los daños y perjuicios»¹⁰⁷.

públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

¹⁰⁵ Debiendo Administración se produzca dentro de sus funciones propias; y esta formulación no sólo no desnaturaliza la doctrina de la responsabilidad objetiva de la Administración pública, sino que la fortalece y aclara; pero para poderla aplicar, es necesario que la conducta de la Administración sea la causa del daño. También la STS de 19 de enero de 1987 (RJ 1987\426). aclararse, como ya lo hicieron las STSs, Sala 4, de 26 de febrero y de 2 de abril de 1985 (RJ 1985\1441 y RJ 1985\2855), que para apreciar la responsabilidad objetiva, no se requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud de la actuación de la Administración autora del año.

¹⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: *Op. cit.*, 1996, p. 372.

¹⁰⁷ STS 5828 de 28 de octubre de 1986.

El juego combinado de la responsabilidad directa y objetiva origina indirectamente la irresponsabilidad del agente público puesto que por una parte, la víctima no puede demandarle directamente para exigirle la responsabilidad civil y como consecuencia de ello, es la Administración la que debe responder directamente a los particulares, por los daños y perjuicios que el agente público ocasione en el ejercicio de sus funciones, por otra parte, para que proceda la exigibilidad de responsabilidad contra la Administración Pública a la cual pertenece el agente que causó el daño, no se requiere que lo identifiquen ni que se demuestre si actuó con dolo o culpa o negligencia graves.

Si bien, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública no es *un régimen sancionador de la conducta de la autoridad o personal a su servicio*, sino una *institución resarcitoria del perjuicio* constituida como una garantía a favor de la víctima que sufre una lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que le facilita a la víctima el reconocimiento de la indemnización por los daños y perjuicios causado por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, es preocupante como la responsabilidad objetiva de la Administración Pública inciden negativamente para determinar la responsabilidad civil del agente público, al no exigir que se identifique al agente causante del daño ni que se realice ninguna valoración de su conducta (dolo, o culpa o negligencias graves).

Desde luego, esa incidencia negativa, es atribuible a la Administración Pública que indemniza a la víctima y no ejercita la acción de regreso, dejando impune al agente público causante del daño. «Numerosos autores han denunciado y criticado la recalcitrante resistencia de las Administraciones públicas a ejercer dicha acción. La irresponsabilidad patrimonial de los agentes públicos que resulta de esta constante práctica se considera “notoriamente insana”, principalmente por dos razones. La primera es que los contribuyentes no tienen por qué cargar con las consecuencias patrimoniales negativas de las conductas gravemente irregulares de los agentes de la Administración¹⁰⁸. «Los administradores deben responder patrimonialmente como cualquier otro ciudadano, asumiendo personalmente la obligación de indemnizar (...). Si incuestionable es el derecho de todo ciudadano a obtener plena reparación del daño sufrido como consecuencia de los servicios públicos, no menos lo es el derecho de todos

¹⁰⁸ BARCELONA LLOP, Javier: *Op. cit.*, 2000, p. 39.

a no soportar los gastos ocasionados por la soberbia, obcecación, cuando no negligencia y falta de preparación de los rectores de las Administraciones públicas»¹⁰⁹.

La segunda razón esgrimida es que al dejar inmune al funcionario causante de la lesión perpetúa las condiciones que dieron origen a la misma¹¹⁰, «desincentiva todo comportamiento atento y diligente de parte de los servidores de la Administración pública»¹¹¹; «el funcionario, que se sabe de antemano irresponsable, puede tender a descuidar o rebajar el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de sus funciones»¹¹². El hacerles responder, en cambio, contribuye a evitar la repetición de situaciones análogas¹¹³, «asegura el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa, constituye un incentivo para que los servidores públicos adopten medidas encaminadas a evitar daños similares»¹¹⁴.

En este sentido comparto el criterio de BLANQUER, cuando dice que, en esas circunstancias no es de extrañar que con el tiempo al funcionario le importe poco o muy poco el incumplimiento de la Ley o la inobservancia del procedimiento administrativo, con lo que le produce un claro perjuicio para la eficacia de la Administración Pública y para los intereses generales (a cuya satisfacción se orienta la Ley y el procedimiento administrativo). El estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico no está en el horizonte de las preocupaciones de las autoridades y servidores públicos; por mucho que infrinjan la Ley, ellos serán siempre irresponsables porque para asumir la responsabilidad patrimonial ya está esa persona ficticia que es la Administración Pública¹¹⁵.

La irresponsabilidad e impunidad del agente público no se presentaría si la Administración ejerciera la acción de repetición puesto que la inmunidad del agente público es frente a la víctima y no frente a la Administración. La ausencia de

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 1473 -1474.

¹¹⁰ BARCELONA LLOP, Javier: *Op. cit.*, 2000, p. 39.

¹¹¹ HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio: “Artículo 145”, en *La reforma del procedimiento administrativo*, coord. José Luis Piñar Mañas, Dykinson, Madrid, 1999, p. 395.

¹¹² CANSINO RUBIO, Miguel: *Op. cit.*, 1999, p. 368.

¹¹³ VALLINA VELARDE, Juan Luis de la: *Op. cit.*, 1997, p. 334.

¹¹⁴ Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Op. cit.*, 2008, p. 6.

¹¹⁵ Cfr. BLANQUER, David: *Op. cit.*, 1997, p. 105.

jurisprudencia en este tema es una clara muestra del no ejercicio de la acción de regreso aún después de la modificación introducida por la Ley 4/1999, que obliga a la Administración Pública a exigir de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad civil mediante la acción de regreso.

CAPITULO II

CONTROLES SOBRE LA GESTIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO

II.1. Introducción

La corrupción, una de las plagas contemporáneas de la que no escapa España y los continuos escándalos públicos de corrupción muestran que ésta situación ha adquirido dimensiones inaceptables que constituye una de las cuestiones que más afecta la legitimidad y credibilidad política e institucional, causante de la indignación y desconfianza ciudadana, que resulta intolerable en un Estado de Derecho.

Precisamente, en momentos en los que se vive tanta corrupción, se pone de manifiesto la importancia de un control eficiente y eficaz sobre el manejo de los fondos públicos y la responsabilidad derivada no solo de indebida utilización de los caudales públicos sino de la mala gestión de los mismos.

Frente a esta situación, el diseño institucional español tiene establecido mecanismos diversos para asegurar una gestión pública adecuada y tratar de prevenir prácticas corruptas en el manejo de los recursos públicos así como por la indebida o mala gestión de los mismos, entre ellos, los controles ejercidos a través de los órganos de control interno o administrativo de competencia de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y el control externo, atribuido en el ámbito estatal al Tribunal de Cuentas, a través de la función fiscalizadora y el control externo ejercido por Parlamento sobre la gestión económico-financiera del sector público.

En este capítulo se analizará los antecedentes normativos del control de la gestión económico-financiera del sector público y origen del Tribunal de Cuentas, los conceptos de control, fiscalización y auditoria, el control de la actividad económico-financiera del sector público, haciendo referencia a las distintas clases de control previstas en la normativa aplicable, diferenciando las dos grandes categorías existente en el ordenamiento jurídico: control interno o administrativo realizado por el IGAE y

control externo que se ejecuta en dos modalidades, la primero, atribuida al Tribunal de Cuentas, como «supremo órgano fiscalizador» del control del gasto público y, la segunda, el control externo ejercido por el Parlamento.

En el análisis del control interno o administrativo se examinará el titular de este control y sus potestades; objetivos, características generales, modalidades formas de realizar el control, como son: la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública.

Paso seguido, se estudiará la modalidad de control externo, distinguiendo entre *control externo ejercido por el Tribunal de Cuentas y el control realizado por otros órganos de control externo*. Se analizará las características y sus funciones, los tipos de fiscalización externa, a saber: a) Fiscalización de cumplimiento, b) Fiscalización financiera y c) Fiscalización operativa o de gestión. Se concluirá este aparte, examinando los efectos de los resultados de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas.

El siguiente tema que se analizará, es el relacionado con el *control externo ejercido por las Cortes Generales*, que básicamente es un control de naturaleza política, basado en una serie de instrumentos entre los que destaca la formación y aprobación de la Cuenta General del Estado y de la ejecución del presupuesto, este último, constituye el objetivo de control. Así mismo, se estudiará la forma cómo ejerce este control, esto es, en dos momentos diferentes: Control parlamentario concomitante y Control parlamentario a posteriori y por último, también se examinará los efectos de las decisiones del control parlamentario.

Visto lo anterior, se podrá sacar algunas posibles causas que generan menoscabo en los caudales públicos.

II.2. Antecedentes normativos del control de la gestión económica-financiera y origen del Tribunal de Cuentas

El control es algo tan antiguo como pueda serlo nuestra civilización y va unido a la evolución de las propias instituciones que conforman la comunidad política. En un

primer momento el control se ejercía en interés del soberano, con el desarrollo, primero, del parlamentarismo liberal. Luego, con la consolidación de la democracia representativa el control financiero y presupuestario se constituiría en un poderoso instrumento para la defensa de los derechos de los ciudadanos¹¹⁶.

Dice MARÍN QUERALT que la configuración histórica de la función de control de la gestión económico-financiera del sector público se ve reflejada «A medida que el Estado moderno va configurando una Administración permanente, surge la preocupación por controlarla, como en general, al poder, viendo el siglo XIX la institucionalización de un control de la actividad financiera con significaciones y finalidades similares a las actuales. Pese a precedentes incluso medievales como el Mayordomo de Cuentas en la siete Partidas, la Cámara de Comptos de Navarra o el Mestre regional aragonés, hay que esperar hasta el advenimiento del Estado constitucional para que instituciones de este tipo encuentren su plena significación. Es con la división de poderes cuando adquiere todo su sentido la existencia de unos órganos de control de la actividad financiera, explicándose inicialmente por el hecho de que siendo el Legislativo quien habilita y autoriza al Ejecutivo a realizar ingresos y gastos, es lógico que éste responda ante aquél de las actuaciones encaminadas a cubrir ambos aspectos»¹¹⁷.

Recuerda MELADO LIROLA, que «Los modernos Estados democráticos, forjados alrededor de la idea nuclear de Constitución escrita como instrumento para la limitación del Poder, han configurado con el tiempo los principios de control y responsabilidad como elementos consustanciales a la idea de democracia. Así lo propio y sustancial del Estado democrático es el hecho de constituirse y nacer al ordenamiento jurídico como un estado limitado y, por ende, dotado de unos poderes públicos responsables y sometidos a control en sus decisiones por los representantes de la voluntad popular»¹¹⁸.

¹¹⁶ TOMÉ MUGURUZA, Baudilio: «El Control del gasto público en España y en la Unión Europea» *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* / 32-2012, p. 8, en línea: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3478/documento/tribuna.pdf?id=4262>, [Consultado 30 de abril de 2016].

¹¹⁷ MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LOPÉZ, José Manuel y CASADO OLLERO, Gabriel: *Curso de Derecho financiero y tributario*. Ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 880.

¹¹⁸ MELADO LIROLA, Ana Isabel: «Los instrumentos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º. 19, 2007, p. 161.

Ahora bien, para abordar el tema sobre los antecedentes normativos del control de la gestión económica-financiera y origen del Tribunal de Cuentas, se tomará como punto de partida el siglo XIX, que es cuando se sientan las bases de las principales estructuras de control en el manejo de los caudales públicos.

El primer hito digno de mención en materia fiscalizadora durante el siglo XIX, lo encontramos en la Constitución de 1812, que introdujo en nuestro país los principios de la soberanía nacional y de la división de poderes, que implica la delimitación precisa de las funciones administrativas y judiciales. En este contexto, su Título VII se refiere a la regulación de las contribuciones y dispuso que para el examen de todas las cuentas de caudales públicos hubiera una Contaduría Mayor de Cuentas, que se organizaría por una ley especial (art. 350)¹¹⁹.

Con la Constitución de 1812 se creó las Contadurías Generales de Valores y Distribuciones, que se pueden considerar como un antecedente directo de la Intervención General de la Administración del Estado. El artículo 348 de la Constitución gaditana establece: «Para que la Tesorería general lleve su cuenta con la pureza que corresponde, el cargo y la data deberán ser intervenidos respectivamente por las Contadurías de valores y de distribución de la renta pública»¹²⁰.

Mediante Decreto de 7 de agosto de 1813 se aprobó el Reglamento para la Tesorería general, las de ejército y de provincia, y para la Contaduría Mayor de Cuentas. GÓMEZ SÁNCHEZ subraya «Este Decreto de 1813, configura la Contaduría Mayor de Cuentas como un órgano técnico de revisión contable, pero sin carácter judicial, suprimiendo de entre sus propios órganos la Fiscalía y el nombre de Tribunal. Destaca ya en esta época la necesidad de garantizar la independencia de los Contadores, por lo que se establece la incompatibilidad de estos empleos con cualquier otros»¹²¹.

¹¹⁹ MIRÓN MURCIANO, Pedro; HERNÁNDEZ BORREGUERO, José Julián y ESCOBAR PÉREZ, Bernabé: «La evolución normativa de los Tribunales de Cuentas Españoles durante el Siglo XIX» *Revista Auditoría Pública*, noviembre nº 55, 2011, p. 30.

¹²⁰ GARCÍA-FRESNEDA GEA, Francisco: «Trayectoria histórica del control del gasto público en España. Una investigación teórica instituto de estudios fiscales - Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas», *Crónica Presupuestaria*, nº 3, 2015, p. 66.

¹²¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 32.

El regreso de FERNANDO VII a España trajo consigo la vuelta al Absolutismo. Por medio del Real Decreto de 11 de agosto de 1814, se instauró de nuevo el Consejo de Hacienda, en el que se integró el Tribunal de la Contaduría Mayor de Cuentas como una de sus salas¹²².

En 1820 se dictó la primera reglamentación propiamente contemporánea para las Contadurías que consagró la institución con un doble papel. Por un lado, como órgano de revisión contable, mediante una doble función: de enjuiciamiento de las cuentas y cobro de los alcances a favor de la Hacienda. Por otro, como entidad de control para la formación de los estados, una vez fenecidas éstas, con el fin de ser remitidas a las Cortes. Por tanto, convivían dos instituciones, la Contaduría Mayor de Cuentas y su Tribunal, cuyas funciones eran de un lado la revisora y de otro judicial¹²³.

En 1828 se promulga la Real Cédula de 10 de noviembre de 1828 que dio lugar a la primera reglamentación de la Contaduría Mayor de Cuentas¹²⁴, con la que se creó una nueva institución fiscalizadora que se denominó «Tribunal Mayor de Cuentas»¹²⁵ como órgano de revisión contable, mediante una doble función: de enjuiciamiento de las cuentas y cobro de los alcances a favor de la Hacienda. Por otro, como entidad de control para la formación de los estados, una vez fenecidas éstas, con el fin de ser remitidas a las Cortes. Por tanto, convivían dos instituciones, la Contaduría Mayor de Cuentas y su Tribunal, cuyas funciones eran de un lado la revisora y de otro judicial.

¹²² GARCÍA-FRESNEDA GEA, Francisco: *Op. cit.*, p. 66.

¹²³ MIRÓN MURCIANO, Pedro; HERNÁNDEZ BORREGUERO, José Julián y ESCOBAR PÉREZ, Bernabé: *Op. cit.*, p. 30.

¹²⁴ En realidad, la Real Cédula de S.M. de 10 de noviembre de 1828, por la que se manda guardar, cumplir y ejecutar la Ordenanza estableciendo la planta y atribuciones del Tribunal Mayor de Cuentas, no es propiamente una ley sino el producto normativo de un sistema absolutista de gobierno. ÁLVAREZ TOLCHEFF, Enrique: «La rendición de cuentas: una expresión antigua de vida renovada» *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Fiscalización*, 2º Semestre 2010, nº 6, p. 35.

¹²⁵ El Tribunal de Cuentas «históricamente debe su origen al denominado Contador Mayor de Cuentas, denominación que se venía aplicando de forma común a la Institución desde mediados del siglo XIV y, por extensión, al oficio de los Contadores Mayores se le llamaba Contaduría Mayor de Cuentas. El nombre de Tribunal de la Contaduría Mayor de Cuentas se utilizó desde mediados del siglo XVI. No es hasta el año de 1828 cuando se cambia a Tribunal Mayor de Cuentas eliminando específicamente la palabra Contaduría de su título. MARTÍN MORENO, Fernando y RANZ Eduardo: «El control externo público en España», *Revista Auditoria y Seguridad*, nº 16, noviembre II, (archivo 16-Época I), 2007, pp. 50-51, en línea:

<http://www.revistadintel.es/Revista1/DocsNum16/Admon/MartinRanz.pdf> [Consultado 5 de octubre de 2015].

Sin embargo, la compleja coyuntura política actuó como freno al desarrollo de esta norma¹²⁶.

Posteriormente, se dictó la primera Ley orgánica de 25 de agosto de 1851 para cuya ejecución y desarrollo se dicta el Reglamento de 2 de septiembre de 1853. Esta Ley establece que «el Tribunal de Cuentas ejercerá privativamente la autoridad superior para el examen, aprobación y fenecimiento de las cuentas de administración, recaudación y distribución de los fondos, rentas y pertenencias del Estado, así como también de las relativas al manejo de fondos provinciales y municipales, cuyos presupuestos requieran la real aprobación» (artículo 1.º). El ámbito jurisdiccional del Tribunal se perfila con más precisión: por una parte se excluyen de su conocimiento las causas criminales por los delitos de incidencia, falsificación, malversación u otros cualesquiera que puedan cometerse por quienes manejan los fondos públicos, cuyo enjuiciamiento se defiere a los jueces ordinarios, por otra parte, se amplía su esfera de actuación al encomendársele el juicio de las cuentas de las Corporaciones locales¹²⁷.

Durante el periodo de 1871 a 1873 pasa a llamarse Tribunal de Cuentas de la Nación al eliminarse todo símbolo monárquico del Estado. En 1874 se crea la Intervención General de la Administración del Estado, con la misión de «velar por la exacta aplicación de las leyes y por la guarda y legítima inversión de los caudales, de las rentas y de toda clase de pertenencias del país».

En 1924 se denominó Tribunal Supremo de la Hacienda Pública, definido como «el organismo superior fiscal de la Nación en el orden económico (art. 1.º), a quien compete: a) la fiscalización previa de los actos de la Administración en materia financiera; b) la fiscalización consuntiva de las cuentas del Estado y de la provincia y beneficencia privada; c) el atesoramiento a las Cortes de la Nación en materia financiera¹²⁸. Durante esta etapa, que coincide con la dictadura de Primo de Rivera, se produce la fusión (1925) en un único organismo –el Tribunal Supremo de la Hacienda Pública- de la IGAE –el órgano de contabilidad y de control interno- y el Tribunal de

¹²⁶ MIRÓN MURCIANO, Pedro, HERNÁNDEZ BORREGUERO, José Julián y ESCOBAR PÉREZ, Bernabé: *Op. cit.*, p. 30.

¹²⁷ MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: «La Función Jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, enero-diciembre, 1983, p. 1318.

¹²⁸ MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: «Función y esencia del Tribunal de Cuentas», *Revista de Administración Pública*, nº 46, enero/abril 1965, p. 20.

Cuentas –el órgano de control externo¹²⁹. Pasó a realizar, con carácter único, todas las funciones de control, sin distinción de previa o “a posteriori”, de las Administraciones Públicas»¹³⁰.

En 1930 se vuelve a llamar Tribunal de Cuentas del Reino, pero por poco tiempo, pues se proclama la II República en 1931 y pasa a llamarse Tribunal de Cuentas de la República. En esta etapa «se inicia un periodo positivo para el funcionamiento del control externo de la actividad económica financiera del Estado, al hacer depender el Tribunal de cuentas de las Cortes, que intervenían en el nombramiento de sus miembros, haciendo declaración expresa de la independencia del Tribunal de Cuentas respecto del ejecutivo»¹³¹.

En 1934, la Ley Orgánica del 24 de junio, en el artículo 1º establece que el Tribunal de Cuentas de la República era el órgano con jurisdicción especial y privativa, y con categoría de Supremo, teniendo a su cargo la fiscalización de la gestión económica pública. El artículo 3º establece la intervención de las Cortes en el nombramiento de los miembros del Tribunal y en su cese. Y es el artículo 2º del Reglamento el que declara que el Tribunal de Cuentas es independiente del poder ejecutivo¹³².

Más tarde, la Ley de 3 de diciembre de 1953¹³³, define al Tribunal de Cuentas del Reino como «el organismo del Estado a quien corresponde la superior fiscalización económica de los hechos realizados en la ejecución de la Ley de Presupuestos y demás de carácter fiscal» (art. 1.º). «Además de la función fiscal, el Tribunal de Cuentas del Reino desarrollaría una función jurisdiccional, consistente en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado y del examen del fallo de las demás

¹²⁹ ÁLVAREZ TOLCHEFF, Enrique: *Op. cit.*, p. 36.

¹³⁰ BONELL COLMENERO, Ramón: «El Tribunal de Cuentas», *SABERES, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Vol. 4, 2006, pp. 4-5.

¹³¹ GARCÍA CRESPO, Milagros: «El control externo del sector público autonómico» en: Ponencia II, Área I, XVIII Reunión de estudios regionales, CASTILLA VALERO, Juan Sebastián (Coord), Universidad Castilla la Mancha, 1993, p. 21, en línea: https://books.google.com.co/books?id=-3O5XXHVPnwC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, [Consultado 28 de abril 2016].

¹³² BONELL COLMENERO, Ramón, *Op. cit.*, p. 5.

¹³³ La Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre Organización, Procedimiento y funciones del Tribunal de Cuentas, modificada por la Ley 87/1961, de 23 de diciembre, sobre modificación de algunos artículos de la Ley que organiza el Tribunal de Cuentas del Reino.

Cuentas Públicas, conocimiento y resolución de expedientes administrativo-judiciales de “alcance”, “reintegro” y los de “cancelación de finanzas” de los funcionarios públicos. El nombramiento de los altos cargos del Tribunal de Cuentas se hacía por el Jefe del Estado»¹³⁴. Aunque desde 1953 alterna este título con el de Tribunal de Cuentas del Reino, nombre que nuevamente pasa a ostentar desde 1961.

Dejando de lado la dictadura de Primo de Rivera y el régimen de Franco¹³⁵, llega la democracia en el siglo XX. Este periodo se inicia con la transición de España hacia un Estado democrático, en el que se destaca una serie de normas fundamentales en el desarrollo del control del gasto público.

Las bases jurídicas suficientes para emprender la reforma y modernización de la contabilidad pública, se inicia con la aprobación de la Ley 11/1977 de 4 de enero, General Presupuestaria (LGP). Con dicha Ley se reajusta el régimen jurídico de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública conforme a las funciones y a las técnicas que el cambio social impone y que, se extiende a la propia teoría general del fenómeno financiero. Esta significativa evolución de la presencia del Estado en la actividad económico-social del país, constituye, además, una realidad admitida y constatada, que el Derecho financiero positivo debe recoger y vertebrar para que tales relaciones económicas y financieras se integren en un orden jurídico, que no sólo, dé fe de los nuevos planteamientos y presupuestos de la actividad económica nacional, sino que también facilite las vías y los instrumentos para la reforma de estructuras y de instituciones que tan acusado peso tienen en los procesos de producción eficiente y de distribución justa de la renta nacional. A estos propósitos obedece la presente Ley, que, por tanto, tiene muy en cuenta las disposiciones heredadas, pero también implanta normas que, además de irradiar sobre todo el ordenamiento jurídico del Estado, se proponen incorporar el régimen de las modernas actividades públicas en los órdenes económico y financiero¹³⁶. Uno de los aspectos más importantes con esta Ley, es que

¹³⁴ BONELL COLMENERO, Ramón: *Op. cit.*, p. 5.

¹³⁵ En los periodos políticos donde el sistema ha resultado más cerrado (dictadura de Primo de Rivera) – con el denominado Tribunal Supremo de la Hacienda Pública–, régimen de Franco –con el Tribunal de Cuentas del Reino– los controles interno y externo (dependientes del Ejecutivo y de las Cortes, respectivamente) se confundían y no existía el auténtico control parlamentario. NIETO DE ALBA, Ubaldo: «Control del sector público: perspectivas de futuro», *Revista Española de Control Externo*, Vol. I, nº 1, enero 1999, p.12.

¹³⁶ Exposición de Motivos Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria.

facilita la formación de unos Presupuestos Generales del Estado que informen suficientemente al órgano legislativo que ha de pronunciarse sobre su contenido.

Posteriormente, con la promulgación de la vigente Constitución Española (CE) de 1978 se crea el Tribunal de Cuentas como un órgano constitucional del Estado, respetando y conservando la tradición histórica del Tribunal y se le da el nombre de Tribunal de Cuentas y se le asigna una doble función, la primera, la función fiscalizadora y la segunda, de enjuiciamiento contable. La primera, contenida en el artículo 136.1 CE, como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público, dependiendo directamente de la Cortes Generales y ejerciendo sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la cuenta general del Estado. Adicionalmente.

Como consecuencia del mandato constitucional del artículo 136.4, se promulgó la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu). En ella se reglamenta la función de enjuiciamiento contable, respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, así como, la fiscalización económico-financiera del Estado y del sector público. Esta Ley a su vez efectúa una remisión para su desarrollo a una ley posterior, que fue aprobada mediante la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

Además de la legislación propia del Tribunal de Cuentas, se han promulgado otras disposiciones que contienen previsiones acerca de la función fiscalizadora del Tribunal. En especial, destaca la regulación incluida en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, que encomienda al Tribunal de Cuentas la fiscalización de la actividad económico-financiera y la contabilidad ordinaria de las formaciones políticas; y en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que atribuye al Tribunal la competencia para fiscalizar la contabilidad electoral de los partidos políticos, excepto en las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, cuya realización corresponde

al respectivo Órgano de Control Externo autonómico, en las Comunidades que dispongan del mismo¹³⁷.

En términos generales, estas son las disposiciones normativas más relevantes que contienen el desarrollo normativo de los órgano de control de la actividad económico-financiera del Estado y origen del Tribunal de Cuentas, sin embargo, como lo señala AZNAR LÓPEZ¹³⁸, a las normas legales antes citadas deben añadirse las que son aplicables en virtud de la remisión que efectúa la LOTCu y la LFTCu:

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, entraron en vigor, el 2 de octubre de 2016. Dos normas que derogaron la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común (LRJ-PAC), de aplicación supletoria a los procedimientos de fiscalización¹³⁹ y en materia de procedimiento, recursos y forma de las disposiciones y actos no adoptados en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras y jurisdiccional en cuanto resulten aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo¹⁴⁰.

- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Enjuiciamiento Criminal, por este orden de

¹³⁷ Cfr. Portal Tribunal de Cuentas España, en línea: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/regimen-juridico-y-economico/regimen-juridico/> [Consultado 20 de abril de 2016].

¹³⁸ AZNAR LÓPEZ, Manuel: «El Tribunal de Cuentas», en *La gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las Garantías y la Vías de Actuación para su Efectividad*, PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (Dir.), Navarra, Thomson Reuters, 2013, p. 799.

¹³⁹ Según disposición final segunda, apartado uno, de la LOTCu que dice «La Ley de Procedimiento Administrativo será supletoria de las normas reguladoras de los procedimientos fiscalizadores. Dos. Para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación» y artículo 32.1 de la LFTCu «La tramitación de los procedimientos de fiscalización se ajustará a las prescripciones de este título y, en su defecto, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, a excepción de las que determinan el carácter de parte o legitiman para la interposición de recursos en vía administrativa o jurisdiccional, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 44.3 de la presente Ley».

¹⁴⁰ Conforme a la disposición adicional primera, apartado 1 de la LFTCu que menciona «En todo lo que no se hallare previsto en esta Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de las disposiciones y actos de los órganos del Tribunal de Cuentas no adoptados en el ejercicio de sus funciones fiscalizadora y jurisdiccional, en cuanto resulten aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo».

prelación, de aplicación supletoria para el ejercicio de la función Jurisdiccional (disposición final segunda, apartado dos, de la LOTCu)¹⁴¹.

II.3. Utilización indistinta del término control, fiscalización y auditoría

Cuando se habla de control de la gestión económico-financiera encontramos frecuentemente que se utilizan indistintamente los términos de “control”, “fiscalización” y “auditoría”, así que antes de entrar en el tema referido al control de la gestión económico-financiera del sector público, es oportuno hacer una breve referencia a los diferentes criterios expuestos por la doctrina y la jurisprudencia sobre la relación o diferencia de estos términos, sin que se pueda afirmar que exista unidad de criterio al respecto.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término “control” como «*comprobación, inspección, fiscalización, intervención*»; el mismo Diccionario señala que la actividad fiscalizadora consiste en «*criticar y traer a juicio las acciones y obras de otro*». El término genérico «control» es un concepto más amplio que el de «fiscalización». En efecto, puede haber distintas expresiones materiales de la

¹⁴¹ AZNAR LÓPEZ cita otras normas relacionados con el Tribunal de Cuentas por orden cronológico: «Ley Orgánica 8/1990, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (art. 22); Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (arts. 113, 115 y 116); Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (arts. 132, 133 y 134); Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en lo relativo a las causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones, así como los incidentes y recusación, al tiempo hábil para las actuaciones judiciales y al auxilio jurisdiccional: Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (art.31); Ley 11/95, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados (art. 7.4); Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (disposición adicional segunda); Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art. 11.2.d); Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Territorial (art. 10.2); Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, (arts. 14.1.c, 14.2, 15.1.d, 20.4.e, 44.3 y disposición adicional primera); Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (arts. 123, 125.2, 131, 132, 137, 138, 139, 140, 180, 182 y disposiciones adicionales 6ª, 9ª y 17ª) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (art. 95.1.g); Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (arts. 171.2, 201 y 223); Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos (art. 16 a 19); Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (arts. 3.2. f, 29 y 41). Además de la Legislación del Estado, se recogen referencias al TCu en estatutos de autonomía y leyes reguladoras de los órganos de Control Externo (OCEX)». *Ibidem*, pp. 800-801.

actividad de control, una de las cuales consiste, precisamente, en la actividad fiscalizadora¹⁴².

Para MARTÍN MORENO y RANZ, el término control hace referencia a la comprobación, inspección, fiscalización o intervención y pretende verificar si las actuaciones económicas del Ejecutivo están o no en consonancia con las normas o los criterios dados en la anual Ley de Presupuestos Generales, ley que marca el contenido de las anuales actuaciones económicas¹⁴³.

LOZANO MIRALLES¹⁴⁴ dice que relacionar los términos *fiscalización* y *control* no es un absurdo debido a su concepto polisémico, lo que permite utilizarlos como sinónimos y cita para ilustrar una de las definiciones que trae el Diccionario de la Real Academia Española sobre Control «Comprobación, inspección, fiscalización, intervención»; sin embargo, reconoce que aunque pueda existir una identidad de conceptos no se puede olvidar o desconocer que también pueden existir diferencias sustanciales en función del sentido que se atribuya a la palabra *control*. Considera que la palabra *fiscalización* requiere alguna matización en relación con su identificación de *control*. A su juicio el sentido estricto del término *fiscalización* es el de ser un instrumento adicional al servicio de ese control más amplio que es el parlamentario. La entidad fiscalizadora superior fiscaliza, pero quien controla es el Parlamento¹⁴⁵.

Para este autor, si se quiere asimilar o emplear indistintamente los términos *control* y *fiscalización* se puede hacer, pero solo entendiendo el control como:

¹⁴² MEDINA GUIJARRO, Javier: «La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas en relación con el principio de transparencia en la elaboración de los presupuestos de las entidades del Sector público», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 9, nº 25, 2007, p. 18.

¹⁴³ MARTÍN MORENO, Fernando y RANZ Eduardo: *Op. cit.*, 2007, p. 50.

¹⁴⁴ LOZANO MIRALLES, Jorge: «Control, auditoría y fiscalización», *Auditoría Pública*, nº 3, octubre, 1995, p. 80, en línea:

http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/199510_03_80.pdf [Consultado 12 de mayo de 2016].

¹⁴⁵ Agrega este autor, la aprobación de los informes de fiscalización y las consideraciones que de los mismos se deduzcan corresponde hacerlas al Parlamento. La fiscalización es el instrumento (entre otros) del control parlamentario, pero de ese control no surgen o dimanar consecuencias jurídicas (no se imponen multas a la Administración, no se expedientan a los funcionarios negligentes, no se bloquean los Presupuestos Generales, etc.). El control parlamentario se limita a la emisión de un segundo juicio en base a la fiscalización realizada por la entidad fiscalizadora superior. LOZANO MIRALLES, Jorge. *Op. cit.*, p. 83.

[...] una actividad de comprobación de la actuación del sujeto fiscalizado y de verificación de su adecuación a unos parámetros previamente establecidos. En cuanto al resultado de la comprobación y de la verificación susceptible de producir una consecuencia, entre ellas la imposición de sanciones o exigencia de responsabilidad, considera que forma parte de otro elemento que no es el control o la fiscalización y por tanto no son atribuibles a los Órganos de Control Externo (OCEX). Estos se limitan a verificar, a comprobar que la actividad del sujeto controlado se adecúa a los parámetros que deben informarla¹⁴⁶.

Por su parte, FERNÁNDEZ LLERA manifiesta: «El control podría ser la categoría general, ya que implica “comprobación, inspección, fiscalización e intervención”. La fiscalización se supone contenida como una esfera propia y específica del control, definida como la “acción de criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien”, en este caso del gobierno que implementa una política o de la Administración Pública que ejecuta los programas de un presupuesto»¹⁴⁷.

La jurisprudencia también se ha encargado de definir el concepto de fiscalización de las cuentas públicas en Sentencia del Tribunal Constitucional 187/1988 de 17 de octubre, como «la comprobación de la actividad económico-financiera del sector público desde el punto de vista de los principios de legalidad, eficacia y economía, cuyo resultado recoge en los informes anuales remitidos por las Cortes, proponiendo las medidas de mejora de gestión correspondientes y constatando las prácticas irregulares y la infracciones con indicación de la responsabilidad producida y medidas para exigirla»¹⁴⁸

En cuanto a los términos *fiscalización* y *auditoría* LOZANO MIRALLES señala que la doctrina afirma que fiscalización y auditoría son sinónimos¹⁴⁹, o lo que es lo

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 83.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ LLERA, Roberto: «Nuevas demandas a los Órganos de Control Externo en la función de supervisión» *Auditoría Pública*, nº 53, abril, 2011, p. 26, en línea: <http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/Nuevas%20demandas%20a%20los%20OCEX.pdf> [Consultado 12 de mayo de 2016].

¹⁴⁸ BOE núm., 267 de 7 de noviembre 1998, Cfr. Fundamentos jurídicos 2. Inciso tercero de la sentencia mencionada, (F.J.2), p. 14.

¹⁴⁹ Entre ellos, LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, David: «El control de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas» en *La ciencia de la contabilidad. Doctor Mario Pifarré Riera*, Ed. Universidad de Barcelona, 2005, p. 7, en línea: <http://www.ugr.es/~dortiz/sicap/webs/documentos/Tema%209.pdf> [Consultado 13 de mayo de 2016].

mismo, que cuando se audita se fiscaliza y cuando se fiscaliza se utilizan técnicas de auditoría; sin embargo, este autor precisa, que esta similitud podría estar relativamente clara hasta la promulgación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que introduce, aunque parcamente, la posibilidad de «*utilizar técnicas de auditoría que resulten idóneas a la fiscalización pretendida*» (art. 27.3). A su entender, dicha ley habilita al Tribunal de Cuentas pero no le obliga a utilizar técnicas de auditoría y además, le condiciona dicha elección a la idoneidad de la misma para llevar a cabo la fiscalización. Desde ese punto de vista considera que no existe identidad conceptual entre los términos de *fiscalización* y *auditoría*¹⁵⁰.

En este sentido MELIÁN HERNÁNDEZ, expresa que en España se utilizan ambos términos, *auditoría* y *fiscalización*, en ocasiones como conceptos diferentes y en otras como sinónimos. Indica que tradicionalmente, en el contexto de los OCEX se define la fiscalización como el conjunto de actuaciones que realizan estas instituciones en el ejercicio de las competencias que les atribuyen sus respectivas leyes para comprobar el efectivo sometimiento de la actividad económico-financiera de los entes que integran el sector público de su respectiva Comunidad Autónoma a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía. Configurándose la auditoría como la principal técnica utilizada para desarrollar dicha función fiscalizadora¹⁵¹. Desde este enfoque, manifiesta que la tendencia de los órganos fiscalizadores en España ha sido la de emitir Normas de Auditoría, como complemento a la regulación de sus procedimientos establecida en su respectiva legislación¹⁵².

De ahí que LÓPEZ HERNÁNDEZ y ORTIZ RODRÍGUEZ destaquen: «[...] en los Principios y Normas de Auditoría en el Sector Público¹⁵³ en su apartado 1.1 al referirse al concepto de fiscalización, ésta se entiende como “el control efectuado sobre el sector público por órganos institucionales, consistentes en la realización de diferentes

LOZANO MIRALLES cita entre otros a URIAS VALIENTE, Jesús: «Auditoría y fiscalización en el Tribunal de Cuentas. Especial referencia a la sociedades estatales», p. 447, MARTIN OAR, L: «Los objetivos de la Empresa Pública y la auditoría de gestión», p. 483, ambos en la obra colectiva Seminarios, 1984. Tribunal de Cuentas, Madrid. 1985. LOZANO MIRALLES, Jorge: *Op. cit.*, p. 84.

¹⁵⁰ LOZANO MIRALLES, Jorge: *Op. cit.*, p. 84.

¹⁵¹ MELIÁN HERNÁNDEZ, José A.: «Relaciones y diferencias entre fiscalización y auditoría. Razones para una reforma de las normas de auditoría del sector público» *Auditoría Pública*, nº 39, julio 2006, p. 33.

¹⁵² *Ibidem*, p. 37.

¹⁵³ Comisión de Coordinación de los Órganos Públicos de Control Externo del Estado Español, COPCEE: *Principios y Normas de Auditoría del Sector Público*, 1992.

tipos de auditorías, profundizando de forma especial en el cumplimiento de la legalidad”, de donde se desprende, como señala el Manual de Auditoría del Sector Público de Faura-Casas¹⁵⁴, que la fiscalización y la auditoría del sector público, son equivalentes cuando ésta se realiza por un órgano institucional y se centra en la revisión del cumplimiento de legalidad»¹⁵⁵.

Añade LÓPEZ HERNANDEZ que según la Resolución de 31 de enero de 2013 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), es obligación aplicar en España las Normas Internacionales de Auditoría¹⁵⁶ (NIA-ISA por sus siglas en inglés) a las auditorías de cuentas correspondientes a ejercicios que se iniciaron a partir de 1 de enero de 2014¹⁵⁷ y cita la siguientes Normas de Auditoría:

«[...] A nivel nacional, en relación con los Órganos Institucionales de Control Externo Autonómicos (OCEX), hasta la fecha, el marco normativo de referencia más utilizado ha sido el elaborado en torno a los Principios y Normas de Auditoría del Sector Público emitidos por la Comisión de Coordinación de los Órganos Públicos de Control Externo del Estado Español -COPCEE¹⁵⁸ (1992), que recoge los criterios fundamentales por los que deben regirse tanto los órganos institucionales de control externo, como los expertos independientes que realicen auditorías en su ámbito competencial». Agrega que «Con independencia de lo anterior, prácticamente la totalidad de los OCEX han elaborado manuales de procedimientos y normas internas para homogeneizar la planificación y ejecución de sus trabajo de fiscalización»¹⁵⁹.

Por lo que al Tribunal de Cuentas se refiere, este autor señala que «existen unas Normas Internas de Fiscalización, aprobadas por el Pleno del Tribunal de 23 de enero

¹⁵⁴ Faura-Casas, Editorial: *Manual de Auditoría del Sector Público*, 2001, p. 41.

¹⁵⁵ LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, David: «El control...», *Op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁶ «El artículo 26 de la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, obliga a los Estados miembros a que las auditorías de cuentas se realicen de acuerdo con las “normas internacionales de auditoría adoptadas por la Comisión». LÓPEZ HERNANDEZ, Antonio M.: «Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de auditoría. Aplicación a la actividad fiscalizadora de los Órganos Institucionales de Control Externo Autonómicos» *Revista Auditoría Pública*, nº 61, 2013, p. 10.

¹⁵⁷ LÓPEZ HERNANDEZ, Antonio M.: «Normas...», *Op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁸ Es necesario precisar que la COPCEE agrupa sólo a los Órganos Institucionales de Control Externo Autonómico, sin que forme parte de la misma el Tribunal de Cuentas. *Ibidem*, p. 10.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 10.

de 1997, que nunca han llegado a publicarse, pero que se citan en alguno de sus informes. Estas normas, junto a las Directrices Técnicas que el Pleno de la Institución aprueba para cada fiscalización, constituyen la referencia a la que se remiten los informes del TCu». Añade que «en el ámbito del control interno, es necesario hacer mención a las Normas de Auditoría del Sector Público (NASP) de la Intervención General de la Administración del Estado/IGAE (1998), cuya finalidad es establecer métodos y procedimientos homogéneos en la realización de auditorías. Estas normas pueden ser referencia para órganos de control interno del sector público autonómico y local. Las NASP se complementan con un conjunto de Normas Técnicas y Circulares, que regulan aspectos de carácter general, aspectos sobre la auditoría de cuentas anuales y sobre auditorías específicas previstas en la Ley General Presupuestaria»¹⁶⁰.

Por su parte, en la nueva concepción del control la LGP incluye la auditoría pública como un instrumento más técnico para realizar el control interno o administrativo (arts. 142, 162 y ss. LGP), que ALCALDE HERNANDEZ, define como «la técnica de control o supervisión de la actividad realizada en un periodo determinado por un sujeto, llevada a cabo por personal capacitado [...], de acuerdo con una serie de procedimientos y técnicas predeterminados, y cuyos resultados se manifiestan en un informe escrito y razonando que contiene la opinión de los auditores sobre la actividad controlada»¹⁶¹.

Dentro de este contexto FERNÁNDEZ LLERA dice «La auditoría es el instrumento; equivale a “revisión sistemática” de la gestión pública, exigiendo por ello un alto grado de profesionalidad del cuerpo de auditores, cuya misión es “recoger las pruebas” y elevar su informe con los reparos detectados»¹⁶².

Visto lo anteriores criterios, en este capítulo se utilizará los conceptos de control y fiscalización como sinónimos para referir al conjunto de funciones desarrolladas por los órganos de control interno y por los externos y la noción de auditoría quedará reservada como la principal técnica o procedimientos contenidos en las normas de auditoría para desarrollar la función fiscalizadora.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 10.

¹⁶¹ ALCALDE HERNÁNDEZ, J.C.: «La auditoría en el control interno del Sector Público», en *Partida Doble*, 1990, nº 3. Citado por LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, David: «El control... », *Op. cit.*, 2005, p. 4.

¹⁶² FERNÁNDEZ LLERA, Roberto: *Op. cit.*, p. 26.

II.4. El control de la actividad económico-financiera del sector público

Resulta obligado comenzar precisando que la actividad que es objeto de control económico-financiero del sector público, es el “gasto público” o más concretamente, el procedimiento a través del cual se realiza el gasto público, esto es: «El procedimiento administrativo que genera el acto que da lugar al nacimiento de una obligación de contenido económico para el ente autor del acto y el procedimiento del gasto en sí mismo, que está formado por una serie de fases internas que determinan la ejecución de los créditos presupuestarios»¹⁶³. Así como el control sobre ingreso público, que son los recursos que capta el sector público y que tiene por objetivo financiar los gastos públicos.

SAINZ de BUJANDA, define el concepto de gasto público como «la actividad del Estado y de los demás entes públicos encaminada a la obtención, administración y gasto de los medios económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades generales»¹⁶⁴. El gasto en las Administraciones públicas se halla disciplinado por una institución que es el Presupuesto. El Presupuesto, constituye a su vez, el instituto que mejor refleja la separación de poderes, entre el poder legislativo y el poder ejecutivo y también, la coordinación entre ambos para desarrollar el ciclo presupuestario. En este sentido el artículo 134.1 CE, dispone «Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación»¹⁶⁵.

Por ciclo presupuestario se entiende, la sucesión de los diferentes momentos u operaciones que afectan al presupuesto, consta de cuatro fases: 1. Preparación. 2.

¹⁶³ RODRIGUEZ CASTAÑO, Antonio-Ramón: «Los elementos integrantes del procedimiento del control del gasto público», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 7, n° 19, 2005, p. 131.

¹⁶⁴ Cfr. RODRIGUEZ CASTAÑO, Antonio-Ramón: *Op. cit.*, p. 132.

¹⁶⁵ Como destacó el profesor García Pelayo «la institución del Presupuesto se halla en el origen de los actuales Parlamentos, pues dado el carácter patrimonialista de la Hacienda medieval, nutrida fundamentalmente con los ingresos derivados del patrimonio real, la pretensión de los Monarcas de acudir al tributo como instrumento esporádico y extraordinario de financiación para gastos ocasionales requería el asentimiento de los súbditos, expresado en las Asambleas estamentales. Así las primeras Asambleas medievales se reunían para votar, a petición de los Monarcas, determinados gastos extraordinarios y los subsidios que debían financiarlos. El principio de autoimposición, que suponía la exigencia de que esas contribuciones extraordinarias fueran aprobadas por los representantes de quienes habían de sufragarlas, se erigió en el principio jurídico y político creador del Instituto Jurídico del Presupuesto» Cfr. RUDI ÚBEDA, Luisa Fernanda: «Las Cortes Generales y su relación con el Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 4, n° 12, 2, 2002, p. 143.

Aprobación. 3. Ejecución. 4. Control. Las fases del ciclo se desarrollan con una casi perfecta alternancia entre los protagonistas de las mismas: Ejecutivo y Parlamento. El Gobierno prepara el presupuesto, sometiendo al Parlamento el proyecto de ley; el Parlamento examina este proyecto, y lo aprueba con las enmiendas que considere necesarias; aprobada la Ley de Presupuestos, la Administración es responsable de su ejecución; por último el Parlamento controla esa ejecución, comprobando la correspondencia entre la autorización y las operaciones desarrolladas con base a la misma¹⁶⁶.

Por consiguiente, la función de control de la gestión económico-financiera del sector público se ejerce sobre los distintos procedimientos que se aplican durante la ejecución del Presupuesto¹⁶⁷. Dentro de este contexto PEREZ ROYO subraya: «La idea de control es inseparable del propio concepto de presupuesto. Toda concepción del régimen presupuestario se halla presidida por la preocupación de que la actuación del ejecutivo se halle sometida, en cuanto a su repercusión financiera al control y vigilancia del legislativo. En este sentido, la aprobación del presupuesto cumple una función de control preventivo de esa actuación. De ahí se derivan una serie de reglas que rigen la formación de presupuesto y que pretende garantizar el control»¹⁶⁸.

MENENDEZ MORENO expresa, el control de la actividad presupuestaria suele ser considerado como la última fase del ciclo presupuestario, puesto que este se efectúa principalmente cuando finaliza la fase de ejecución del Presupuesto, a pesar de que no se ejerce exclusivamente cuando se ha terminado las fases de elaboración, aprobación y ejecución del Presupuesto, pues como se sabe, toda la regulación presupuestaria pretende asegurar que la actuación financiera del ejecutivo discurre por los cauces jurídicamente previstos¹⁶⁹.

Esos cauces derivan del mandato constitucional del artículo 31.2 de la CE «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su

¹⁶⁶ Cfr. PÉREZ ROYO, Fernando: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Navarra, Thomson Civitas, 2014, pp. 567-568.

¹⁶⁷ A este respecto, el artículo 32 de la LGP contiene una definición de Presupuestos Generales del Estado que dice: «Los Presupuestos Generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal».

¹⁶⁸ PÉREZ ROYO, Fernando: *Op. cit.*, p. 585.

¹⁶⁹ Cfr. MENÉNDEZ MORENO, Alejandro: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Lex Nova, Navarra, 2015, p. 497.

programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía», y de lo previsto el artículo 103.1 de la CE «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Para lograr estos objetivos, es necesario realizar actuaciones de control durante todo el ciclo presupuestario que verifique su cumplimiento.

Dentro de este contexto, el control de la actividad económico-financiera del sector público puede definirse como el conjunto de medidas y dispositivos de diversa índole, política, económica y jurídica, adoptados por el ordenamiento, para asegurar que la actividad desarrollada por el sector público estatal¹⁷⁰ se ajuste a los principios de *legalidad, eficiencia, eficacia, economía y transparencia*¹⁷¹.

Las entidades del sector público han de buscar la consecución de los objetivos a ellas encomendados. Los criterios para evaluar la gestión económico-financiera, de acuerdo a lo señalado, han de ser los de economía, eficiencia, eficacia y transparencia como principios de funcionamiento de la gestión económico-financiera, conceptos fundamentales para el ejercicio del control de gestión.

SUÁREZ SUÁREZ concreta las definiciones de eficiencia, eficacia y economicidad expresando que *eficiencia es prácticamente análogo a economicidad*. Este autor entiende que la eficiencia, en su sentido genuinamente económico, pone en relación los medios disponibles con los fines que ha designado como objetivos o metas a alcanzar. De ahí que la eficiencia, suponga, por tanto, la óptima aplicación de medios para la consecución de los fines, y el control de eficiencia ha de revelar en qué medida se ha optimizado la gestión –en el caso del Tribunal de Cuentas, del sector público- de

¹⁷⁰ Artículo 69 LGP: *Principios de funcionamiento de la gestión económico-financiera*. 1. Los sujetos que integran el sector público estatal adecuarán su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa.

¹⁷¹ Artículo 9.1. CE «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Art. 31.2 CE «El Gasto Público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación responderá a los criterios de eficiencia y economía». Artículo 9.1. LOTCu «La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia [...]». Artículo 27.1. LFTCu «La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas tiene carácter externo, permanente y consultivo y se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos».

los medios para alcanzar los fines propuestos. La eficiencia, por tanto y más aún en relación con la empresa pública, puede afectar tanto a la maximización de los beneficios como a la minimización de los costes¹⁷².

La *eficacia*, para SUÁREZ SUÁREZ, se refiere, en cambio, al grado de cumplimiento de los objetivos propuestos. La eficacia es distinta de la eficiencia, aunque exista relación entre ambas nociones, si bien la eficiencia apunta fundamentalmente a la utilización de los medios y la eficacia al cumplimiento de los fines¹⁷³.

Por otro lado, el control de la gestión económico-financiera cumple una serie de funciones. En primer lugar, cumple una función de carácter jurídico, de asegurar el respeto al de la actividad administrativa, empezando por la legalidad presupuestaria. En segundo lugar, una función de naturaleza política, dentro del esquema de división de poderes que se refleja en el ciclo presupuestario. En tercer lugar, una función de racionalización, de corrección de abusos e inercias que inevitablemente se producen en una actividad tan compleja como es la ejecución del presupuesto¹⁷⁴.

En cuanto a los objetivos que persigue el control de la actividad económico-financiera, son fundamentalmente tres: 1. Fiscalizar la preparación de los actos de gestión presupuestaria, formulando, cuando proceda, las observaciones que se estimen necesarias. 2. Intervenir sobre los propios actos de gestión presupuestaria y comprobar su ejecución. 3. Formular las reclamaciones y los recursos admitidos por la Ley, cuando se produzca alguna lesión del ordenamiento jurídico¹⁷⁵.

En relación con el ámbito de aplicación de la función de control son dos los aspectos que lo definen. Un ámbito subjetivo y un ámbito objetivo. El primero, la función de control abarca a todos los sujetos que intervengan en el manejo de los fondos públicos. Así junto a la Administración del Estado, deben incluirse los organismos

¹⁷² SUÁREZ SUÁREZ, Andrés Santiago: *El control o fiscalización del Sector Público. Auditorias de eficiencia*, Ed. Tribunal de Cuentas, Madrid, 1986, p. 8.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 8.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 586.

¹⁷⁵ MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 497.

autónomos, las sociedades estatales, la Seguridad Social y, en general, todos los entes públicos, así como a los entes privados que reciban fondos públicos¹⁷⁶.

El segundo, el ámbito objetivo, hace alusión a que el control debe extenderse a toda la gestión administrativa de fondos públicos toda vez que el artículo 134.2 CE establece que los Presupuestos Generales del Estado, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público, de tal manera su control se extiende a cualquier utilización de dinero público sea cual sea su finalidad prevista en la misma o el tipo de gasto en que se traduzca¹⁷⁷. En este sentido, el artículo 18.3 de la declaración de Lima de la INTOSAI dispone «Toda actividad estatal estará sometida al control de la Entidad Fiscalizadora Superior, independientemente de que se refleje o no en el presupuesto general del Estado. Una exclusión del presupuesto no debe convertirse en una exclusión del control».

II.5. Clases de control

El control sobre la gestión económico-financiera del sector público puede realizarse de diversas formas y finalidades. SUÁREZ SUÁREZ¹⁷⁸ tipifica el control teniendo en cuenta la siguiente clasificación:

- Según el momento en el que se lleva a cabo el control procede distinguir entre control previo, concomitante y consuntivo.
- Según el grado de dependencia del órgano de control con respecto al órgano controlado se distingue control interno o administrativo y control externo.
- Según el tipo de prueba o procedimiento utilizado se habla de control formal y control material y,

¹⁷⁶ Cfr. MARTÍN QUERALT, Juan, “et al.”. *Op. cit.*, p. 882.

¹⁷⁷ Cfr. MARTÍN QUERALT, Juan, “et al.”. *Op. cit.*, p. 882.

¹⁷⁸ SUÁREZ SUÁREZ, Andrés Santiago: *Op. cit.*, pp. 19-21.

- En función a la finalidad perseguida con el control puede ser de legalidad o de cumplimiento, financiero o de regularidad y control de eficacia

Según el momento en que se lleva a cabo el control puede distinguirse entre control previo, control concomitante o de ejecución y control consultivo o posterior:

- a) *Control previo*, este control se realiza con anterioridad a la realización del acto, comprueba la corrección del acto con anterioridad a que ese se haya producido o como dice SUÁREZ, es el que se ejerce «ex ante» o «a priori», en el momento de la planificación o programación, esto es, al iniciarse los preparativos de la acción¹⁷⁹. Advierte PASCUAL GARCÍA que «el calificativo de previa le corresponde un doble sentido: es anterior al acto administrativo sobre el que recae y es anterior al nacimiento de la obligación económica, o al acto administrativo mediante el que se declara su existencia si la obligación es de origen legal»¹⁸⁰.
- b) *Control concomitante o de ejecución*, también llamado control permanente, simultáneo o continuo, se ejerce de manera continua mientras dura la realización de la obra, tarea o propósito público para que la ejecución discurra conforme a lo programado o previsto¹⁸¹.
- c) *Control consuntivo o posterior*, se ejerce una vez el acto se ha realizado, es decir «ex post» o «a posteriori», una vez que la obra, tarea o propósito públicos han sido ejecutados al objeto de comparar realizaciones con previsiones, objetivo o prescripciones¹⁸².

El control previo y el concomitante, dada su inmediatez, suelen venir asociados con controles de tipo interno, son más eficaces para corregir las posibles irregularidades o inconveniencias, mientras que el posterior, característico del control externo, apto para

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸⁰ Cfr. MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 502.

¹⁸¹ Cfr. SUÁREZ SUÁREZ, Andrés Santiago. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁸² *Ibidem*, p. 19.

la exigencia de responsabilidades y para efectuar valoraciones globales sobre la ejecución de los presupuestos, poco puede ya modificar el desarrollo de ésta y sus posibles efectos desfavorables¹⁸³.

Según el grado de dependencia del órgano de control con respecto al órgano controlado se distingue control interno o administrativo y control externo:

- a) *Control interno o administrativo*, es aquel que se lleva a cabo por la propia administración o entidad controlada, a través de las Intervención General del Estado, Intervenciones Autonómicas y Locales y las Inspecciones Generales de Servicios.

- d) *Control externo*, lo realiza un órgano completamente independiente de la entidad controlada, no existe ningún tipo de subordinación jerárquica ni dependencia económica de la primera con respecto a la segunda. En el control externo debe diferenciarse entre el control externo desarrollado directamente por las Cortes Generales, que es básicamente un control de naturaleza política y el ejercido por el Tribunal de Cuentas, en su condición de supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. En las Comunidades Autónomas, lo ejercen los Órganos de Control Externo autonómicos¹⁸⁴.

Atendiendo a tipo de prueba o procedimiento utilizado se clasifica en control formal y control material:

- a) *Control formal*: Cuando se limita al examen de la corrección formal de los documentos, las cuentas y sus justificantes.

¹⁸³ Cfr. MARTÍN QUERALT, Juan, “et al.”. *Op. cit.*, pp. 884.885.

¹⁸⁴ El modelo democrático español establece un control de la actividad económico-financiera del sector público basado en un esquema tripartito: a) Control interno o administrativo realizado por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE); b) Control externo a cargo del Tribunal de Cuentas y c) Control externo ejercido por el Parlamento.

- e) *Control material*: Cuando además del control formal se efectúan comprobaciones «in situ», al objeto de comprobar sobre el terreno la realidad material o física de determinadas operaciones¹⁸⁵.

Los dos tipos de control se desarrollan tanto en el ámbito externo como en el interno.

Según el fin perseguido con el control se distingue, control de legalidad o cumplimiento, control financiero o de regularidad y control de eficacia:

- a) *Control de legalidad o cumplimiento*, dirigido a comprobar la conformidad de la actuación con el exacto cumplimiento de la normativa reguladora de la gestión presupuestaria.
- b) *Control financiero o de regularidad*, se orienta a comprobarla situación financiera de los entes sometidos a fiscalización.
- c) *Control de eficacia*, realiza un análisis de los resultados alcanzados en relación con los objetivos propuestos, con los medios utilizados, etc. Pudiendo consistir en un enjuiciamiento exclusivamente económico de la gestión desarrollada o, lo que es más habitual, en una valoración basada en consideraciones de tipo económico pero introduciendo criterios de rentabilidad social, de funcionalidad.

Ahora bien, la LGP dedica el Título VI al Control de la Gestión Económico-financiera del sector público estatal, diferenciando en el artículo 140, las dos grandes categorías existentes en el ordenamiento jurídico español, a saber: *control interno* y *control externo* al disponer: 1. «En su condición de supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, corresponde al Tribunal de Cuentas el *control externo* del sector público estatal, en los términos establecidos en la Constitución, en su ley orgánica y en las demás leyes que regulen su

¹⁸⁵ SUÁREZ SUÁREZ, Juan Ignacio. *Op. cit.*, p. 20.

competencia. 2. La Intervención General de la Administración del Estado ejercerá en los términos previstos en esta ley el *control interno* de la gestión económica y financiera del sector público estatal, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle».

En función de lo anterior, a continuación se analizará los dos tipos de control iniciando por el *control interno o administrativo*, atendiendo a diversos criterios de control (legalidad, eficiencia, economía) y los instrumentos para ejercer el control, como son, la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública.

Posteriormente, se estudiará la modalidad de *control externo*, distingue entre el *control externo ejercido por el Tribunal de Cuentas y otros órganos de control externo*, examinando sus características y funciones, los tipos de fiscalización externa a saber: a) Fiscalización de cumplimiento, b) Fiscalización financiera, c) Fiscalización operativa o de gestión y, el *control externo desarrollado directamente por las Cortes Generales*, que es básicamente un control de naturaleza política, el cual puede llevarse a cabo en dos momentos diferentes: Control parlamentario concomitante y Control parlamentario a posteriori y el *Control externo*.

II.5.1. Control interno o administrativo

El control interno o administrativo es realizado por la propia entidad pública controlada, a través de órganos administrativos específicos dotados con plena autonomía respecto al órgano controlado¹⁸⁶. En el sector público estatal el control interno o administrativo de la gestión económica y financiera lo ejerce la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), Intervenciones Autonómicas y Locales y las Inspecciones Generales de Servicios, de conformidad con lo previsto en los artículos 140 a 175, Título VI de la LGP, que regula el control de la actividad económico-financiera del sector público estatal ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado.

¹⁸⁶ MENDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 498.

En lo que se oponga a los preceptos legales señalados resulta de aplicación, además, el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado (en adelante RCI) y el Real decreto 706/1997, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercicio por la Intervención General de la Seguridad Social¹⁸⁷.

En el control interno o administrativo se lleva a cabo un seguimiento exhaustivo de toda la fase de ejecución del gasto público, atendiendo a diversos criterios de control (legalidad, eficiencia, economía y transparencia), utilizando para ello también distintos instrumentos, como son, la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública.

El control interno funciona como un primer filtro para detectar posibles irregularidades o inobservancias al orden establecido ya que, por lo general se completan con otros mecanismos de control externo o, ponen en marcha garantías subsiguientes¹⁸⁸.

II.5.1.1. Titular del control interno o administrativo

El titular del control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal es la IGAE, cuyo control ejerce con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle y es ejercido, sobre la totalidad de los órganos o entidades del sector público estatal a través de sus servicios centrales o de sus Intervenciones Delegadas.

La IGAE es un órgano de la Administración del Estado perteneciente al Ministerio de Hacienda y Función Pública¹⁸⁹, encuadrada en la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, aún que con independencia en su funcionamiento, es el órgano de control interno de la gestión económico-financiera del sector público estatal y el

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 499.

¹⁸⁸ LOZANO VITORIA, Ximena: El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid, 2008, p. 57.

¹⁸⁹ Mediante el Real Decreto 415 /2016, de 3 de noviembre se reestructura los departamentos ministeriales en los siguientes departamentos: Artículo 1. [...] Ministerio de Hacienda y Función Pública.

centro directivo y gestor de la contabilidad pública. Como órgano de control interno es la encargada de verificar, mediante el control previo de legalidad y el control financiero, que la actividad económico-financiera del sector público se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia. Como centro gestor y directivo de la contabilidad pública le compete proporcionar información contable fiable, completa, profesional e independiente sobre la gestión pública y dictar las normas necesarias para su adecuado desarrollo¹⁹⁰

En el ejercicio de sus funciones de control interno, el interventor general de la Administración del Estado y sus interventores delegados tendrán las siguientes potestades: 1. Deberán guardar la confidencialidad y el secreto respecto de los asuntos que conozcan por razones de su trabajo (art. 145.1 LGP). 2. Solo podrán utilizar los datos, informes o antecedentes que obtengan para los fines de control y, en su caso, para la denuncia de los hechos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa, responsabilidad contable o delito (art. 145.1, apartado primero LGP). 3. Podrán solicitar a quienes ejerzan funciones públicas o desarrollen su trabajo en entidades integrantes del sector público estatal su apoyo, concurso, auxilio y colaboración, así como la documentación e información necesaria para ejercer su control (art. 145.2 LGP). 4. Podrán recabar directamente de quien corresponda los asesoramientos jurídicos y los informes técnicos que considere necesarios, así como los antecedentes y documentos precisos para el ejercicio de sus funciones (art. 144.4 LGP). 5. Podrán interponer los recursos y reclamaciones que autoricen las disposiciones vigentes (art. 144.5 LGP). 6. Podrán requerir a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, toda clase de datos, informes o antecedentes, deducidos directamente de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas, con trascendencia para las actuaciones de control que desarrolle (art. 145.3 LGP).

II.5.1.2. Objetivos y características generales del control interno

Los objetivos que se atribuyen al control interno, según el artículo 142 LGP son:
a) Verificar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación a la gestión objeto del control. b) Verificar el adecuado registro y contabilización de las operaciones

¹⁹⁰ Portal de la Intervención General de la Administración del Estado, en línea: <https://sedeminhap.gob.es/es-ES/Sedes/IGAE/Paginas/Default.aspx> [Consultado 7 de marzo de 2017].

realizadas, y su fiel y regular reflejo en las cuentas y estados que, conforme a las disposiciones aplicables, deba formar cada órgano o entidad. c) Evaluar que la actividad y los procedimientos objeto de control se realiza de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. d) Verificar el cumplimiento de los objetivos asignados a los centros gestores del gasto en los Presupuestos Generales del Estado.

Las *características generales* del control interno de la gestión económico-financiera del sector público estatal, se encuentran previstas en los artículos 141 a 145 de la LGP así:

- a) Se ejerce sobre la totalidad de los órganos o entidades del sector público estatal (apartado 1 del art. 143 LGP).
- b) Se ejerce también sobre sujetos privados, como pueden ser las entidades colaboradoras y beneficiarios de subvenciones y ayudas concedidas por los sujetos del sector público estatal y las financiadas con cargo a fondos comunitarios (art.141 LGP).
- c) El control se ejerce conforme a los principios de autonomía, ejercicio desconcentrado y jerarquía interna. Para tales efectos, los funcionarios que lo realicen gozan de independencia funcional respecto de los titulares de los órganos cuya gestión controlen (art. 144.1 y 144.2 LGP).
- d) Se prevé un procedimiento contradictorio para resolver los eventuales desacuerdos con el órgano o entidad controlada (art. 144.3 LGP).

II.5.1.3. Modalidades de control interno o administrativo

Para lograr los objetivos del control interno o administrativo de la actividad económico-financiera, el Título VI de la LGP, establece tres modalidades de control ejercido por IGAE: la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública (art. 142.2 LGP). En este sentido, la Disposición Final Tercera de la LGP dispone que «las menciones efectuadas por las normas anteriores a esta ley al control financiero de la Intervención General de la Administración del Estado se entenderán efectuadas al control financiero permanente y a la auditoría pública definidas en los artículos 157 y 162 de esta ley».

LOPEZ HERNANDEZ y ORTIZ RODRÍGUEZ, precisan: «La nueva LGP habla también de tres tipos de control: la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. Exceptuando esta última, que puede ser llevada a cabo por organismos tanto de la propia entidad como ajenos a ella, el control interno es realizado a través de la función interventora y del control financiero permanente. El primero de estos mecanismos, fundamentalmente de carácter preventivo, persigue verificar que los actos de contenido económico-financiero se adecuen a la normativa aplicable, advirtiéndolo, en su caso, sobre los incumplimientos. El control financiero permanente, por su parte, tienen como objetivo comprobar a posteriori, y desde una perspectiva más global, el funcionamiento económico-financiero de la entidad, por lo que tendrá que informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación, así como de la economía, eficacia y eficiencia alcanzada en la gestión»¹⁹¹.

II.5.1.3.1. Función interventora

Otro rasgo de la función interventora es que ésta se ejerce en dos modalidades¹⁹²:

1. *Intervención formal*: Consistirá en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la adopción del acuerdo, mediante el examen de todos los documentos que, preceptivamente, deban estar incorporados al expediente.
2. *Intervención material*: Comprobará la real y efectiva aplicación de los fondos públicos.

Ahora bien, la función interventora se desarrolla en cuatro fases¹⁹³, así:

1. La fiscalización previa de los actos que reconozcan derechos de contenido económico, aprueben gastos, adquieran compromisos de gasto, o acuerden movimientos de fondos y valores.

¹⁹¹ LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, D.: «El control ...», *Op. cit.*, p. 9.

¹⁹² Apartado 1 del artículo 150 LGP.

¹⁹³ Artículo 150.2 LGP y art. 9. Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado.

2. La intervención del reconocimiento de las obligaciones y de la comprobación de la inversión.
3. La intervención formal de la ordenación del pago.
4. La intervención material del pago.

Estas fases de la función interventora enlazan con las distintas fases del procedimiento administrativo de realización del gasto público. La fiscalización previa o intervención crítica aparece vinculada a la aprobación y al compromiso del gasto. La intervención del reconocimiento de las obligaciones y de la comprobación de la inversión se relaciona con el reconocimiento de la obligación. La intervención formal de la ordenación del pago incide en la propuesta de pago y en la expedición de la orden o mandamiento de pago. En fin, la intervención material del pago afecta a la última fase de la ejecución presupuestaria, el pago¹⁹⁴.

Primera fase. La fiscalización previa: Se entiende por fiscalización previa la facultad atribuida a la Intervención para examinar, antes de que sean dictados, los actos que reconozcan derechos de contenido económico, aprueben gastos, adquieran compromisos de gasto, o acuerden movimientos de fondos y valores¹⁹⁵, con el fin de comprobar su legalidad, no solamente desde el punto de vista estrictamente financiero o presupuestario, sino también desde el ángulo de la legislación sustantiva¹⁹⁶, por lo que se trata, en definitiva de un control previo de legalidad.

En opinión de PASCUAL GARCÍA «el calificativo de previa le corresponde en un doble sentido: es anterior al acto administrativo sobre el que recae y es anterior al nacimiento de la obligación económica, o al acto administrativo mediante el que se declara su existencia si la obligación es de origen legal»¹⁹⁷.

La fiscalización previa tiene como finalidad comprobar los extremos siguientes:

¹⁹⁴ MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 501.

¹⁹⁵ Art. 150.2.a) LGP y art. 10 Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado.

¹⁹⁶ Cfr. PÉREZ ROYO, Fernando: *Op. cit.*, pp. 587-588.

¹⁹⁷ Cfr. MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 502.

a) La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado y suficiente a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer.

En los casos en los que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual se comprobará, además, si se cumple lo preceptuado en el artículo 47 de la LGP.

b) Que los gastos u obligaciones se proponen a órgano competente.

c) La competencia del órgano de contratación, del concedente de la subvención, del que celebra el convenio de colaboración o del que resuelve el expediente de responsabilidad patrimonial y, en general, del que dicte el acto administrativo, cuando dicho órgano no tenga atribuida la facultad para la aprobación de los gastos de que se trate.

d) Que los expedientes de reconocimiento de obligaciones corresponden a gastos aprobados y fiscalizados favorablemente.

e) La existencia de autorización del Consejo de Ministros en los supuestos que conforme a los apartados 1 y 2 del artículo 317 de la Ley de Contratos del Sector Público.

f) La existencia de autorización del titular del departamento ministerial en los supuestos que, conforme al apartado 5 del artículo 317 de la Ley de Contratos del Sector Público.

g) Aquellos otros extremos que, por su trascendencia en el proceso de gestión, determine el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Intervención General de la Administración del Estado.

El acto de fiscalización previa recae sobre todos los actos que reconozcan derechos de contenido económico, apruebe gastos, adquieran compromisos de gasto, o acuerden movimientos de fondos o valores, con anterioridad a su emisión¹⁹⁸, sin embargo, el artículo 151 LGP señala unos supuestos que no están sometidos a la fiscalización previa, como son:

a) los contratos menores, así como los asimilados a ellos en virtud de la legislación contractual;

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 502.

- b) los gastos de carácter periódico y demás de tracto sucesivo, una vez fiscalizado el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato del que deriven o sus modificaciones;
- c) los gastos menores de 5.000 euros cuyo pago se realice mediante el procedimiento especial de anticipo de caja fija, regulado en el artículo 78 de esta Ley;
- d) los gastos correspondientes a la celebración de procesos electorales a que se refiere la disposición adicional novena de esta Ley;
- e) las subvenciones con asignación nominativa;
- f) los contratos de acceso a bases de datos y de suscripción a publicaciones que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada.

Tampoco estarán sometidos a fiscalización previa los gastos menores de 5.000 euros que se realicen con cargo a fondos librados a justificar, cuando los servicios o prestaciones a que se refieran hayan tenido o vayan a tener lugar en territorio extranjero.

Segunda fase. La intervención del reconocimiento de las obligaciones y de la comprobación de la inversión: Es la facultad de la Intervención para comprobar, antes de ser emitidos, los actos de reconocimiento de la obligación, que esta cumple todos los requisitos necesarios para proceder a dicho reconocimiento; que las obligaciones responden a los gastos aprobados y fiscalizados favorablemente; que los documentos justificativos de la obligación se ajustan a las disposiciones legales o reglamentarias aplicables; que el acreedor ha cumplido o garantizado su correlativa prestación; y que ha resultado favorable la comprobación material de la inversión (arts. 26 a 28 del RCI)¹⁹⁹. Se verifica de este modo –antes de liquidar el gasto o reconocer la obligación– la efectiva realización de las obras, servicios y adquisiciones financiadas con fondos públicos y su adecuación al contenido del correspondiente contrato²⁰⁰.

En esta fase pueden diferenciarse, por tanto dos comprobaciones diversas: Una comprobación *documental*, que se ejerce sobre los documentos justificativos de la

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 503.

²⁰⁰ MARTÍN QUERALT, Juan, “el al.”, *Op. cit.*, p. 889.

obligación y el gasto y, una comprobación *material*, que se efectúa sobre la realidad física de la inversión²⁰¹.

Tercera fase. La intervención formal de la ordenación del pago: Están sometidos a la intervención formal de la ordenación del pago todos los actos por los que se ordenan pagos con cargo al Tesoro Público. Esta intervención formal de la ordenación del pago tiene por objeto verificar que las órdenes o mandamientos de pago se dictan por el órgano competente, se ajusta al acto de reconocimiento de la obligación y se acomodan al presupuesto monetario del ejercicio (art. 29 del RCI)²⁰².

Si la intervención considera que las órdenes de pago cumplen los requisitos previstos, hará constar su conformidad mediante diligencia firmada en el documento en que la orden se contiene o en el documento resumen de cargo a las cajas pagadoras. Cuando no se cumplan dichos requisitos, la Intervención formulará el correspondiente reparo, motivado y por escrito, el cual suspenderá, hasta que sea solventado, la tramitación de la orden de pago (art. 30 RCI).

Cuarta y última fase. La intervención material del pago: La intervención material del pago tiene como finalidad verificar la identidad del perceptor y la cuantía del pago. Quedan sometidos a intervención material del pago la ejecución de las órdenes de pago, que tengan por objeto: a) Cumplir, directamente, las obligaciones del Tesoro Público, b) Situar fondos a disposición de cajeros y agentes facultados legalmente para realizar pagos a los acreedores y c) Instrumentar el movimiento de fondos y valores entre las cuentas del Tesoro²⁰³.

En esta fase, se comprobará la real y efectiva aplicación de los fondos públicos, concurriendo al acto de comprobación material de la inversión de que se trate, el representante de la IGAE y, en su caso, el asesor designado (art. 150.3 LGP).

²⁰¹ CORCUERA TORRES, Amable: «El control de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado», *El control de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado*, Universitat Oberta de Catalunya, 2013, p. 15, en línea:

[https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Administracio_i_direccio_dempreses/Actividad_financiera_y_gastos_publicos/Actividad_financiera_y_gastos_publicos_\(Modulo_6\)](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Administracio_i_direccio_dempreses/Actividad_financiera_y_gastos_publicos/Actividad_financiera_y_gastos_publicos_(Modulo_6)) [Consultado 14 de junio de 2016].

²⁰² MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 504.

²⁰³ Artículo 31 RCI.

Finalmente, si la IGAE, al realizar la fiscalización previa, se manifiesta en desacuerdo con el contenido de los actos examinados o con el procedimiento seguido para su adopción, deberá formular sus reparos por escrito, con cita de los preceptos legales en los que sustente su criterio. La formulación del reparo suspenderá la tramitación del expediente hasta que sea solventado, bien por la subsanación de las deficiencias observadas o bien, en el caso de no aceptación del reparo, por la resolución del procedimiento previsto en el artículo 155 LGP.

II.5.1.3.2. Control financiero permanente

El control financiero permanente está regulado en los artículo 157 a 161 de la LGP. Este control se ejerce en los órganos y entidades establecidos en el artículo 158 LGP y tiene por objeto la verificación de una forma continua realizada a través de la correspondiente intervención delegada, de la situación y el funcionamiento de las entidades del sector público estatal en el aspecto económico-financiero, para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que les rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera y en particular al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero (art. 157 LGP)²⁰⁴.

En torno a lo expuesto MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ expresan acertadamente «se trata, sobre todo, de un control con carácter económico, que persigue una mejor gestión y un ahorro en el manejo de los fondos públicos de forma que puedan detectarse aquellas unidades del sector público cuyo grado de cumplimiento respecto de lo programado o cuya eficiencia económica sean menores, al objeto de poder corregir los defectos del funcionamiento o de variar su política financiera»²⁰⁵.

De conformidad con el apartado 3 del artículo 34 del RCI, la principal finalidad de este control financiero es «promover la mejora de las técnicas y procedimientos de

²⁰⁴ Abundando al respecto, PEREZ ROYO advierte «Aparte de la fiscalización o control de legalidad, el control de la ejecución presupuestaria y, en general, de la actuación del sector público y del empleo de los caudales públicos se ejerce en los momentos actuales también con otra finalidades, que sobrepasan el análisis de la legalidad de cada acto, para concentrarse en el funcionamiento global del agente fiscalizado, en lo que concierne a su comportamiento o situación financiera o la eficacia de su actuación. Se trata de los controles financiero y de eficacia, a los que hay que añadir las auditorías». PEREZ ROYO, Fernando. *Op. cit.*, p. 589.

²⁰⁵ Cfr. MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 506.

gestión económico-financiera, través de las propuestas que se deduzcan de los resultados de los mismos». «Estos informes de control verifican, sobre todo, si la gestión económico-financiera del sector público estatal se acomoda a la regla de las tres “es”: economía, eficacia y eficiencia. La economía relacionada con los medios empleados y objetivos perseguidos. La eficacia vincula los objetivos perseguidos y los resultados obtenidos. Y, por último, la eficiencia pone en relación los medios empleados y los resultados obtenidos»²⁰⁶.

Además de ello, el control financiero permanente es considerado como el principal instrumento para el seguimiento y control del principio de estabilidad presupuestaria.

El ámbito de aplicación del control financiero, según el artículo 158 LGP, se ejerce sobre los siguientes sujetos:

- «a) La Administración General del Estado.
- b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
- c) Las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.
- d) Las entidades estatales de derecho público contempladas en el párrafo g) del apartado 1 del artículo 2 de esta Ley.
- e) Las entidades públicas empresariales previstas en el artículo 2.1.c).
- f) Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, cuando se hallen inmersas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 74.1 de la Ley General de la Seguridad Social»²⁰⁷.

Conviene subrayar que el apartado 2 del artículo 158 LGP habilita al Consejo de Ministros para acordar, a propuesta del Ministerio de Hacienda y a iniciativa de la Intervención General de la Administración del Estado, que en determinadas entidades públicas empresariales y entidades estatales de derecho público, el control financiero

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 553.

²⁰⁷ La Ley 40/2015, incluyó en la composición y clasificación del sector público institucional estatal a «Los fondos sin personalidad jurídica» (art. 84.f).

permanente se sustituya por las actuaciones de auditoría pública que se establezcan en el Plan Anual de Auditorías.

El control financiero permanente incluye las siguientes actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 159 LGP:

- «a) Verificación del cumplimiento de la normativa y procedimientos aplicables a los aspectos de la gestión económica a los que no se extiende la función interventora.
- b) Seguimiento de la ejecución presupuestaria y verificación del cumplimiento de los objetivos asignados a los programas de los centros gestores del gasto y verificación del balance de resultados e informe de gestión.
- c) Informe sobre la propuesta de distribución de resultados a que se refiere el artículo 129 de esta Ley.
- d) Comprobación de la planificación, gestión y situación de la tesorería.
- e) Las actuaciones previstas en los restantes títulos de esta Ley y en las demás normas presupuestarias y reguladoras de la gestión económica del sector público estatal, atribuidas a las intervenciones delegadas.
- f) Análisis de las operaciones y procedimientos, con el objeto de proporcionar una valoración de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones en orden a la corrección de aquéllas.
- g) En los departamentos ministeriales y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, verificar, mediante técnicas de auditoría, que los datos e información con trascendencia económica proporcionados por los órganos gestores como soporte de la información contable, reflejan razonablemente las operaciones derivadas de su actividad. La Intervención General de la Administración del Estado establecerá el procedimiento, alcance y periodicidad de las actuaciones a desarrollar».

El resultado de las actuaciones a las que se refiere el artículo 159 LGP, se documentarán en informes. Anualmente se elaborará un informe comprensivo de los resultados de las actuaciones de control financiero permanente realizadas durante el ejercicio.

Las actuaciones de control financiero permanente a efectuar en cada ejercicio y el alcance específico fijado para las mismas se determinará en el plan anual de control financiero permanente elaborado por la Intervención General de la Administración del Estado, que podrá ser modificado cuando se produzcan circunstancias que lo justifiquen (art. 152.2 y 3 LGP).

Por último, siguiendo a LÓPEZ HERNÁNDEZ y ORTIZ RODRÍGUEZ, cabe destacar las diferencias entre la función interventora y el control financiero:

Entre las diferencias habría que señalar que, mientras que la función interventora está centrada en la Administración general, el control financiero permanente abarca al conjunto de sector público. El objeto del control financiero es el conjunto de las actuaciones, entretanto que la intervención analiza actos aislados. Mientras que el objetivo último de la función interventora está en evitar la realización de actuaciones que no estén ajustadas a la legislación, el control financiero pretende evaluar la gestión del ente en su conjunto de cara a mejorar en las técnicas y procedimientos utilizados. Finalmente, incidir en que la función interventora vigila el cumplimiento del principio de legalidad, el control financiero permanente adicionalmente busca dejar de manifiesto la situación económico-patrimonial como resultado de la gestión realizada²⁰⁸.

II.5.1.3.3. La auditoría pública

Las auditorías públicas se encuentran reguladas en los artículos 162 a 175 LGP. La auditoría pública consistirá en la verificación, realizada con posterioridad y efectuada de forma sistemática, de la actividad económico-financiera del sector público estatal, mediante la aplicación de los procedimientos de revisión selectivos contenidos en las normas de auditoría e instrucciones que dicte la Intervención General de la Administración del Estado (art, 162 LGP).

La auditoría pública se ejercerá, en función de lo previsto en el *Plan anual de auditorías* en el que se incluirán las actuaciones a realizar durante el correspondiente ejercicio, tanto las que corresponda desarrollar directamente a dicho centro, como

²⁰⁸ LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, David: «El control ...», *Op. cit.*, p. 11.

aquellas cuya ejecución deba llevarse a cabo a través de la Intervención General de la Defensa y de la Intervención General de la Seguridad Social. Asimismo, el Plan anual de auditorías incluirá las actuaciones correspondientes a ayudas y subvenciones públicas. La Intervención General de la Administración del Estado, podrá modificar las auditorías previstas inicialmente en el plan anual cuando existan circunstancias que lo justifiquen (arts. 163 y 165 LGP).

La auditoría pública se realiza sobre todos los órganos y entidades integrantes del sector público estatal y sobre los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado, sin perjuicio de las actuaciones correspondientes al ejercicio de la función interventora y del control financiero permanente, y de las actuaciones sometidas al ejercicio de la auditoría privada de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, impuestas a las sociedades mercantiles estatales por la legislación mercantil (art. 163 LGP).

La auditoría pública se ejerce a través de las siguientes modalidades:

- a) *La auditoría de regularidad contable*, consistente en la revisión y verificación de la información y documentación contable con el objeto de comprobar su adecuación a la normativa contable y en su caso presupuestaria que le sea de aplicación²⁰⁹.
- b) *La auditoría de cumplimiento*, cuyo objeto consiste en la verificación de que los actos, operaciones y procedimientos de gestión económico-financiera se han desarrollado de conformidad con las normas que les son de aplicación.
- c) *La auditoría operativa*, que constituye el examen sistemático y objetivo de las operaciones y procedimientos de una organización, programa, actividad o función pública, con el objeto de proporcionar una valoración independiente de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de la

²⁰⁹ Al respecto, el artículo 167.1 LGP dispone: «La auditoría de las cuentas anuales es la modalidad de la *auditoría de regularidad contable* que tiene por finalidad la verificación relativa a si las cuentas anuales representan en todos los aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados de la entidad y, en su caso, la ejecución del presupuesto de acuerdo con las normas y principios contables y presupuestarios que le son de aplicación y contienen la información necesaria para su interpretación y comprensión adecuada».

buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones oportunas en orden a la corrección de aquéllas. Según el artículo 170 LGP la auditoría operativa se ejerce a través de las siguientes modalidades: Auditoría de programas presupuestarios²¹⁰, auditoría de sistemas y procedimientos²¹¹ y, auditoría de economía, eficacia y eficiencia²¹².

Además, de éstas, la LGP menciona otros tipos de auditorías dentro de las auditorías públicas específicas, como son las auditorías de contratos-programas y de seguimiento de planes de equilibrio financiero (art. 171), la auditoría de planes iniciales de actuación (art. 172), la auditoría de la cuenta de los tributos estatales (art. 173), auditoría de empresa colaboradoras de la Seguridad Social (art. 174) y las auditorías de privatizaciones (art. 175).

La IGAE puede realizar auditorías que combinen objetivos de las tres modalidades: de regularidad contable, de las de cumplimiento y de las operativas. También pueden tener una combinación de objetivos financieros, de legalidad y de gestión; por ejemplo, las dirigidas a verificar contratos de programas o subvenciones públicas incluyen a menudo objetivos financieros y de gestión. En otros casos, pueden tener objetivos limitados a sólo algunos aspectos de un tipo de auditoría, por ejemplo la auditoría de controles internos específicos o las auditorías informáticas²¹³.

El resultado de las auditorías se reflejan en informes: el de Cuentas Anuales y los Informes sobre Auditorías específicas. Una vez elaborados se remitirán al titular del organismo o entidad controlada, al Ministerio de Hacienda y Función Pública y al del departamento del que dependa o al que esté adscrito el órgano o entidad controlada²¹⁴.

²¹⁰ La auditoría de programas presupuestarios, consiste en el análisis de la adecuación de los objetivos y de los sistemas de seguimiento y autoevaluación desarrollados por los órganos gestores, la verificación de la fiabilidad de los balances de resultados e informes de gestión, así como la evaluación del resultado obtenido, las alternativas consideradas y los efectos producidos con relación a los recursos empleados en la gestión de los programas y planes de actuación presupuestarios (art. 170.1 LGP).

²¹¹ La Auditoría de sistemas y procedimientos, consistente en el estudio exhaustivo de un procedimiento administrativo de gestión financiera con la finalidad de detectar sus posibles deficiencias o, en su caso, su obsolescencia y proponer las medidas correctoras pertinentes o la sustitución del procedimiento de acuerdo con los principios generales de buena gestión (art. 170.2 LGP).

²¹² La Auditoría de economía, eficacia y eficiencia, consistente en la valoración independiente y objetiva del nivel de eficacia, eficiencia y economía alcanzado en la utilización de los recursos públicos (art. 170.3 LGP).

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, David: “El control ...”, *Op. cit.*, p. 17.

²¹⁴ MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 509.

Anualmente la IGAE remitirá al Consejo de Ministros un informe general con los resultados más significativos de la ejecución del Plan anual de Control Financiero Permanente y del Plan anual de Auditorías y, dará información sobre las medidas adoptadas por los órganos gestores para solventar las salvedades puestas de manifiesto en ejercicios anteriores.

Cabe destacar que sí en el curso de una fiscalización, el auditor tiene indicios o, en determinados casos identifica claramente la existencia de un presunto *fraude*, si bien, no puede determinar si se ha cometido un delito, ya que esto corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia, sí debe informar de *cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado*, y en su caso denunciar los presuntos delitos²¹⁵.

Las normas de auditoría generales²¹⁶ reconocen que el fraude es un concepto jurídico amplio y que al auditor de cuentas anuales solo le concierne el fraude que da lugar a incorrecciones materiales en los estados financieros. Se define el fraude como “*un acto intencionado realizado por una o más personas de la dirección, los responsables del gobierno de la entidad, los empleados o terceros, que conlleve la utilización del engaño con el fin de conseguir una ventaja injusta o ilegal*”. Para el auditor, en general, son relevantes dos tipos de fraude: 1) La información financiera fraudulenta y 2) La apropiación indebida de activos²¹⁷.

II.5.2. Control externo ejercido por el Tribunal de Cuentas y otros órganos de control

Como se ha dicho el control externo de la actividad económico-financiera del sector público es ejercido por órganos que se encuentran fuera del ámbito de la Administración controlada y no existe relación alguna de dependencia o subordinación

²¹⁵ VICENTE QUERALT, Rafael y MINGUILLÓN ROY, Antonio: «*Las instituciones de control externo y la lucha contra el fraude y la corrupción*», en Foro de debate. El Control de las Cuentas Públicas. *Revista de Estudios Jurídicos* nº 14, Universidad de Jaén, 2014, p. 14, en línea: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/2154/1898>, [Consultado 3 de junio de 2016].

²¹⁶ Norma Internacional de Auditoría (NIA-ES) 240. Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude, párrafo 2.

²¹⁷ VICENTE QUERALT, Rafael y MINGUILLÓN ROY, Antonio. *Op. cit.*, p. 12.

entre la entidad titular del control y la entidad controlada y además, depende del Poder legislativo²¹⁸.

En cuanto al Tribunal de Cuentas, tiene asignada dos funciones claramente diferenciadas por la Ley, la función fiscalizadora externa de la actividad económico-financiera del sector público y la otra, la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, y tiene por objeto lograr la restitución de los fondos públicos perjudicados, por malversación, por incorrecta, incompleta o nula justificación. En este caso, como estamos analizando el tema del control externo, se hará referencia a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, posteriormente analizaremos la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas.

Es necesario añadir que la función fiscalizadora no es impugnabile ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2007, se afirma que esa actividad fiscalizadora, consistente en la mera remisión de informes a las Cortes Generales (y lo mismo en el caso de los Parlamentos autonómicos, en el caso de los síndicos o cámaras de cuentas de las Comunidades Autónomas) no es susceptible de recurso contencioso administrativo; sin perjuicio de que sea viable el control contencioso administrativo sobre la actividad de enjuiciamiento contable que se pueda derivar de esa previa actividad fiscalizadora.

Por otra parte, cabe señalar que para que las tareas de fiscalización de los órganos de control externo sean eficaces y relevantes deben estar coordinadas con las labores del control interno que realiza la propia Administración, mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la eficacia y eviten la duplicidad de las actuaciones fiscalizadoras.

Según el artículo 136.1 CE, el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector

²¹⁸ Cabe destacar que es con la división de poderes cuando se adquiere todo su sentido la existencia de unos órganos de control de la actividad financiera, explicándose inicialmente por el hecho de que siendo el Legislativo quien habilita y autoriza al Ejecutivo a realizar ingresos y gastos, es lógico que éste responda ante aquél de la actuaciones encaminadas a cubrir ambos aspectos. MARTÍN QUERALT, Juan, "et al.". *Op. cit.*, p. 880.

público, dependiendo directamente de las Cortes Generales y ejerciendo sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado²¹⁹. Conforme a este precepto, puede afirmarse que el Tribunal de Cuentas es un órgano de relevancia constitucional, con dependencia funcional y no orgánica de las Cortes Generales²²⁰. En ejercicio de esta función el Tribunal de Cuentas no tiene poder sancionador, pues esta función es de carácter técnico- informativa.

El Tribunal de Cuentas como órgano de control externo de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público, también ejerce el control económico y presupuestario de las Comunidades Autónomas, conforme lo prevé el artículo 153, apartado d) CE; sin embargo, este control externo no es una competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas, dado que se comparte con los Órganos de Control Externo (OCEX) de las Comunidades Autónomas, que ejercen una función fiscalizadora sobre las Administraciones autonómicas y locales de sus respectivos ámbitos territoriales.

En este sentido, el artículo 29.1 LFTCu dispone «Los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas coordinarán su actividad con la del Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten la duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras». El órgano de control externo de cada Comunidad Autónoma actúa sobre las cuentas y la gestión económica de su respectivo sector público: La administración autonómica y sus organismos autónomos; las entidades locales y sus organismos autónomos, así como las empresas públicas dependientes de la misma, en el ámbito competencial de las instituciones de autogobierno; las empresas públicas, cualquiera que sea su forma jurídica, dependientes de la Administración Autonómica²²¹.

En cuanto al control externo de la Corporaciones Locales, el artículo 4.c) LOTCu incluye como parte del sector público a la Corporaciones Locales. Por otra

²¹⁹ El artículo 1 LOTCu establece que el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción, de acuerdo con la Constitución y la presente Ley Orgánica.

²²⁰ MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Op. cit.* p. 510.

²²¹ Cfr. FARIÑA BUSTOS, Luciano: «Mesa Redonda: El Tribunal de Cuentas y los OCEX», *Revista Española de Control Externo*, nº 12, t. 1, septiembre, 2002, p. 37.

parte, el artículo 115 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), dispone que «la fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las entidades locales corresponde al Tribunal de Cuentas, con el alcance y condiciones que establece la Ley Orgánica que lo regula y sin perjuicio de los supuestos de delegación previstos en la misma».

En similares términos se expresa el artículo 223.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (LHL) cuando dice «La fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las entidades locales y de todos los organismos y sociedades de ellas dependientes es función propia del Tribunal de Cuentas, con el alcance y condiciones que establece su ley orgánica reguladora y su ley de funcionamiento».

De manera que, el control externo no es una competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas puesto que de acuerdo con la configuración del Estado autonómico, aquéllas son compartidas con los OCEX de las Comunidades Autónomas que los tengan constituidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 223.4 LHL que dice «Lo establecido en el presente artículo se entiende sin menoscabo de las facultades que, en materia de fiscalización externa de las Entidades locales, tengan atribuidas por sus Estatutos las comunidades autónomas», precepto que a su vez se complementa con el artículo 29.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), que indica «los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas coordinarán su actividad con la del Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia de los resultados y eviten la duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras».

Esta compatibilidad de funciones ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en STC 187/1988, de 17 de octubre, cuyos fundamentos jurídicos 8 y 12 señalan «la fiscalización externa de las Corporaciones Locales por el Tribunal de Cuentas derivada del artículo 4.1.c) de la Ley Orgánica, que expresamente recogen el artículo 13.1.b) y la disposición transitoria cuarta, 1, y que también establece el artículo 115 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, no supone, pues, la exclusión de otros órganos fiscalizadores de la actividad económico-financiera de las Corporaciones Locales. A diferencia de lo dispuesto para la «jurisdicción contable»,

calificada de «exclusiva» por su artículo 17.1, no cabe entender que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas contengan precepto alguno que reserve en exclusiva para este Tribunal la fiscalización de dicha actividad». Esta sentencia concluye que «la actividad de control realizada por las Comunidades Autónomas no excluye, pues, la que pueda ejercer el Estado a través del Tribunal de Cuentas en el ámbito de sus propias competencias sobre la materia. Ambos controles sobre la actividad financiera de las Corporaciones Locales no tienen por qué excluirse mutuamente, sino que pueden coexistir y superponerse».

Con fundamento en esa concurrencia competencial, la mayoría de las Comunidades Autónomas han constituido de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía o según lo previsto en la leyes reguladoras correspondientes, sus propios Órganos de Control Externo (ÓCEX), que reciben denominaciones diversas (Cámara de Comptos, Sindicatura de Cuentas, Cámara de Cuentas, Consello de Cuenta, Audiencia de Cuentas etc.), los cuales extienden sus competencias sobre el sector público autonómico y, dependiendo de sus propias Leyes reguladoras, sobre las Entidades Locales de su ámbito territorial, sin que ello obste al ejercicio por parte del Tribunal de Cuentas de su función fiscalizadora sobre la totalidad del sector público, a nivel estatal, autonómico o local.

Opiniones doctrinales como las de ORDOKI URDACI, afirman que la experiencia y la realidad nos dicen que en las comunidades autónomas que carecen de un órgano autonómico de control externo (Extremadura, Murcia, Cantabria, La Rioja, Castilla La-Mancha), el control ejercido por el Tribunal de Cuentas y los informes fiscalizadores sobre organismos y entidades de su ámbito autonómico y local, ha sido escaso y lejano en el tiempo, esto es, inoportuno, frente a las comunidades autónomas que cuentan con un tribunal de cuentas autonómico en cuyo caso y, a pesar de ser mejorable su labor, el nivel de control ha sido mayor²²².

²²² ORDOKI URDACI, Luis María: «Foro de Debate. El control de las cuentas públicas», *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 14 (Segunda Época), 2014, p. 4.
En la actualidad, de las 17 Comunidades Autónomas, 13 cuentan con su correspondiente Órgano de Control Externo: Comunidad Valenciana, Canarias, Madrid, Castilla y León, Illes Balears, Asturias, Andalucía, Cataluña, Galicia, Aragón, País Vasco, Navarra. Portal Rendición de Cuentas, en línea: <http://www.rendiciondecuentas.es/es/informaciongeneral/controlentidades/OrganosControlExterno.html> [Consultado 8 de marzo de 2017].

Lamentablemente, la Ley 1/2014, de 24 de abril, suprimió la Sindicatura de Cuentas de Castilla La-Mancha. Los argumentos esgrimidos los reseña la exposición de motivos de la citada Ley en los que expresa «En el contexto de profunda crisis económica que afecta a todas las administraciones, el 21 de junio de 2013, el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, en el que se hace referencia a la necesidad de evitar duplicidades, también en relación con los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas. Concretamente, tras el análisis de la normativa reguladora, así como del presupuesto, estructura, personal y número de informes de las instituciones autonómicas correspondientes al ejercicio 2012, como también de las sugerencias formuladas a través del buzón del ciudadano (en el sentido de suprimir los organismos autonómicos para evitar redundancias y duplicidades), propone que sea el Tribunal de Cuentas el órgano de fiscalización de la Administración Autonómica, al objeto de racionalizar, optimizando los recursos existentes, el sistema de control externo»,

Ahora, para garantizar la mayor eficacia en los resultados y evitar la duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras, debe darse una coordinación entre el Tribunal de Cuentas y los OCEX, mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización, según lo prevén los artículos 27 y 29 LFTCu.

Así lo reitera GONZÁLEZ SOLER al expresar que «La actividad fiscalizadora de los OCEX resulta imprescindible coordinarla con la del TCU porque así lo exige el principio de la división del trabajo. Existiendo ámbitos competenciales coincidentes entre aquéllos y éste, es necesario determinar las entidades que cada uno de ellos va a fiscalizar y, además, elaborar criterios comunes para realizar conjuntamente fiscalizaciones»²²³.

Por otra parte, en el ámbito supranacional, resulta de interés mencionar «la existencia del Tribunal de Cuentas europeo, cuya misión es el control y fiscalización de las cuentas de la Unión Europea, así como del *International Organization of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI), organismo no gubernamental, autónomo e independiente,

²²³ GONZÁLEZ SOLER, Olayo E.: «La Responsabilidad contable: Su exigencia jurisdiccional», p. 1, en línea: <http://tribunaldecuentas.gob.pa/wp-content/uploads/2014/11/03-RESPONSABILIDAD-CONTABLE-Olayo-E-Gonz%C3%A1lez-Soler.pdf> [Consultado 20 agosto de 2015].

vinculado a las Naciones Unidas, con sede en Viena, creado como institución permanente para fomentar el intercambio de ideas y experiencias en auditoría gubernamental entre las entidades fiscalizadoras superiores de los países miembros»²²⁴.

Además, el Tribunal de Cuentas europeo fiscaliza los ingresos y gastos de la Unión en los Estados miembros en colaboración con las instituciones nacionales de control, que en el caso español es el Tribunal de Cuentas.

II.5.2.1. Características y funciones del control externo ejercido por Tribunal de Cuentas

La función fiscalizadora del control externo, se caracteriza, como su nombre lo indica, por ser externa a la entidad fiscalizada, consiste en realizar un examen técnico-contable para comprobar si la actividad económico-financiera del Estado, así como del sector público se ajusta a los principios de legalidad y buena gestión financiera (economía, eficiencia y eficacia). Esta actividad, dice NAVAS VÁSQUEZ, es técnica no sólo en el sentido que debe desarrollarse de acuerdo con unos parámetros científicos y de conocimiento, sino en el sentido de que pone a disposición pública un trabajo de fiscalización o como se dice también últimamente, de auditoría pública²²⁵.

El recién modificado apartado Uno del artículo 9 LOTCu, por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo²²⁶, introducen previsiones novedosas, como el de *transparencia*, el referido artículo señala «La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género». La Ley Orgánica 3/2015, incluye conceptos en auge como la transparencia, rendición de cuentas, buen gobierno como marco de referencia a la gestión pública, que se ha visto desbordada en estos últimos años debido a la crisis

²²⁴ LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, David: «El control (...)», *Op. cit.*, p. 8.

²²⁵ NAVAS VÁSQUEZ, Rafael: «Mesa Redonda: “El Tribunal de Cuentas y los OCEX”», *Revista de Control Externo*, n° 12, t. 1, 2002, p. 57.

²²⁶ Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. El apartado Uno del art.9 LOTCu se modificó por el apartado 5 del art. 3 de la Ley Orgánica 3/2015, que se refiere a la modificación de la LOTCu.

económica, las políticas de austeridad y la corrupción que ha ido minando la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

Conforme a la nueva redacción del artículo 9 LOTCu, el Tribunal de Cuentas afronta un nuevo reto para que la fiscalización de la gestión económico-financiera del sector público este a la altura de los tiempos y lidere los procesos de cambio hacia un mayor grado de transparencia²²⁷ y control de la gestión pública; pues tal como se ha dicho, la gestión pública solamente podrá ser eficaz y eficiente, como exigen los artículos 31.2²²⁸ y 103.1²²⁹ CE, cuando sus objetivos, líneas de actuación, medios y recursos y los resultados obtenidos puedan ser conocidos, en tiempo y forma adecuados, analizados y valorados por la sociedad y por los ciudadanos, destinatarios de dicha gestión²³⁰, lo cual implica la puesta en práctica de procedimientos de control.

Regresando al tema de las funciones del Tribunal de Cuentas, son tres notas claramente diferenciadas lo que caracteriza sus funciones: fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público (artículo 2.a) LOTCu):

1. Es una fiscalización *externa*, porque la realiza un órgano ajeno al sujeto fiscalizado de manera autónoma e independiente, a diferencia del control interno que llevan a cabo los órganos de la propia Administración pública.
2. Constituye una función *permanente*, o sea, de manera continuada en el tiempo.

²²⁷ El principio de transparencia ha de plasmarse en que toda la información derivada de la gestión económico-presupuestaria pública llegue a la sociedad de la información (ciudadanos, empresas, universidades...) de forma inteligible y estructurada, periódica y puntualmente, y a través de medios que permitan la accesibilidad por todos los colectivos, y desde cualquier dispositivo fijo o móvil, y la reutilización de la misma. Sin duda, más allá de los medios tradicionales (publicación en el *BOE*, publicaciones en soportes físicos...), Internet constituye un cauce a través del cual la información puede llegar a los ciudadanos de forma generalizada y accesible. ALCALDE HERNÁNDEZ, Carlos: «Transparencia y acceso a la información económico-financiera del sector público», *Revista Española de Control Externo*, Vol. XIV, nº 42, septiembre, 2012, p. 21.

²²⁸ Artículo 31.2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

²²⁹ Artículo 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

²³⁰ Cfr. ALCALDE HERNÁNDEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 17.

3. Se articula mediante una función *consuntiva*, es decir, *a posteriori* o *ex post facto*, ya que la misma se realiza una vez se han ejecutado los programas de ingresos y de gastos públicos objeto de la correspondiente fiscalización.

La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se extiende al examen y comprobación de la Cuenta General del Estado, por delegación de las Cortes Generales y en general, a toda la actividad económico-financiera del sector público, afectado, en particular: a) Los contratos celebrados por la Administración del Estado y las demás Entidades del sector público en los casos en que así esté establecido o que considere conveniente el Tribunal. b) La situación y las variaciones del patrimonio del Estado y demás Entidades del sector público. c) Los créditos extraordinarios y suplementarios, así como las incorporaciones, ampliaciones, transferencias y demás modificaciones de los créditos presupuestarios iniciales (art. 11 LOTCu).

También está facultado para examinar y comprobar las cuentas de los perceptores de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas (apartado dos, art. 4 LOTCu). Asimismo, corresponde al Tribunal de Cuentas la fiscalización de la actividad económico-financiera de los partidos políticos inscritos en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior, así como la de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos²³¹.

Respecto a la fiscalización de la actividad económico-financiera de los partidos políticos²³², así como la de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos, debe destacarse que con la aprobación de Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, se adoptaron muchas medidas que se consideran imprescindibles, en el

²³¹ Párrafo segundo del apartado 1 del artículo 1 LOTCu. Introducido por el número uno del artículo tercero de la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos.

²³² Los partidos políticos, tal y como señala la Constitución Española, expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, ya reconoció que los partidos políticos son entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución. Preámbulo Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo.

momento actual, para someterlos a más mecanismos de control y mayores exigencias de transparencia.

Si bien, la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que se ocupa de un aspecto clave e indispensable de su funcionamiento como el de la obtención de recursos para el desarrollo de su actividad, recientemente se había reformado por la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre²³³, con la finalidad de combinar adecuadamente la suficiencia de ingresos y la austeridad, reforzar los mecanismos de control de la financiación de los partidos políticos e incrementar la transparencia que debe inspirar su actuación²³⁴; sin embargo, el Tribunal de Cuentas ante las críticas de la ciudadanía cada vez que aparece un nuevo caso de corrupción entre la clase política, denunciaba la falta de «mecanismos» para poder controlar las cuentas de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos y las donaciones que reciben, ya que estos entes no se acogen a la regulación propia de los partidos, también reclamaba la posibilidad de que se pudiera cruzar la información que los partidos políticos rinden al Tribunal de Cuentas cada año con la que poseen otras instituciones públicas, para realizar una investigación mucho más profunda. Además, la corrupción ha ido incrementando la desconfianza de la ciudadanía en las instituciones que sostienen el sistema de democracia de partidos y democracia representativa, por lo que fue necesario la adopción de otra ley, que recogiera las denuncias y solicitudes del Tribunal de Cuentas incluyendo nuevas medidas de vigilancia de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, de las fundaciones y de las asociaciones vinculadas a los mismo, así como a las donaciones que reciben, con la finalidad de avanzar aún más en la transparencia y control al que han de estar sometidos, para ello, se aprobó la Ley Orgánica 3/2015, la cual se divide en tres artículos así:

En el artículo primero se introducen numerosas novedades en el régimen de financiación de partidos políticos, entre las que cabe destacar la mejora de la regulación

²³³ Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

²³⁴ La Ley Orgánica 3/2015 de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos supone la modificación de, además de las dos leyes citadas, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular; la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y por último, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Preámbulo Ley Orgánica 3/2015.

del cauce a través del cual han de realizarse las donaciones; la clarificación del concepto de donación a un partido político, la referencia a la recepción de éstas mediante mecanismos de financiación participativa, la previsión de supuestos de devolución de donaciones indebidas y de ingreso en el Tesoro; la prohibición de donaciones a los partidos políticos procedentes de personas jurídicas y de condonaciones de deuda por entidades de crédito; la ampliación de la información económica y contable que, de acuerdo con el principio de transparencia, los partidos políticos y las fundaciones y entidades vinculadas o dependientes de ellos han de hacer pública; la regulación de la figura del responsable de la gestión económico-financiera y su comparecencia ante la Comisión Mixta del Tribunal de Cuentas; la obligatoriedad para los partidos de aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación y establecimiento de los principios en los que habrá de inspirarse aquella actividad; la introducción en materia de financiación, junto a las faltas muy graves, de faltas graves y leves y sus correspondientes plazos de prescripción; la previsión de sanciones para cada tipo de infracción; o la especificación de las circunstancias que determinan la existencia de «vinculación» de una fundación o de una asociación a un partido²³⁵.

En el artículo segundo, se procede a la modificación de algunos preceptos de la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Así, se reconoce a todos los ciudadanos de la Unión Europea, la capacidad para crear partidos políticos.

En el artículo tercero, se introducen previsiones novedosas en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas. Cabe destacar en este sentido la referencia a que la función fiscalizadora se extienda a verificar el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de transparencia, sostenibilidad ambiental e igualdad de género, la atribución de potestad reglamentaria a esta institución, en lo atinente a su auto-organización, así como la posibilidad de que se establezcan fórmulas de colaboración entre el Tribunal y determinados organismos públicos y entidades de crédito, para la obtención de la información necesaria para la correcta fiscalización de las cuentas de los partidos políticos y fundaciones y entidades vinculadas.

²³⁵ Cfr. Preámbulo Ley Orgánica 3/2015.

II 5.2.2. Tipos de fiscalización externa

La fiscalización externa define los objetivos que se pretenden conseguir y, en función de ellos, suelen distinguirse los siguientes tipos:

a) Fiscalización de cumplimiento, cuyo objetivo es verificar el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, estatutarias y de procedimiento aplicables identificadas como marco legal a que está sometida la gestión económico-financiera de la entidad, actividad o programa que se fiscaliza. «Las fiscalizaciones de cumplimiento se llevan a cabo evaluando si las actividades, operaciones financieras e información cumplen, en todos los aspectos significativos, con las normas que rigen a la entidad auditada. Las disposiciones normativas son el elemento más importante de la fiscalización de cumplimiento, ya que la estructura y contenido de las normas conforman los criterios objetivos de la auditoría y, por lo tanto, son la base para la ejecución de los trabajos de fiscalización»²³⁶.

b) Fiscalización financiera, cuyo objetivo es emitir una opinión sobre la fiabilidad de la información que suministran los estados financieros de una entidad en función de su adecuación a los principios, criterios y normas contables de aplicación a la misma.

c) Fiscalización operativa o de gestión, cuyo objetivo es proporcionar una valoración, total o parcial de las operaciones y de los sistemas y procedimientos de gestión de la entidad, programa o actividad fiscalizada en cuanto a su racionalidad económico-financiera y su sometimiento a los principios de buena gestión, pudiendo referirse tal valoración a la adecuación de los sistemas y procedimientos de gestión con respecto a los objetivos que deben cumplir – fiscalización de sistemas y procedimientos- o al grado de cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia y economía²³⁷.

²³⁶ MARTÍN NÁJERA, Santiago Adolfo y RODRÍGUEZ PÉREZ, Rosario P.: «Desafíos en la fiscalización de la contratación pública. Efectos de la falta de transposición de las directivas de contratos», *Auditoría Pública*, nº 67, junio, 2016, p. 24.

²³⁷ Datos procedentes del Portal Tribunal de Cuentas, enlace fiscalización, en línea: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/fiscalizacion/funcion-de-fiscalizacion/> [Consultado 18 de septiembre de 2015].

Si se combinan distintos tipos de fiscalización, se habla de fiscalizaciones de regularidad –la que persigue, conjuntamente, los objetivos de las fiscalizaciones de cumplimiento y financiera o, de fiscalizaciones integrales – las que abarcan todos los tipos de fiscalización referidos anteriormente²³⁸.

También existen las fiscalizaciones horizontales, que son aquellas cuyo ámbito subjetivo abarca una pluralidad de entidades del mismo o de distinto subsector público con características comunes y los mismos objetivos y ámbito temporal para todas ellas, pudiendo ser de cualquiera de los tipos de fiscalizaciones a los que se acaba de hacer mención²³⁹.

Además, el Tribunal de Cuentas podrá recabar y utilizar, para el ejercicio de su función fiscalizadora, los resultados de cualquier función interventora o de control interno que se haya efectuado en las entidades del sector público o los de la fiscalización externa de los correspondientes órganos de las Comunidades Autónomas en la forma establecida en la LFTCu²⁴⁰.

El Tribunal de Cuentas debe remitir a las Cortes Generales el resultado de esta fiscalización (art. 12.1 LOTCu), donde son objeto de examen y debate en la Comisión y en el Pleno. En los dichos informes el Tribunal de Cuentas propondrá las medidas a adoptar, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público (art. 14 LOTCu) y hará constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiera incurrido y de las medidas para exigirla (art. 12.2 LOTCu)²⁴¹.

Cuando la actividad fiscalizadora se refiere a las Comunidades Autónomas o a Entidades que de ellas dependan, el informe se remitirá, asimismo, a la Asamblea Legislativa de la respectiva Comunidad y se publicará también en su «Boletín Oficial». (art.12, apartado 2, LOTCu).

²³⁸ *Ibidem*, [Consultado 18 de septiembre de 2015].

²³⁹ *Ibidem*, [Consultado 18 de septiembre de 2015].

²⁴⁰ Artículo 27.2 LFTCu.

²⁴¹ STC 187/1988, de 17 de octubre.

Por último, no debemos perder de vista que la principal diferencia entre el control interno y el externo, radica en el momento en que el control se ejerce, «en el control interno, al existir un control previo al acto que se controla, permite que pueda evitarse que el acto se realice si se considera contrario a las normas que deben informar el mismo, mientras que el control externo siempre se produce a posteriori y por tanto, nunca puede operar respecto a la eficacia del acto, aunque pueda llegar a cuestionar su validez»²⁴²

II.5.2.3. Efectos de los resultados de la función fiscalizadora

Los resultados de fiscalización del Tribunal de Cuentas se expone por medio de Informes o Memorias ordinarias o extraordinarias y de Mociones o Notas que se elevan a las Cortes Generales y son públicos, desde el momento de su aprobación y remisión a las Cortes Generales o en su caso, a las Asambleas Legislativas de las respectivas Comunidades Autónomas, donde son objeto de examen y debate en Comisión y en el Pleno, siendo su destino final la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (BOE).

Si bien, los resultados de la fiscalización son públicos y pueden ser consultados por cualquier ciudadano, sin embargo, como lo señala PASCUAL GARCÍA por su carácter técnico y por la propia complejidad de la gestión económico-financiera sobre la que recaen, resultan escasamente comprensible por el gran público, lo que supone un obstáculo para el control social al que debiera conducir su conocimiento²⁴³. No obstante, el carácter público de los Informes de fiscalización y la publicidad otorgada a sus contenidos contribuyen a fomentar e impulsar la transparencia en la gestión pública²⁴⁴.

La Fundación ¿Hay Derecho? inició en el 2015 una serie de estudios comparativos sobre algunas instituciones claves en España, el primero de ellos dedicados al Tribunal de Cuentas y respecto a los informes de este organismo, expresó:

²⁴² RODRIGUEZ CASTAÑO, Antonio-Ramón. *Op. cit.*, p. 136.

²⁴³ PASCUAL GARCÍA, José: «Actividad fiscalizador del Tribunal de Cuentas: comentario sobre la declaración definitiva de la Cuenta General del Estado del año 1996», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1, nº 1, 1999, p. 183.

²⁴⁴ NÚÑEZ PÉREZ, Manuel: «Relaciones del control externo con el Poder legislativo», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 8, nº 23, 2006, p. 130.

«Los informes del tribunal español, además de mucho más caros son bastante menos útiles, no solo porque se entienden mal, son excesivamente largos y contienen poca información relevante para ejercer la función de control, sino porque nadie se preocupa de realizar un seguimiento exhaustivo sobre las recomendaciones que recogen. Y, por último, se retrasan mucho, lo que rebaja su utilidad de forma significativa. La publicación del informe anual sobre la Cuenta General del Estado se realiza un año más tarde que en otros países; los informes sobre los partidos políticos y sus fundaciones llevan una demora de 2 años —hasta hace poco eran 5, pero la presión de la opinión pública ha acelerado el proceso— mientras que en Finlandia, por ejemplo, se publican a los cinco meses del cierre del ejercicio»²⁴⁵.

Por otra parte y como se indicó, la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas no es sino una *actividad técnico-informativa*, a través de la que expresa su opinión y se materializa en la aprobación y publicación de los Informes, Memorias, Mociones y Notas con destino a las Cortes Generales para que estas ejerzan el *control político*. De aquí, que dichos informes no tengan el carácter de *vinculantes*, pues ni el Tribunal de Cuentas ni las Cámaras legislativas ejercen función jurisdiccional alguna.

El Tribunal de Cuentas actúa en el ejercicio de su función fiscalizadora prevista en los artículos 2 a) y 9 y ss. LOTCu, distinta de su función jurisdiccional o de enjuiciamiento contable, a la que se refiere los artículos 2 b) y 15 y ss. de LOTCu. Por su parte, las Cortes Generales, es un órgano del Estado cualificado por su condición política, pero nunca órgano jurisdiccional. El control político no tiene como finalidad la de controlar las producciones jurídicamente objetivadas del poder, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivo de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico, por lo que el ejercicio de la actividad fiscalizadora propiamente dicha, no puede ser susceptible de control por ningún orden jurisdiccional²⁴⁶, lo cual no significa, que la

²⁴⁵ AHORA, periódico semanal: Ninguna sanción por los escándalos de los partidos. La politización del Tribunal de Cuentas español no es una sorpresa, pero quizás lo sea más descubrir que tampoco resulta barato, Elisa de la Nuez / Carlota Tarín, 05/02/2016, Número 20, en línea: <https://www.ahorasemanal.es/ninguna-sancion-por-los-escandalos-de-los-partidos> [Consultado 26 de octubre de 2016].

²⁴⁶ Como afirma ARAGON REYES «Precisamente porque el control político se basa en la capacidad de una voluntad para fiscalizar e incluso imponerse a otra voluntad, la relación que ha de darse entre los

conclusiones y recomendaciones formuladas como consecuencia de la realización de una fiscalización carezcan de eficacia, puesto que no es sino una característica acorde con su propia naturaleza y con el destino previsto para sus resultados²⁴⁷.

Por ello, en palabras de MEDINA GUIJARRO «no puede atribuirse a los Informes y Memorias un valor o eficacia de la que carecen, ni tampoco afirmar que impiden o sustituyen el control político que corresponde a las Cortes Generales. En efecto: a) las conclusiones de estos Informes no son vinculantes para los Tribunales, ni pueden afectar a las resoluciones judiciales (vid. Fundamento Jurídico 1º del Auto del Tribunal Constitucional 664/1984, de 7 de noviembre), y b) los Informes o Memorias no son asimilables a las Sentencias dictadas por Jueces y Tribunales, pues ni constatan una situación jurídica, ni la dotan de firmeza (con los efectos inherentes a dicha declaración), ni, menos aún, constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas, como ocurre con las sentencias declarativas o constitutivas. En este sentido, ningún procedimiento de fiscalización impide o dificulta, en absoluto, las funciones del Gobierno o de las Cortes Generales, pues siempre tiene lugar ex post, es decir, una vez que se ha realizado la actividad sujeta a control y, además, sin interferencia alguna en el ejercicio de dichas funciones»²⁴⁸.

Esta circunstancia, en modo alguno impide hacer exigible otro tipo de responsabilidades que puedan surgir, si como consecuencia de esa fiscalización, se detectan las que luego pueden resultar infracciones determinantes de responsabilidades personales, sean estas civiles, administrativas, penales o contables en las que puedan haber incurrido las personas y entes que tengan a su cuenta el manejo de caudales públicos.

agentes y los objetos de control no estará basada en la independencia (pues entonces no podría existir tal capacidad de fiscalización e, incluso, imposición), sino en la superioridad y el sometimiento, en sentido lato, que abarca tanto al principio de supremacía como al de jerarquía. Un control subjetivo (y en ese sentido no “neutral o “imparcial”) como es el control político sólo puede fundamentarse, pues, en la existencia de dicha relación. El sujeto de poder o el órgano (o las autoridades que lo integran) que ejercen el control han de ostentar, necesariamente, una situación de supremacía o jerarquía sobre el órgano (directa o indirectamente) controlado. La actuación del uno puede limitar la actuación del otro, no porque posea una “especial condición” (control jurídico), sino porque tenga un “mayor peso” (control político). En tal sentido, lo que aquí se manifiesta son “balances” y no “cheks”. ARAGÓN REYES, Manuel. El control parlamentario como control político, p. 4, en línea:

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/641/4.pdf> [Consultado 8 de mayo de 2016].

²⁴⁷ Cfr. NÚÑEZ PÉREZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 128.

²⁴⁸ MEDINA GUIJARRO, Javier: «La función fiscalizadora ... », 2007, p. 21.

Si bien, el Tribunal de Cuentas en su función fiscalizadora, no tiene competencia para el ejercicio de la función de enjuiciamiento contable, precisamente, uno de los aspectos en los que se manifiesta la eficacia de la función del control externo, es a través de las medidas correctoras que sobre una indebida actuación son adoptadas en vía jurisdiccional, exigiendo las responsabilidades contables que se hubieren derivado en la gestión analizada y restableciendo el patrimonio público en la parte que se hubiese minorado y, que la fuente más importante de activación de la misma, debe ser el desarrollo de la fiscalización por el Tribunal de Cuentas o los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas²⁴⁹, tema que será tratado en el siguiente capítulo.

II.5.3. Control externo ejercido por el Parlamento

Uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado democrático es el del sometimiento de toda la actividad pública a control y responsabilidad²⁵⁰. En el sistema parlamentario español el Gobierno es investido por el Parlamento y por tanto, tiene una legitimidad democrática indirecta y como consecuencia de ello, le corresponde al Parlamento de manera esencial la función de control del Gobierno y la exigencia de responsabilidad política.

Según el artículo 66.1 CE es función de las Cortes Generales²⁵¹ ejercer el control de la actividad presupuestaria del Gobierno²⁵². Se trata esencialmente de un control político que se concreta en la aprobación de los objetivos de estabilidad presupuestaria, la aprobación del presupuesto, la aprobación de créditos extraordinarios y de

²⁴⁹ NÚÑEZ PÉREZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 130.

²⁵⁰ La Constitución española de 1978 determina que los poderes públicos emanan del pueblo español (art. 1.2 CE) que se encuentra representado en la Cortes Generales (art. 66.1. Ce) de donde nace el Ejecutivo (art. 99 y 100 CE).

²⁵¹ «Cortes Generales es el nombre oficial del Parlamento español, compuesto de dos Cámaras (Congreso de los Diputados y Senado). Este nombre es el tradicional en España: las asambleas medievales de diversos reinos peninsulares se denominaban Cortes. Y este es también el nombre que este mantuvo en la mayoría de las constituciones del siglo XIX y el que han adoptado diversos Parlamentos autonómicos». Página Web: SENADO de España:

<http://www.senado.es/web/conocersenado/temasclave/cortesgenerales/index.html> [Consultada 4 de agosto de 2016]. En la dictadura de Franco, las *Cortes franquistas*, oficialmente denominadas *Cortes Españolas*, fueron una institución de la dictadura franquista creada el 17 de julio de 1942.

²⁵² Artículo 66.1 CE: Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. 2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

suplementos de crédito, la aprobación de la Cuenta General del Estado y la aprobación de los informes del Tribunal de Cuentas.

La función de control político del Legislativo sobre la actividad presupuestaria, no es en manera alguna una supervisión de las competencias ejecutivas del Gobierno de tal manera que llegue a sustituir o interferir su capacidad de actuación. Se trata del principal mecanismo con el que cuenta el Poder legislativo, a través del que canaliza y establece el control económico-financiero del Gobierno, ejercido por y en el Parlamento con relación a la ejecución presupuestaria²⁵³.

Ahora, conforme con lo establecido en el artículo 66.1 CE, una vez los Presupuestos se han aprobado por parte de las Cortes Generales, corresponde a estas también la *facultad de control sobre la ejecución del presupuesto*. Cabe señalar que el control parlamentario de la *ejecución del presupuesto*, constituye la última fase de los procedimientos presupuestarios del Sector Público.

II.5.3.1. Clases de control Parlamentario sobre la ejecución del presupuesto

El control Parlamentario o político sobre la ejecución del presupuesto puede ser de dos clases, en función del momento en que se verifica el control: Control parlamentario concomitante y control parlamentario a posteriori.

El control parlamentario concomitante realizado durante la ejecución del Presupuesto utilizando los medios ordinarios de control parlamentario, preguntas que los diputados y senadores pueden dirigir al Gobierno, las interpelaciones al Gobierno, mociones, comisiones de investigación etc., como los medios específicos previstos en el artículo 135 LGP, que consisten en el envío por la IGAE, con periodicidad mensual, a la comisiones de presupuestos del Congreso de los Diputados y del Senado, de información sobre la ejecución de los presupuestos.

Adicionalmente, el artículo 136 de la LGP establece la obligación para la IGAE de publicar en el BOE un resumen de los principales estados y documentos que

²⁵³ POZUELO MEÑO, Isabel: «Las relaciones del poder legislativo y las instituciones de control externo», *Auditoría Pública*, nº 49, 2009, p. 24.

conformen la Cuenta General del Estado, sin perjuicio de la posibilidad de publicar también en cualesquiera otros medios, con periodicidad mensual, la información relativa a las operaciones de ejecución del presupuesto del Estado y de sus modificaciones, así como las operaciones de tesorería y las demás que se consideren de interés general²⁵⁴.

El control parlamentario a posteriori de la ejecución del presupuesto tiene su expresión más clara consiste en el examen y la aprobación de la Cuenta General del Estado²⁵⁵. La regulación de la Cuenta General de Estado se contiene en los artículos 130 a 132 LGP.

La Cuenta General del Estado constituye un reflejo de todas las operaciones presupuestarias, patrimoniales y de tesorería tanto del Estado como de sus Organismos autónomos, a partir de las cual puede obtenerse una visión integrada de la total actividad financiera de los entes que la componen más completa que la que puede ofrecer cualquier otro documento²⁵⁶.

De acuerdo con el procedimiento señalado por la LGP, corresponde a la IGAE la formación de la Cuenta General del Estado y su elevación al Gobierno para su remisión al Tribunal de Cuentas²⁵⁷, este a su vez, por delegación de las Cortes Generales, procederá a examinar y comprobar la Cuenta General del Estado²⁵⁸. El Pleno del Tribunal, oído el fiscal, dictará la declaración definitiva sobre la Cuenta General del Estado y acuerda su elevación a las Cortes Generales, acompañada de un ejemplar de la Cuenta General, dando traslado al Gobierno²⁵⁹.

²⁵⁴ Cfr. CORCUERA TORRES, Amable. *Op. cit.*, p. 28.

²⁵⁵ La Cuentas General del Estado se formará mediante la consolidación de las cuentas anuales de las entidades que integran el sector público estatal y comprenderá el balance consolidado, la cuenta del resultado económico patrimonial consolidada, el estado de cambios en el patrimonio neto consolidado, el estado de flujos de efectivo consolidado, el estado de liquidación del presupuesto consolidado y la memoria consolidada (art. 130 LGP).

²⁵⁶ PASCUAL GARCIA, José: «Actividad fiscalizadora ... », 1999, p. 186.

²⁵⁷ Artículo 131.1 LGP: «La Cuenta General del Estado de cada año se formará por la Intervención General de la Administración del Estado y se elevará al Gobierno para su remisión al Tribunal de Cuentas antes del día 31 de octubre del año siguiente al que se refiera».

²⁵⁸ El examen y comprobación de la Cuenta General del Estado constituye una función primordial del Tribunal de Cuentas que debe realizar por expreso mandato constitucional (art. 136.1 CE).

²⁵⁹ Artículo 132 LGP: «El Tribunal de Cuentas, por delegación de las Cortes Generales, procederá al examen y comprobación de la Cuenta General del Estado dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que las haya recibido. El Pleno, oído el Fiscal, dictará la declaración definitiva que le merezca para elevarla a las Cámaras con la oportuna propuesta, dando traslado al Gobierno».

Ahora, la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se refiere al sometimiento de la actividad económico-financiera del Estado y del sector público a los principios de legalidad y de buena gestión financiera (economía, eficacia y eficiencia). Los resultados de la fiscalización se exponen mediante informes, memorias, mociones y notas, que se aprueban por el Pleno del Tribunal y se elevan a las Cortes Generales y, en lo que les afecte, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a los Plenos de las Corporaciones locales²⁶⁰.

En cuanto a la fiscalización externa ejercida por el Tribunal de Cuentas, hay que advertir que dicha fiscalización *es una función técnica previa a la función política de las Cortes*, que tiene una doble condición: por un lado de documento de relevancia técnica propia, que goza de validez y de presunción de veracidad con relación al estado contable y de la gestión pública: y de otro, de presupuesto o fundamento instrumental básico para que el parlamento pueda efectuar el control político. Dentro de este contexto, NÚÑEZ PÉREZ añade «el reconocimiento de la iniciativa fiscalizadora al Tribunal de Cuentas, compartida con la atribuida a las Cortes Generales y, en su ámbito, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, es una manifestación más de la independencia funcional del Tribunal de Cuentas respecto al Parlamento, al que se remite el Programa anual de Fiscalizaciones, aprobado por el Pleno del Tribunal, en el ejercicio de las atribuciones reconocidas en su propia legislación y que no requiere ser posteriormente aprobado o ratificado por las Cortes Generales para adquirir vigencia»²⁶¹.

En ese orden tenemos que el Tribunal de Cuentas realiza la fiscalización técnica-informativa de la gestión económica del Estado y del sector público, por delegación de las Cortes Generales, para que sobre los resultados obtenidos, el Parlamento pueda efectuar el control político que le corresponde²⁶². Son las Cortes Generales, en ejercicio

²⁶⁰ <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/historia/saber-mas.html> [Consultado 21 de mayo de 2016].

²⁶¹ NÚÑEZ PÉREZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 126.

²⁶² El Tribunal de Cuentas elabora informes en los que examina, analiza y valora la gestión económica realizada por la entidad fiscalizada. Los resultados de la fiscalización se exponen mediante informes, memorias, mociones y notas, que se aprueban por el Pleno del Tribunal y se elevan a las Cortes Generales y en lo que les afecte, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a los Plenos de las Corporaciones locales. El destinatario final de dichos informes, junto a la entidad fiscalizada, son las Cortes Generales (y en su ámbito territorial, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas), sobre el cual pueda ejercer el control político. Portal Tribunal de Cuentas Español, en línea:

de su función de control político del Gobierno, las encargadas de pronunciarse, durante todo el ciclo presupuestario, sobre la suficiencia o insuficiencia de la documentación remitida por el Gobierno, y son ellas las encargadas de pedir al Gobierno que subsane, en su caso, las deficiencias que pudiera advertir en el curso mismo del ciclo presupuestario, o de solicitar cuantas comparecencias parlamentarias aclaratorias considere necesarias²⁶³.

«Este control parlamentario o político no solo se hace a la luz de los criterios técnicos que previamente ha utilizado el Tribunal de Cuentas en sus Informes – principio de legalidad, economía, eficacia–, sino también, y con ello se abre paso la dimensión política del Parlamento, a la luz de su propio ideario y principios políticos, pues en este tipo de control no es únicamente ejercido por la mayoría parlamentaria, frecuentemente vinculada y condescendiente con la posiciones mantenidas por el Gobierno, sino que es en el desarrollo de los debates parlamentarios cuando adquiere protagonismo las minorías, caso en el cual dejan constancia pública de su valoración de la gestión llevada a cabo por el Poder ejecutivo»²⁶⁴.

Pero el análisis de su contenido por las Cortes Generales no concluye con una aprobación formal de dichos Informes, sino con la adopción de las pertinentes resoluciones que los grupos parlamentarios estimen oportuno adoptar a la luz de las conclusiones y recomendaciones expuestas por el Tribunal de Cuentas²⁶⁵.

<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/historia/saber-mas.html> [Consultado 21 de mayo de 2016].

²⁶³ VICENTE MARTÍN, Ciriaco de, VEGA BLÁZQUEZ, Pedro y SANCHEZ DEL AGUILA, Miguel Ángel: «Las competencias del Tribunal de Cuentas en relación con el proceso de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y el Principio de Transparencia», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 9, nº 25, 2007, p. 79.

²⁶⁴ NUÑEZ PÉREZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 127. Agrega MARTÍNEZ LAGOS «Respecto de ambas formas de control —aunque se perciba más en relación con el desempeño de un control concomitante—, debe de entrada señalarse que nuestro Derecho parlamentario, tanto el estatal como el autonómico, está influenciado por los principios de la mayoría parlamentaria y de defensa de la estabilidad del sistema político. El control que las Cámaras pueden ejercer, por tanto, se corresponde con un modelo de parlamentarismo racionalizado que persigue corregir los excesos en las funciones encomendadas al órgano legislativo, limitando las facultades de control o atribuyéndolas a quien ostente la mayoría parlamentaria (Embidi 1992)». MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel: «El control parlamentario sobre el presupuesto público», *Presupuesto y Gasto Público*, nº 48, 2007, p. 138.

²⁶⁵ NUÑEZ PÉREZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 126.

II.5.3.2. Efectos de las decisiones del control Parlamentario

Adviértase que, el control político realizado por el Parlamento no comporta consecuencias jurídicas en relación con la permanencia del Gobierno fiscalizado. Los instrumentos de control son, principalmente, las preguntas²⁶⁶, interpelaciones²⁶⁷ y Comisiones de investigación²⁶⁸. El control político realizado por el Parlamento es de carácter subjetivo, disponible y no necesariamente preexistente. El carácter subjetivo le otorga al control Parlamentario una tal variación, indeterminación y libertad que difícilmente puede asimilarse al control jurídico, que está formado por normas de derecho y en consecuencia, indisponible y preexistente (objetivado).

A diferencia del control judicial, la interpretación que hace el Parlamento es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con métodos jurídicos²⁶⁹. Por tal motivo, las decisiones de control no son vinculantes, dado que no se toman por

²⁶⁶ Constituyen un importante medio de control del Gobierno y de la Administración. Son de diferente clase en función de la respuesta que se pretenda del Gobierno: escritas, orales en Comisión y orales en Pleno. Cobra especial importancia la "copia" del modelo británico del *question time* en el Derecho Parlamentario español (art. 111 CE), especialmente, en el Congreso de los Diputados, donde se dedica la primera hora de tarde de los miércoles a las preguntas al Gobierno y se miden las fuerzas "personales" de los líderes y principales colaboradores del Gobierno y de la oposición. También su presencia en los medios de comunicación ha acrecentado la importancia de este debate, amén de que es cada vez más de "cuerpo a cuerpo", acompañado de la algarabía de los diputados de uno u otro signo. Ello ha permitido adecuar, en parte, la vida parlamentaria a la vida social del país. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «El control parlamentario del Gobierno en España», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 2006, p. 120, en línea: <http://bddoc.csic.es:8080/detalles.html?id=637076&bd=JURIDOC&tabla=docu> [Consultado 5 de mayo de 2016].

²⁶⁷ Constituyen unas preguntas de política general, es decir, son preguntas no tan concretas sino que encierran el control sobre una cuestión más genérica. Se trata, empero, de una definición que pretende efectuar un deslinde entre pregunta e interpelación que, a menudo, en la práctica es difícil de realizar dependiendo más bien de la voluntad de su proponente. De nuevo aquí se produce un debate, al que puede seguir la presentación de propuestas de resolución respecto de la cuestión debatida. Por tanto, lo que se inicia como un instrumento de simple fiscalización puede concluir como una actuación parlamentaria de impulso de la acción de gobierno. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. *Op. cit.*, pp. 120-121.

²⁶⁸ Su importancia hace que la Constitución les dedique un precepto singular, el art. 76, donde señala que pueden constituirse sobre cualquier asunto de interés público. Son Comisiones políticas y, por tanto, no vinculan a los Tribunales, aunque sus decisiones constituyen el "juicio político" de la Cámara sobre una determinada cuestión. Respecto de ellas pueden destacarse los siguientes aspectos: a) Su propia constitución constituye ya un problema puesto que mientras que la oposición siempre está abierta a que se creen este tipo de Comisiones, el Gobierno es reacio a ello, dado que su misma creación produce ya un efecto o eco en la opinión pública. b) Se caracterizan principalmente por la comparecencia ante ellas de personas, que se hallan obligadas, bajo sanción penal, a atender a su requerimiento. Incluso, normalmente, la presencia de los requeridos lleva consigo un gran eco en los medios de comunicación social. c) Concluyen sus trabajos con un dictamen que es la posición de la mayoría. Se acompañan los votos particulares que son la posición de la oposición parlamentaria. Su actuación ha sido muy destacada, basta citar la Comisión de Investigación del Congreso de los Diputados sobre el 11-M y los avatares sufridos por la misma, tanto respecto de las comparecencias como en relación con las conclusiones y votos particulares con que finalizó. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. *Op. cit.*, p. 121.

²⁶⁹ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel. *Op. cit.*, p. 9.

la fuerza del Derecho, sino de los “votos”, no es la decisión de un órgano jurídico sino político, es una decisión enteramente libre y no objetivamente “vinculada”, es decir, no sometida a las reglas contrastables que presiden la interpretación –aplicación de las normas²⁷⁰ y por lo mismo, no posee efectos sancionatorios, lo que conlleva a que el Gobierno incumpla o retrase indebidamente el cumplimiento de las decisiones del Parlamento.

Así lo resalta RAZQUIN LIZARRAGA expresando lo siguiente «el Parlamento adopta decisiones de índole política bien como impulso de la acción de gobierno como también de control. El problema se encuentra en que dichas decisiones parlamentarias vinculan sólo políticamente (no jurídicamente) al Gobierno. Esto provoca que el Gobierno incumpla o retrase indebidamente el cumplimiento de las decisiones del Parlamento. Los nuevos Reglamentos parlamentarios atendiendo a esta preocupación están arbitrando fórmulas de evaluación ex post de la actuación del Gobierno en cumplimiento de las decisiones parlamentarias no sólo en el ámbito de la denominada evaluación legislativa sino también de la evaluación del cumplimiento de las demás resoluciones parlamentarias»²⁷¹.

La carencia de efectos vinculantes, la ausencia de sanción, en sentido estricto, no significa que desaparezcan los efectos políticos, sino que tienen capacidad de operar de manera indirecta (erosionando al órgano o a la mayoría política que lo sustenta, incitando a la crítica que realiza la opinión pública, alertando al cuerpo electoral, etc.)²⁷².

Dentro de este contexto ha de considerarse, que si del control ejercido por el Parlamento surgen responsabilidades políticas de los responsables al frente de la Administración, como consecuencia de los hallazgos del proceso de fiscalización de la gestión del gasto público, pueden ser exigidas en sede parlamentaria. Esto significa, que es un juicio de oportunidad y una valoración política que hace el Parlamento del funcionamiento del Gobierno y la Administración, expresado una opinión crítica al respecto, que es distinta a las responsabilidades y consecuencias administrativas, civiles

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 9.

²⁷¹ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. *Op. cit.*, p. 123.

²⁷² Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel. *Op. cit.*, p. 11.

o penales, que de una gestión inadecuada de los fondos públicos se deriven, las que se exigen a través de propio cauce jurisdiccional con los que se dispone.

De acuerdo con el análisis realizado a lo largo de este capítulo, no cabe la menor duda que la legislación española cuenta con diversos mecanismos de tipo jurídico y técnico tanto internos como externos²⁷³, para ejercer controles sobre la gestión económico-financiera del sector público y garantizar que se cumpla con su legalidad, desde el punto de vista económico y financiero, suficientes para prevenir y contrarrestar la corrupción pública y el menoscabo de los caudales públicos.

Sin embargo, los constantes escándalos de corrupción pública ponen en evidencia, la falta de eficacia de los de las Instituciones de Control Externo (ICEX) para prevenir y combatir la corrupción pública, fundamentalmente la corrupción política o institucional a la que se hará referencia enseguida, como una de las principales causas del menoscabo de los caudales públicos.

II.6.1. La corrupción pública una de las principales causas

No cabe la menor duda que una de las principales causas del menoscabo de los caudales públicos es la corrupción pública, situación que se ha incrementado según el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), de febrero de 2017, la preocupación por corrupción y la mala situación política de España se anota un 37,3%, 3.5 puntos más que en el sondeo anterior. Las 2.487 entrevistas en las que se basa el estudio se realizaron entre el 1 y el 9 de febrero, tras el final del juicio de las tarjetas *black* y cuando estaban declarando los principales encausados de la trama Gürtel.²⁷⁴

²⁷³ El control interno o administrativo, en mi opinión, es el que debe ser más efectivo para combatir la corrupción, puesto que es un control preventivo, mientras que el control externo poco puede hacer con esta finalidad su control se ejerce cuando ya se ha ejecutado el presupuesto.

²⁷⁴ Granada hoy, edición 8 de marzo de 2017.

El caso de las tarjetas *Black* de Caja de Madrid y Bankia es uno de los mayores escándalos de la crisis financiera, por una denuncia realizada por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (ROB), por el delito continuado de apropiación indebida entre 2003 y 2012. Gastaron 12,5 millones, que deberán devolver con intereses. Miguel Blesa, expresidente de Caja Madrid, ha sido condenado a seis años de prisión y Rodrigo Rato, responsable de Bankia, a cuatro años y medio. A los exconsejeros y exdirectivos se les imponen penas de entre tres meses y seis años, según lo gastado y si han devuelto o no el dinero. Desde el punto de vista social, ha sido el capítulo más sangrante por la opulencia de los gastos realizados por consejeros y directivos de una caja que quebró y fue rescatada con 22.424 millones de los

Uno de los primordiales brotes de corrupción se encuentra en la financiación de los partidos políticos, que tradicionalmente han estado muy expuestos a préstamos bancarios. Según el Tribunal de Cuentas, en 2007 la deuda total ascendía a 227 millones de euros, algo que fue posible, según insinúa la Comisión Europea, por el hecho de que los consejos de administración de las cajas de ahorros estaban llenos de políticos designados por sus partidos²⁷⁵. Unido a la escasa rendición de cuentas de algunos cargos electos a nivel autonómico y local

Los asuntos de corrupción pública que afectan gravemente los caudales públicos y la credibilidad y confianza política e institucional de la ciudadanía es la *corrupción política* relacionada con la financiación irregular de los partidos políticos, las campañas electorales y la gestión del gasto público, fundamentalmente, en gobiernos locales y autonómicos. En España la corrupción no está generalizada en la Administración, no es «sistémica» puesto que no es usual que los ciudadanos tengan que pagar sobornos para acceder a los servicios públicos como la educación, la sanidad o para evitar sanciones y, además, no es esta clase de corrupción la que más preocupa actualmente a los ciudadanos.

Fuentes de información de tipo teórico y cualitativo, abundantes y de calidad, así como los informes de organismos y organizaciones internacionales como la Comisión Europea o Transparencia Internacional, sostienen «A pesar de la elevada percepción de corrupción que existe actualmente debemos subrayar que los expertos coinciden en afirmar que en España no existe una corrupción generalizada (Transparencia Internacional, 2014; Villoria y Jiménez, 2012²⁷⁶), es decir, que la corrupción no está consolidada de forma sistematizada en las Administraciones Públicas o entre los funcionarios (lo que podríamos denominar “corrupción administrativa” y que los expertos denominan «corrupción sistémica»), al entender que la corrupción dominante resulta ser más bien una corrupción de tipo político, ligada a la financiación de los

contribuyentes. Los dos grandes partidos, PP y PSOE, así como los sindicatos UGT, CC OO y Confederación de Cuadros, representantes de la CEOE, CEIM e incluso la Casa Real, tienen representantes entre los 65 condenados. Cfr. EL PAÍS, España, 23 de febrero de 2017, en línea: http://economia.elpais.com/economia/2017/02/23/actualidad/1487855184_159731.html [Consultado 14 de marzo de 2017].

²⁷⁵ EL MUNDO, España, 3 de febrero de 2014, en línea: <http://www.elmundo.es/espana/2014/02/03/52ef742ce2704e052f8b4578.html> [Consultado, 18 de marzo de 2017].

²⁷⁶ Cfr. Fundación ¿Hay Derecho? «corrupción institucional y controles administrativos preventivos», p. 10, en línea: <http://hayderecho.com/wp-content/uploads/2016/09/Corrupcio%CC%81n-institucional-y-controles-administrativos-preventivos.pdf> [Consultado 25 de octubre de 2016].

partidos políticos, las campañas electorales y, en general, relacionada con la gestión del gasto público en gobiernos locales y autonómicos. Esta es también la conclusión del profesor Fernando Jiménez Sánchez en sus recientes estudios sobre la corrupción en España»²⁷⁷ .

Algunos autores, consideran que a la corrupción política es preferible denominarla como corrupción *institucional*, porque para que se produzca, especialmente la relacionada con el gasto público, es necesario que los cargos de designación política se «salten» una serie de controles que son parte de un procedimiento administrativo y también para diferenciarla de la corrupción administrativa o funcionarial ligada a la aceptación de sobornos por parte de funcionarios públicos a cambio de la prestación de servicios públicos o de la concesión de determinadas ventajas o beneficios a particulares²⁷⁸. Criterio que compartimos y por lo mismo, seguiremos esta línea precisando que cuando hacemos mención a la corrupción política nos estamos refiriendo a la corrupción institucional.

Para hacer frente al flagelo de corrupción política, se han realizado mejoras a través de legislación, como se ha hecho recientemente con la promulgación de la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, para dar respuesta a las deficiencias detectadas por el Tribunal de Cuentas en su trabajo de fiscalización, atendiendo las recomendaciones para mejorar la tarea de fiscalización de los partidos políticos y responde a la exigencias sociales de mayor control y transparencia en el funcionamiento y financiación de los partidos políticos.

Con esta Ley Orgánica se pretende conseguir de forma efectiva el control de la actividad de los partidos políticos y en particular su financiación irregular, que es donde se produce mayor corrupción. Se introduce la prohibición de subvenciones por parte de personas jurídicas, pone fin a las condonaciones de las deudas de los partidos políticos con las entidades financieras o que le hagan condiciones más favorables que las del mercado, la reducción del límite máximo de las donaciones privadas a 50.000€ y las obligaciones de publicidad de estas.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 10.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 11.

Se incluye una novedad muy importante, como es que el Tribunal de Cuentas podrá exigir la colaboración de todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas (lo que incluye a los proveedores), especialmente de las entidades financieras, que estarán obligadas a suministrarle cuantos datos, estados, documentos, antecedentes o informes solicite relacionados con el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional y la aplicación de la transparencia también respecto de las fundaciones y entes vinculados; se crea la figura del responsable de la gestión económico financiera del partido que deberá reunir unos requisitos.

El incumplimiento de los requerimientos del Tribunal podrá suponer la aplicación de las multas coercitivas. Si los requerimientos se refieren a la reclamación de justificantes de inversiones o gastos públicos y no son cumplidos en el plazo solicitado, se iniciará de oficio un expediente de reintegro.

Respecto al control externo, el artículo 16 de Ley Orgánica 3/2015 especifica que el Tribunal de Cuentas fiscalizará las cuentas relativas a todos los partidos que perciban algún tipo de subvención pública, así como al resto de los partidos políticos que considere oportuno conforme se establezca en sus planes de actuación. Este control se extenderá a la fiscalización de la legalidad de los recursos públicos y privados de los partidos políticos así como la regularidad contable de las actividades económico-financieras que realicen y a la adecuación de su actividad económico-financiera a los principios de gestión financiera que sean exigibles conforme a su naturaleza.

El Tribunal de Cuentas, en el plazo de seis meses desde la recepción de la documentación señalada en el artículo 14, emitirá un informe sobre su regularidad y adecuación a lo dispuesto en el apartado anterior, o en su caso se harán constar expresamente cuantas infracciones o prácticas irregulares se hayan observado. Dicho informe se elevará a las Cortes Generales y se publicará posteriormente en el «Boletín Oficial del Estado».

En cuanto al control Parlamentario, en artículo 16 bis de la Ley Orgánica 3/2015 dispone:

«La Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas podrá, en el plazo de dos meses desde la aprobación del informe de fiscalización por el Tribunal de Cuentas, solicitar la comparecencia del responsable de la gestión económico-financiera de cualquier partido político que perciban las subvenciones contempladas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para que informe sobre las infracciones o prácticas irregulares que en su caso, se hayan observado por el órgano fiscalizador. Dicha comparecencia no exime de la obligación de remitir al Tribunal de Cuentas cualquier otra información contable que este estime pertinente».

El artículo 17 de la Ley 3/2015, dispone que sin perjuicio de las responsabilidades legales de cualquier índole que se deriven de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en general y de lo preceptuado en esta Ley Orgánica y en particular, el Tribunal de Cuentas acordará la *imposición de sanciones al partido político* que cometa alguna de las infracciones que se tipifican en este artículo, siempre que no constituyan delito. Los tipos de infracciones se clasifican en infracciones muy graves, graves y leves.

Las sanciones son de de naturaleza pecuniarias, acompañado de un procedimiento para su aplicación en el que se garantice el debido proceso legal y el contradictorio (art. 17 bis, Ley Orgánica 3/2015).

Las infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los tres años y las leves a los dos años. El cómputo de estos plazos se iniciará en el momento de la comisión de la infracción (art. 17, apartado cinco, Ley Orgánica 3/2015).

El artículo 18 de la Ley Orgánica 3/2015 establece «Tan pronto como el Tribunal de Cuentas tenga conocimiento de los hechos, el Pleno dispondrá la apertura de un periodo de información previa en el que se dará audiencia al partido político presuntamente infractor, tras el cual, si hubiera lugar a ello, acordará la iniciación del procedimiento sancionador. El procedimiento sancionador será compatible, tanto con el ejercicio de su función fiscalizadora sobre la gestión económico-financiera del partido político presuntamente infractor, como con la imposición, cuando proceda, de las multas coercitivas previstas en el artículo 30 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de

Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. La iniciación del procedimiento sancionador interrumpe la prescripción de las infracciones».

Respecto a las multas coercitivas el artículo 30.5 de la LFTCu dispone: «El incumplimiento de los requerimientos efectuados por el Tribunal facultará a éste para imponer al responsable una multa de 10.000 a 150.000 pesetas, que podrá reiterarse hasta obtener el total cumplimiento de lo interesado y que se graduará teniendo en cuenta la importancia de la perturbación sufrida. Esta sanción se impondrá por el Pleno, previa audiencia del Jefe de la dependencia a que pertenezca el responsable, del Ministerio Fiscal y del propio interesado, la cual se evacuará en el plazo común de diez días. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, de que el Tribunal de Cuentas ponga en conocimiento de las Cortes Generales la falta de colaboración de los obligados a prestársela y de que proponga al Gobierno, Ministros o Autoridades de todo orden, la imposición de sanciones disciplinarias, incluida la separación del servicio del funcionario o el cese de la Autoridad responsable del incumplimiento».

La Ley Orgánica 3/2015, incluye conceptos en auge como la transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno, como marco de referencia a la gestión pública que se ha visto desbordada en estos últimos años debido a la crisis económica, las políticas de austeridad y la corrupción que ha ido minando la confianza de la ciudadanía en las instituciones. Con esta Ley, el Tribunal de Cuentas afronta un nuevo reto para que la fiscalización de la gestión económico-financiera no solo de los partidos político sino del sector público, este a la altura de los tiempos y lidere los procesos de cambio hacia un mayor grado de transparencia, rendición de cuentas en las Administraciones públicas y de los partidos políticos, así como un mayor control de la gestión pública; pues tal como se ha dicho, la gestión pública solamente podrá ser eficaz y eficiente, cuando sus objetivos, líneas de actuación, medios y recursos y los resultados obtenidos puedan ser conocidos, en tiempo y forma adecuados, analizados y valorados por la sociedad destinatarios de dicha gestión.

II.7. Menoscabo de los caudales públicos por mala gestión de los recursos públicos

El menoscabo de los caudales públicos, no solo se produce por una indebida utilización de estos, también por su mala gestión que provoquen un perjuicio económico a la Administración. Tenemos que para que el gasto público sea sostenible en el tiempo, es necesario que el sector público no incurra en gastos innecesarios, que ahorre cuando sea posible y que, en definitiva, el gasto se efectúe de un modo racional, evitando el despilfarro de recursos o la mala gestión de los mismos. Precisamente, la eficiencia es el término que nos permite calcular dicha relación, es decir, es el concepto que posibilita medir cómo utiliza el sector público los recursos o gasto que tiene asignados para cumplir con la prestación de servicios a la sociedad²⁷⁹.

Los controles internos y externos del gasto público, también van dirigidos a detectar las irregularidades contables, malversación de caudales por mala gestión o que no cumpla con la eficiencia en la utilización de los recursos públicos y su incumplimiento conlleva a las correspondientes responsabilidades.

En el siguiente capítulo, lo dedicaremos al estudio de la responsabilidad contable derivada de la gestión económico-financiera sector público.

²⁷⁹ RUEDA LÓPEZ, Nuria: «La eficiencia y su importancia en el sector público», EXtoikos, nº 1, 2011, p. 38.

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD CONTABLE DERIVADA DE LA GESTIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO

III.1. Introducción

En el capítulo anterior se analizó la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, fase que se cierra con anterioridad al procedimiento jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas. El antecedente formal del enjuiciamiento contable deriva de la función fiscalizadora que corresponde al Tribunal de Cuentas en la medida que se dirige a depurar las responsabilidades contables en que pudiesen incurrir quienes manejan fondos públicos y, que han sido puestas de manifiesto por el propio Tribunal de Cuentas en su función fiscalizadora.

El propósito de este capítulo es discurrir por el sistema de responsabilidad contable que regula la LOTCu y LFTCu, bajo la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y en su desarrollo hacer las reflexiones en torno a esta institución, comenzando por la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas y su diferencia con la función fiscalizadora de este mismo órgano, la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable, para adentrarnos en el tema concreto de la responsabilidad contable y los requisitos para que se configure, las clases de responsabilidad contable, así como la forma de transmisión de la responsabilidad contable, los eximentes y atenuantes de esta, la prescripción y su interrupción.

Una vez vistos los requisitos para que se configure la responsabilidad contable, se analizará el tema de la responsabilidad contable y su articulación a través del procedimiento administrativo regulado en la LGP y en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre Expedientes Administrativos de Responsabilidad Contable derivados de infracciones previstas en el Título VII de la mencionada Ley, y también, mediante procedimiento jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas, tal y como prevén la LOTCu.

Se estudiará, la vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas que puede dar lugar a dos procedimientos diferenciados: a) El procedimiento de reintegro por alcance,

en orden a conocer pretensiones de responsabilidad contable generada por alcance o malversación de fondos públicos, no pudiendo en estos casos acudir a la vía administrativa (art. 180.1 LGP) y b) El juicio de cuentas, que deriva de la no rendición de cuentas o de la rendición defectuosa de las mismas.

Se examinará la problemática de la doble regulación para la exigencia de la responsabilidad contable: en vía administrativa que se inicia por la propia Administración afectada con el menoscabo de los caudales o efectos públicos y ante la jurisdiccional contable, que presentan diferencias significativas.

Se concluirá con un tema de actualidad, relacionado con la corrupción política que afecta los caudales y efectos públicos, que ha generado un gran debate público, doctrinal y jurisprudencial, la responsabilidad contable de los gestores públicos que ostentan cargos políticos y la politización del Tribunal de Cuentas, con el objeto de incentivar el debate sobre aquellas cuestiones que están necesitadas de modificaciones para una gestión eficaz de este órgano respecto a las personas mencionadas.

III.2. Función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas

Como se indicó en el capítulo anterior, el artículo 136 CE le otorga al Tribunal de Cuentas dos funciones: una *fiscalizadora*, que comparte con los OCEX mediante la cual ejerce el control externo de la gestión económico financiera del sector público y la otra, de naturaleza *jurisdiccional*, consistente «en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndolo o condenándolo y, en última hipótesis, ejecutando coactivamente su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento judicial»²⁸⁰.

²⁸⁰ Así lo afirma el Tribunal Constitucional (ATC de 29 de octubre de 1996 y STC 187 de 1998): «El enjuiciamiento contable [...] aparece configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional [...] que [...] consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe, o no, responsabilidad de funcionario, absolviendo o condenándolo, y, en esta última hipótesis, ejecutando coactivamente su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento judicial, reglado en el capítulo tercero, título V, y desarrollado en la Ley de Funcionamiento del Tribunal, en el que aparece los elementos objetivos, subjetivos y formales que caracterizan a un proceso». Sentencia Tribunal Constitucional de 17/10/1988.

La LOTCu, marca la iniciación de la nueva andadura del Tribunal de Cuentas, en su ya larga historia, como institución básica de la economía financiera española. Desarrollando el artículo 136 de la Constitución Española, la LOTCu adaptó la funcionalidad del Tribunal a las necesidades de los nuevos tiempos surgidas fundamentalmente, por la mayor participación del sector público en el ámbito de la economía, con la evolución que marca el tránsito del *minimum Estate* decimonónico al Estado de economía mixta actual²⁸¹.

De acuerdo con lo preceptuado en la LOTCu, se promulgó LFTCU, que tiene como objeto: «a) La ordenación del funcionamiento del Tribunal de Cuentas y de las atribuciones de sus órganos, así como del estatuto de sus miembros. b) La regulación de los procedimientos, mediante los cuales el Tribunal de Cuentas lleva a cabo la función de fiscalización externa de la actividad económico-financiera del sector público, así como de las subvenciones, créditos, avales y otras ayudas que, procedentes del mismo, sean concedidas a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. c) La regulación de los procedimientos mediante los que se lleva a efecto el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que puedan incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. d) El Estatuto del Personal del Tribunal de Cuentas».

En este orden, el marco normativo básico del que deriva la función jurisdiccional contable está integrado así: Constitución Española de 1978, artículo 136. Esta función reconocida y desarrollada normativamente por la LOTCu y la LFTCu. A esta normativa específica se añaden las normas que resulten aplicables, de acuerdo con la supletoriedad que determinan estas dos leyes²⁸².

El artículo 2.b) LOTCu establece: Son funciones propias del Tribunal de Cuentas: «b) El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes

²⁸¹ Cfr. SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La jurisdicción contable. Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 7, nº 21, 2005, p. 87.

²⁸² La Disposición Final Segunda, apartado 2 de la LOTCu establece que para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal. Respecto a la Ley 30/1992 (LRJ-PAC), con la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, derogan expresamente (aunque con salvedades²⁸²) la LRJ-PAC, por lo que la remisión que hace la disposición final de la LOTCu a la Ley de Procedimiento Administrativo como supletorias de las normas reguladoras de los procedimientos fiscalizadores ha de entenderse realizada a las leyes 39 y 40 de 2015.

tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos». Por su parte, el artículo 49.1 LFTCu dice: «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, [...]».

El artículo 15.1 LOTCu reconoce «El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos».

Según el artículo 1.2 LOTCu, el Tribunal de Cuentas es único en su orden y extiende «su jurisdicción» a todo el territorio nacional. A su vez, el artículo 17.1 califica la jurisdicción contable como necesaria²⁸³ e improrrogable²⁸⁴, exclusiva²⁸⁵ y plena²⁸⁶. Según los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo²⁸⁷, el enjuiciamiento contable aparece configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional, calificada constitucionalmente de «jurisdicción propia» del Tribunal de Cuentas y dotada, al tenor del artículo 17.1 LOTCu, de las notas de necesaria,

²⁸³ Porque, tanto cuando fiscaliza como cuando enjuicia, actúa permanentemente y sin necesidad de excitación de las partes, hasta tal punto que, en ninguno de los dos casos, su actuación resulta interferida o condicionada por la oposición y posturas contradictorias que, eventualmente, pudieran sostener aquellas. SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La jurisdicción...», 2005, *op. cit.*, pp. 89-90.

²⁸⁴ Porque los temas o cuestiones de que conoce no pueden llevarse a otros órganos de decisión, sean o no de naturaleza jurisdiccional. Es decir, solamente el Tribunal de Cuentas puede fiscalizar externamente las cuentas y la gestión económico-financiera del sector público y solamente él puede enjuiciar la responsabilidad contable en que incurran quienes manejen caudales o efectos públicos. *Ibidem*, p. 90.

²⁸⁵ «La función de enjuiciamiento contable, que ejerce en exclusiva el Tribunal de Cuentas en todo el territorio nacional, tiene una naturaleza auténticamente jurisdiccional, no administrativa, tal y como se deriva de la normativa reguladora de la Institución: art. 136 de la Constitución Española; Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; y Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Así ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, además de por la doctrina de la propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas». Sentencia dictada por el Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, de 14 de mayo de 2016. En ella se hace referencia a la naturaleza de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas.

²⁸⁶ La jurisdicción contable es plena, puesto que, para dilucidar la responsabilidad contable, puede entrar a resolver cuantos temas se le presenten, inclusive los propios de distintos órdenes jurisdiccionales, aun a título de prejudicialidad –ni más ni menos que lo que sucede en cualquier otra jurisdicción–, conforme resulta claramente del artículo 17.2 LOTCu. El hecho de que el Tribunal Supremo pueda conocer de los recursos de casación y revisión formulados contra las sentencias del Tribunal de Cuentas no empaña la plenitud de su función jurisdiccional, por la elemental razón de que, en este aspecto, el Tribunal Supremo, en concreto su Sala, o Salas, de lo Contencioso-Administrativo, no son otra cosa que órganos de la jurisdicción contable, o, mejor aún, el órgano superior de dicha jurisdicción mediante el que se actúa el principio de unidad jurisdiccional contenido en el artículo 117.5 de la Constitución. SALA SÁNCHEZ, Pascual. *op. cit.*, p. 92.

²⁸⁷ Sentencias del Pleno TC, de 17/10/1988, 31/01/1991, 13/07 y 18/09/2000 y 5/04/2001, y de su Sala 1.^a de 16/11/1992, y Autos de 7/11/1994 y 29/10/1996), así como las sentencias de la Sala de lo Penal del TS, de 19-11-1994 y 10 de febrero de 1995 y de la Sala 3.^a de 27-5-1995).

improrrogable, exclusiva y plena, lo cual no contradice lo dispuesto en el art. 117.3 CE sino que hace del Tribunal de Cuentas el Juez ordinario predeterminado por la ley para el enjuiciamiento contable. Además, la CE y la LOTCu prescriben las garantías y exigencias que perfilan el Estatuto propio de sus miembros, al asegurar su independencia e inamovilidad y ordenar su sujeción a idénticas causas de incapacidad, incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los Jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁸⁸.

Si bien el Tribunal de Cuentas ejerce función jurisdiccional, no hace parte del Poder Judicial, pues ejerce jurisdicción en la materia específica que la Constitución y las leyes le confieren, sin que sea el único caso en que un órgano de esta naturaleza ejerce jurisdicción en España, como ocurre con el Tribunal Constitucional (art. 161 y siguientes CE y art. 1 LOTCu), con la jurisdicción militar y con los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125 CE), como el Tribunal de las Aguas de Valencia²⁸⁹.

En este sentido VALLE TORRES expresa «la jurisdicción del Tribunal de Cuentas en el campo de su competencia es plena y exclusiva para todo el territorio nacional, pero en el ejercicio de la misma el Tribunal de Cuentas no está integrado en el Poder Judicial, aunque el artículo 136 de la CE, considera que se trata de una jurisdicción propia, la cual no vulnera el artículo 117.3 de la CE (según auto TC de 29/10/96 y STC 17/10/88) porque contra las Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas cabe Recurso de Casación ante el TS»²⁹⁰.

El Tribunal Constitucional en STC 215/2000, de 18 de septiembre, refiriéndose a la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas para la exigencia de la responsabilidad contable, expresa «la imagen que de la institución tuvo el constituyente, los antecedentes históricos del Tribunal de Cuentas en España y la interpretación sistemática del precepto constitucional permiten constatar que la CE atribuyó a nuestro Tribunal una auténtica jurisdicción para la exigencia de las llamadas responsabilidades

²⁸⁸ ALONSO CARBAJO, Félix. *op. cit.*, p. 112.

²⁸⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 112.

²⁹⁰ VALLE TORRES, José Luís: «La responsabilidad contable», *Revista digital CEMI*, nº 21, octubre a noviembre, 2013, p. 3, en línea: <http://cemci.org/revista/numero-21/pdf/tribuna-2-la-responsabilidad-contable.pdf> [Consultado 18 de octubre de 2015].

contables, que no son sino el deber de indemnizar que surge de la culpa contractual dimanante de la relación jurídica de Derecho público de la rendición de cuentas de caudales o efectos públicos. En el ejercicio de esta jurisdicción, el Tribunal de Cuentas es, como viene afirmando el propio Tribunal Constitucional en esta y en anteriores resoluciones (SSTC 187/1988, de 17 de octubre; 18/1991, de 31 de enero; AATC 312/1996, de 29 de octubre, y 371/1993, de 16 de diciembre), el juez ordinario predeterminado por la Ley en materia de responsabilidades contables, único en su orden, abarcando su jurisdicción, que tiene el carácter de necesaria, exclusiva, plena e improrrogable, a todo el territorio nacional»²⁹¹.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que conforme lo dispone el artículo 18.1 LOTCu, 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. Es importante señalar que cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil no la determina la jurisdicción penal, constituyendo una excepción al principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre los otros órdenes, sino que de conformidad con el artículo 18.2 LOTCu será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.

En este sentido se pronuncia el artículo 49.3 de la LFTCu al establecer «Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos».

A este respecto, ALONSO CARBAJO explica «Es menester resaltar la sustantividad propia de la jurisdicción contable en relación con otras jurisdicciones, particularmente respecto a la penal, al introducir las leyes reguladoras del Tribunal de Cuentas, una importante excepción al clásico principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre los restantes órdenes jurisdiccionales al atribuir a la jurisdicción contable la

²⁹¹ MEDINA GUIJARRO, Javier y PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio: «La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su «propia jurisdicción en la historia y en la Constitución Española», *Revista Española de Control Externo*, Vol. III, septiembre, nº 21, 2005, p. 34.

determinación de la responsabilidad civil «ex delicto» en el ámbito de su competencia, e imponer a los jueces y tribunales del orden penal el deber de abstención en la medida en que la responsabilidad penal coincida con la responsabilidad contable y no la exceda dentro de la extensión con que se contempla en el art. 110 del Código Penal»²⁹² .

Por otra parte, el artículo 17 LOTCu define la competencia del Tribunal de Cuentas precisando «No corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de: a) Los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional. b) Las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. c) Los hechos constitutivos de delito o falta. d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial». De manera que los órganos de la jurisdicción contable podrán apreciar incluso de oficio, su falta de jurisdicción o competencia en la forma establecida en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo (art. 49. 2, apartado dos, LFTCu).

Otro tema que conviene indicar, es la forma como está integrado el Tribunal de Cuentas y la designación de sus miembros. Tenemos que el Tribunal de Cuentas está integrado por *doce miembros* que tienen la denominación de Consejeros de Cuentas, designados seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado. El *Pleno del Tribunal* es un órgano colegiado compuesto por los Consejeros de Cuentas, y por el Fiscal. La *Sección de Fiscalización* la forman su Presidente y los Consejeros de Cuentas titulares de los Departamentos. La *Sección de Enjuiciamiento* la constituyen su Presidente y los Consejeros de Cuentas adscritos a ella. Tanto los miembros titulares de Departamentos de Enjuiciamiento como el resto de Consejeros de la Institución gozan de la misma independencia y están sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces.

En reciente comunicado²⁹³, el Tribunal de Cuentas recuerda su competencia exclusiva en el ejercicio de la función jurisdiccional en materia de enjuiciamiento de la responsabilidad contable por el manejo de fondos públicos, con ocasión de la sentencia

²⁹² ALONSO CARBAJO, Félix. *op. cit.*, p. 115.

²⁹³ Comunicado de 14 de mayo de 2016, Tribunal de Cuentas, Oficina de Prensa, en línea: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/EL-TRIBUNAL-DE-CUENTAS-RECUERDA-SU-COMPETENCIA-EXCLUSIVA-EN-EL-EJERCICIO-DE-LA-FUNCION-JURISDICCIONAL-EN-MATERIA-DE-ENJUICIAMIENTO-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CONTABLE-POR-EL-MANEJO-DE-FONDOS-PUBLICOS/> [Consultado 2 de enero de 2017].

nº 5. dictada el 13 de mayo de 2016 por el Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas²⁹⁴, sobre el procedimiento abierto en relación con la gestión en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz que provocó una serie de reacciones en determinados medios de comunicación, por lo que consideró convenientemente aclarar ante la opinión pública la naturaleza de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas así como a la elección de los Consejeros titulares de los Departamentos de Enjuiciamiento de la Institución:

«**La función de enjuiciamiento contable**, que ejerce en exclusiva el Tribunal de Cuentas en todo el territorio nacional, tiene una **naturaleza auténticamente jurisdiccional**, no administrativa, tal y como se deriva de la normativa reguladora de la Institución: art. 136 de la Constitución Española; Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; y Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Así ha sido expresamente **reconocido** por el **Tribunal Constitucional** y por el **Tribunal Supremo**, además de por la doctrina de la propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

El enjuiciamiento contable se dirige a exigir las responsabilidades contables en que puedan incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de fondos o caudales públicos. En ningún caso se enjuician por el Tribunal de Cuentas posibles responsabilidades penales, mientras que las resoluciones jurisdiccionales que se dictan no producen efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable.

Las sentencias que resuelven los procedimientos jurisdiccionales en primera instancia pueden ser recurridas ante la mencionada Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, cuyas sentencias también son susceptibles de recurso, bajo determinadas condiciones, ante el Tribunal Supremo.

Los miembros del Tribunal de Cuentas titulares de los Departamentos de la Sección de Enjuiciamiento, al igual que el resto de Consejeras y Consejeros de la Institución, son elegidos por las Cortes Generales -seis por el Congreso de los Diputados y seis por el

²⁹⁴ Sentencia nº 5/2016, Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A80/15, del Ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz), ámbito territorial de la provincia de Álava.

Senado-, según un modelo común al resto de órganos constitucionales y de relevancia constitucional, así como a la mayor parte de Tribunales de Cuentas de los países de nuestro entorno. En cualquier caso, tales miembros gozan de la misma independencia e inamovilidad y están sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces.

En definitiva, resulta conveniente recordar que el Tribunal de Cuentas ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico, sin que sea procedente efectuar otras apreciaciones sobre el ejercicio de sus funciones fiscalizadora y jurisdiccional».

III.3. La función jurisdiccional contable del Tribunal de Cuentas y su diferencia con la función fiscalizadora

La función jurisdiccional no tiene nada que ver con la competencia fiscalizadora o de “control” que cumple el Tribunal de Cuentas, ambas funciones aparecen claramente diferenciadas en la Ley como lo ha señalado el Tribunal Supremo al expresar, «el Tribunal de Cuentas en el desempeño de su función fiscalizadora "no ejerce ninguna clase de jurisdicción, ni tampoco realiza propiamente una función administrativa desde el momento que actúa por exclusivo mandato e interés del Parlamento, a quién rinde el resultado de su fiscalización, manteniendo una dependencia directa del Poder Legislativo, a diferencia de cuando actúa en el ejercicio de su función jurisdiccional»²⁹⁵.

Dentro de este contexto, el Tribunal Constitucional hace una clara distinción de las dos funciones en STC 187/1988, de 17 de octubre, afirmando en el fundamento jurídico 2.º lo siguiente:

«Las dos funciones que, en desarrollo del art. 136 C.E., atribuye la Ley Orgánica 2/1982 del Tribunal de Cuentas a éste: la función fiscalizadora externa de la actividad económico-financiera del sector público y la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, «aparecen en la Ley claramente diferenciadas. La actividad fiscaliza-

²⁹⁵STS 88/2011, de 3 de enero.

dora se centra en el examen y comprobación de la actividad económico-financiera del sector público desde el punto de vista de los principios de legalidad, eficiencia y economía (art. 9), y el resultado de la misma se recoge en los Informes o Memorias anuales que el Tribunal debe remitir a las Cortes Generales (art. 12.1), en los que propondrá las medidas a adoptar, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público (art. 14) y hará constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiera incurrido y de las medidas para exigirla (art. 12.2). El enjuiciamiento contable, por el contrario, aparece configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional. La Ley Orgánica, utilizando la expresión contenida en el art. 136.2, párrafo segundo de la Constitución, califica al enjuiciamiento contable de «jurisdicción propia» del Tribunal de Cuentas (art. 15.1), atribuyéndole las notas de «necesaria e improrrogable, exclusiva y plena» (art. 17.1), al mismo tiempo que garantiza la independencia e inamovilidad de sus miembros disponiendo, en concordancia también con lo establecido en el apartado tercero del mencionado precepto constitucional, que estarán sujetos a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones fijadas para los Jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 33.1)».

Posteriormente, el Tribunal Constitucional confirma su tesis en la STC 18/1991, de 31 de enero, precisando:

«La distinta naturaleza de ambas funciones explica que, mientras la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas califica a éste como supremo órgano fiscalizador (art. 1.1.), en cambio lo considera, en cuanto a su función de enjuiciamiento contable, único en su orden, abarcando su jurisdicción –que tiene carácter de exclusiva y plena –todo el territorio nacional (art.1.2.). Y si bien en dicha Ley se parte de la existencia de órganos fiscalizadores de cuentas que pueden establecer los Estatutos de las Comunidades Autónomas, no existe esta previsión en cuanto a la actividad jurisdiccional, si bien el Tribunal podrá delegar en órganos autonómicos fiscalizadores la instrucción del procedimiento jurisdiccional (art. 26.3. de la Ley). Cabe concluir, pues, que el Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, cuando fiscaliza, y único, pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable».

También es oportuno señalar, que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales no las comparte el Tribunal de Cuentas con los OCEX, aunque tampoco son ejercidas por aquél con carácter exclusivo y excluyente porque sus sentencias son, en algunos casos, susceptibles de recurso de casación ante el TS, procedimiento este que ha sido utilizado también en otros ámbitos jurisdiccionales para compatibilizar el principio de unidad jurisdiccional que se proclama en la CE (art. 117.5) con alguna especialidad jurisdiccional subsistente, como la Jurisdicción Militar²⁹⁶.

VACAS GARCÍA–ALÓS refiriéndose a las relaciones del Tribunal de Cuentas con los OCEX de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional contable contenida en el artículo 26.3. LOTCu señala «En las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos hayan establecido órganos propios de fiscalización, el Tribunal podrá delegar en éstos la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales para el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos». Dicha delegación como claramente lo dispone el citado artículo, es solo para la instrucción para la preparación del enjuiciamiento contable, toda vez que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional contable, en cualquiera de sus distintas manifestaciones, es competencia exclusiva del TCu. De aquí que dichos órganos autonómicos de Control Externo no tengan intervención directa en la fase procesal decisoria de dichos juicios. Por el contrario, donde sí pueden actuar por la vía de la colaboración y la delegación es en la fase preparatoria de los mismos, mediante la realización de cuantas diligencias puedan considerarse pertinente en orden a la sustanciación y resolución de las actuaciones previas a la exigencia de la responsabilidades contables»²⁹⁷.

III.4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad contable

Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable se han planteado varias tesis jurisprudenciales, inicialmente se consideró que la responsabilidad contable era una subespecie de la responsabilidad civil extracontractual contemplada en el

²⁹⁶ GONZÁLEZ SOLER, Olayo E. *op. cit.*, pp. 1-2.

²⁹⁷ VACAS GARCÍA –ALÓS, Luis Francisco: *La Judicialización del Tribunal de Cuentas y su dimensión constitucional*, INAP, 2009, pp. 28-29, en línea: https://books.google.com.co/books?id=PQ2F8SKsFLEC&hl=es&source=gbs_navlinks_s [consultado julio 21 de 2016].

artículo 1.902 del Código Civil, aplicada al campo de la gestión de los fondos públicos. Esta tesis avalada en la SJTCu, de 10 de marzo de 1995, daba los siguientes argumentos:

«[...] no puede olvidarse que la doctrina de este Tribunal de Apelación ha mantenido que la responsabilidad contable es una subespecie de la civil, realmente se trata de supuestos de responsabilidad patrimonial generadora de acciones de reintegro o reparatorias de contenido económico o dinerario, tal como aparece definida en los artículos 38.1, en relación con los artículos 15.1 y 2 b) de la Ley Orgánica 2/82 y artículo 49.1 de la Ley 7/88 que origina la indemnización de daños y perjuicios, tal como resulta del artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento al delimitar el contenido de la pretensión de responsabilidad contable y lo dicho por los artículos 71.4 y 74 de la misma Ley respecto del contenido que deben tener las sentencias dictadas en los juicios contables. Por ello es claro el carácter meramente reparador o indemnizatorio de la responsabilidad contable; alejado -no tiene nada que ver- de todo tipo de procedimiento sancionador (administrativo o penal)».

Posteriormente, el Tribunal de Cuentas modifica su teoría afirmando que la responsabilidad contable es una variante de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública regulada en el entonces artículo 145 de la Ley 30/1992 LRJ-PAC, cuyos argumentos se encuentran en SJTCu de 13 de febrero de 1996, así:

«La claridad de lo expuesto no ofrece lugar a dudas, pero, a mayor abundamiento, podemos incluso apostillar lo que sigue. Esta caracterización de la responsabilidad contable, como responsabilidad de naturaleza reparadora y no sancionadora se confirma también con el art. 20 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en cuanto concibe a la responsabilidad contable como una variedad específica de la responsabilidad patrimonial que las Administraciones Públicas pueden exigir de sus autoridades y personal a su servicio «por los daños o perjuicios causados en sus bienes y derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave» (art. 145.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula la llamada «acción de regreso»). Esta variedad no es otra que la que tiene lugar cuando los daños y perjuicios se irrogan de

forma específica sobre los caudales o efectos públicos (art. 38.1 de la Ley Orgánica y concordante de este texto y de la Ley de Funcionamiento) los cuales están sin duda en la más genérica expresión de «bienes y derechos» del aludido art. 145.2 de la Ley 30/92. Por lo demás, como es sabido la responsabilidad patrimonial es compatible con la responsabilidad administrativa sancionadora (art. 130.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre), de la misma manera que la responsabilidad contable lo es respecto de la disciplinaria y con la penal (art. 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo)²⁹⁸.

Al poco tiempo, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en SJTCu de 21 de noviembre de 1996 y de 12 de junio de 1999, afirma que la responsabilidad contable es «un tipo específico y autónomo de responsabilidad, tanto por su régimen jurídico propio como por sus específicos elementos subjetivos, objetivos y formales», aclarando, más adelante, en otras sentencias 14/00, 2/04 y 20/05 que «La responsabilidad contable es una responsabilidad patrimonial, de naturaleza reparadora, que no tiene por objeto la censura de la gestión. Por eso, no es suficiente con acreditar que se han cometido irregularidades en la gestión de los fondos públicos, sino que se debe probar en este procedimiento que, como consecuencia de esas irregularidades, se ha producido un menoscabo en el patrimonio de la Junta de Andalucía. Y ese menoscabo debe ser, conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 72 de la Ley 7/88, de 5 de abril, un daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a bienes y derechos determinados de titularidad pública»²⁹⁹.

Dicha teoría la sigue sosteniendo, ampliando los argumentos en la Sentencia 3/2006, de 12 de febrero, diciendo «la responsabilidad contable es una especie de la responsabilidad civil, no de la penal», que «así se desprende inequívocamente de la legislación en vigor y en este sentido la entiende el Tribunal de Cuentas» y que «el contenido privativo de esta variante de responsabilidad, en la que pueden incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, consiste, estrictamente, en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados», que no acarrea para el incurso en ella el cumplimiento de una pena o la carga de una sanción, sino, muy en otro sentido, el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios

²⁹⁸ SSJTCu n° 3/1996, de 13 de febrero.

²⁹⁹ Cfr. Sentencia n° 23, de 15 de diciembre de 2016, dictada por Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento.

ocasionados a los caudales y efectos públicos de que se trate (arts. 38.1 de la LOTCu, 49.1 y 59.1 de la LFTCu)³⁰⁰.

Desde el punto de vista de GONZALEZ SOLER «Siendo jurisdiccional la función de enjuiciamiento que desempeña el TCu, sin embargo la misma no es de naturaleza sancionadora, entendiendo esta expresión en sentido estricto; esto es, su ejercicio no se traduce en la imposición de una privación de derechos de cualquier naturaleza, sino en el resarcimiento de los perjuicios causados al erario público por los caudales cuya salida de las arcas públicas no ha sido justificada» «La peculiaridad de tal resarcimiento radica en que corre a cargo, no de la Administración o de las entidades que integran el sector público, sino de sus gestores, quienes, con su patrimonio personal, tienen que hacer frente a los pagos correspondientes»³⁰¹.

Las diferentes teorías coinciden en lo fundamental, la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable es reparadora y no sancionadora, de contenido estrictamente patrimonial, que surge como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados de una gestión indebida en los caudales o efectos públicos, que de acuerdo con el último criterio jurisprudencial del Tribunal de Cuentas, «no es sino un tipo específico de responsabilidad jurídica -tanto por su régimen legal, como por sus propios elementos subjetivos, objetivos y formales-, tiene carácter personalísimo»³⁰².

III.5. Responsabilidad contable

La responsabilidad contable es una institución de Derecho público, toda vez que está regulada por normas de esta naturaleza y persigue un doble objetivo: reparar a la Administración perjudicada con el menoscabo causado en sus bienes y satisfacer el interés público vulnerado por quienes, abusando de la confianza depositada en ellos, ocasionan con su conducta dolosa o culposa o negligente grave un perjuicio económico a la Hacienda Pública³⁰³. De ahí que se contemple la intervención del Ministerio Fiscal, como legitimado para actuar ante la jurisdicción contable que tiene como finalidad la

³⁰⁰ En el mismo sentido la SJTCu de 21 de noviembre de 1996 y de 12 de junio de 1997.

³⁰¹ GONZÁLEZ SOLER, Olayo E. *op. cit.*, p.4

³⁰² SJTCu de 3 de diciembre de 2000.

³⁰³ CORTELL GINER, Robert P.: «Notas crítica...», 1997, p. 46.

defensa de la legalidad y del interés público, así la protección del erario público (arts. 16 y 55 LFTCu).

El daño o menoscabo en los fondos públicos se ocasiona cuando se produce una salida injustificada de bienes o dinero público o cuando la Hacienda Pública deja de percibir un ingreso debido, ya que en tales casos, el patrimonio público disminuye o no se ve incrementado como debía y esa disminución patrimonial o falta de incremento debido debe ser reparada por el gestor de los fondos públicos que, con su actuación ilegal y culpable, haya ocasionado el menoscabo³⁰⁴

El concepto de responsabilidad contable se define en el artículo 38.1 LOTCu, en los siguientes términos «El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados».

La definición dada por este artículo es de un contenido extensivo y ambiguo al expresar de manera genérica «el que», dirigida contra cualquier persona que ocasione menoscabo a los caudales o efectos público, sin precisar el “sujeto activo”, que lo tiene que ocasionar. Esta exagerada extensión fue corregida jurisprudencialmente mediante las Sentencias de 18 de abril de 1986 y 9 de septiembre de 1987 del Tribunal de Cuentas, redefiniendo el concepto de responsabilidad contable, por uno más restringido exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos para que surja la responsabilidad contable:

- 1º. Que se trate de una acción u omisión atribuible a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos
- 2º. Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate³⁰⁵.

³⁰⁴Cfr. Sentencia n° 23/2016, de 15 de diciembre, dictada por Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas y Sentencia de la Sala de Justicia 15/2010, de 8 de julio.

³⁰⁵ En la LGP se incluyen las siguientes infracciones que pueden dar lugar a responsabilidad contable: Administrar los recursos públicos sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, su recaudación o su ingreso en el Tesoro (art. 177.1.b LGP). Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la LGP o en la ley presupuestaria que sea aplicable (art. 177.1.c LGP). Realizar pagos indebidos (art. 177.1.c en relación con el

- 3º) Que la acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir los gestores de caudales públicos.
- 4º) El perjuicio para el erario público ha de ser consecuencia de una conducta dolosa, culposa o negligente grave.
- 5º) Que el menoscabo producido sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos públicos y evaluable económicamente; y
- 6º) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido».

Posteriormente, la LFTCu recoge los criterios jurisprudenciales antes mencionados y rediseña el concepto de responsabilidad contable en el artículo 49.1 estipulando lo siguiente: «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 público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable».

GONZALEZ SOLER, pone de relieve, que según la doctrina de la SJTCu tales preceptos (artículos 38.1 LOTCu y 49.1 LFTCu) «no contienen una categoría jurídica cuya aplicación permita declarar la existencia de responsabilidad contable, ya que ésta se manifiesta exclusivamente a través del alcance o de la malversación de caudales o efectos públicos, tipos éstos que, para que permitan declarar la existencia de responsabilidad, requieren , una vez constatada su existencia, verificar el cumplimiento de los requisitos antes mencionados. En otras palabras, el método de trabajo para determinar la existencia de responsabilidad contable consiste en verificar, en primer lugar, la existencia de hechos constitutivos de alcance o de malversación y, en segundo

art. 77. ambos LGP). Justificar con deficiencias los anticipos de caja fija y fondos de maniobra, los pagos a justificar y, en general, las subvenciones públicas (art. 177.1.d en relación con los arts. 78 y 79, todos LGP y Ley de Subvenciones). Cualquier otro acto realizado con infracción de lo dispuesto en la LGP (art. 177.1.d LGP).

lugar, si dicho alcance o dicha malversación genera responsabilidad contable porque concurren todos los requisitos anteriormente enumerados»³⁰⁶.

De acuerdo con los criterios señalados por la jurisprudencia, la configuración de la responsabilidad contable parte del presupuesto de la existencia de una relación jurídica, que se establece entre la Administración titular de los fondos y la persona a la que le son entregados para su gestión, susceptible de denominarse relación jurídico-contable. El incumplimiento por parte de la persona que recibe tales fondos, el gestor, de las obligaciones que asume al establecerse dicha relación jurídica, es lo que determina el nacimiento de la responsabilidad contable. De esa manera, en ausencia de relación jurídico-contable, no se puede hablar de responsabilidad contable³⁰⁷.

III.5.1. Requisitos para que se configure la responsabilidad contable

Conforme a lo expuesto anteriormente, para determinar la existencia de responsabilidad contable debe concurrir los requisitos señalados por la jurisprudencia en las Sentencias de 18 de abril de 1986 y 9 de septiembre de 1987 del Tribunal de Cuentas a las que se hará referencia enseguida.

III.5.1.1. Concurrencia de una acción u omisión contrarias a la normativa presupuestaria y contable

Según el artículo 38.1 LOTCu se exige para el surgimiento de la responsabilidad contable, que «la acción u omisión causante del menoscabo sea contraria a la Ley, Dicha antijuridicidad está referida a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector» (artículo 49.1 LFTCu), con lo cual la omisión no se concreta en un simple no hacer, sino que ha de tratarse de un no hacer relacionado con lo que ordena las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que exige para evitar el resultado, cuando evita el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, lo que manda la norma, por ejemplo no rendir las cuentas en la oportunidad

³⁰⁶ GONZÁLEZ SOLER, Olayo E. *op. cit.*, p. 5.

prevista por la norma³⁰⁸. La omisión responde a una norma de mandato preceptivo, al contrario de lo que pasa con la acción que responde a una norma prohibitiva.

De tal manera que no genera responsabilidad contable la infracción de cualquier tipo de norma, sino exclusivamente la de normativa presupuestaria o contable reguladora del correspondiente sector público, o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector, diferenciándose así del ilícito civil y el penal.

FERNANDEZ GARCIA, precisa que la acción u omisión causante de la responsabilidad contable debe desprenderse de las propias cuentas e implicar una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público. Esa responsabilidad, por tanto, va a estar íntimamente vinculada al hecho de la ordenación del gasto o del pago, o a su ejecución material³⁰⁹.

En el sector público estatal la infracción legal necesaria para generar responsabilidad contable consiste en “*Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos*”, según lo dispuesto en el artículo 177.1 de la LGP. En el resto de supuestos mencionados en citado artículo, aunque se dará conocimiento al Tribunal de Cuentas, la responsabilidad debe ser exigida en expediente

³⁰⁸ LFTCu en el artículo 35 dispone la obligación de rendir cuentas en los siguientes plazos:

«1. Las cuentas que han de rendirse por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado, deberán estar en poder del Tribunal dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su recepción por la misma acompañadas de las notas de defectos o reparos que se hubieran producido.

2. Las cuentas generales y parciales que hayan de remitirse al Tribunal por otros conductos, deberán estar en poder del mismo en los plazos que las disposiciones respectivas determinen, o dentro de los dos meses siguientes a la terminación del período que a cada una corresponda cuando no exista previsión legal al respecto.

3. Las cuentas parciales que se remiten directamente al Tribunal por los cuentadantes, se enviarán al mismo dentro de los quince días siguientes a la terminación del período a que se refieran.

4. Las cuentas de los perceptores o beneficiarios de subvenciones u otras ayudas procedentes del sector público, se remitirán al Tribunal dentro de los dos meses siguientes a la terminación del ejercicio económico correspondiente.

5. En cualquier caso dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se apruebe su ejercicio social, los Presidentes o Directores de Empresas Públicas, remitirán a la Intervención General respectiva y ésta al Tribunal de Cuentas en la forma y plazos señalados en el apartado 1 de este artículo, las copias autorizadas de la Memoria, Balance, y Cuentas de Explotación y de Pérdidas y Ganancias correspondientes a dicho ejercicio, así como, en su caso, el Programa de Actuación, Inversiones y Financiación y los Presupuestos de explotación y de Capital». Por su parte, el artículo 42.2 de la LOTCu afirma que «Toda persona sujeta a obligación de rendir, justificar, intervenir o aprobar cuentas que dejare de hacerlo en el plazo marcado o lo hiciere con graves defectos o no solventara sus reparos, será compelido a ello mediante requerimiento conminatorio del Tribunal de Cuentas».

³⁰⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco: «La responsabilidad contable: El reintegro por alcance», *Revista de Administración Pública*, nº 192, Madrid, septiembre-diciembre, 2013, p. 340.

administrativo instruido al interesado, sin perjuicio de que conforme establece el artículo 41 de la Ley Orgánica pueda el Tribunal de Cuentas recabar el conocimiento del asunto en cualquier momento.

Este requisito plantea una problemática cuando se produzca por el gestor de caudales públicos una vulneración directa de normas no contables ni presupuestarias, y que este incumplimiento determine la improcedencia de los pagos que se realicen. En estos casos, dice CORTELL GINER, «se producirá un alcance, dado que dicha infracción contable –a la vista de la interpretación que ha venido desarrollando la SJTCu– se caracteriza por la falta de una obligación válida y legítima que justifique una salida de fondos, o la existencia de un derecho que indebidamente se deje de ingresar. Esta situación puede deberse al incumplimiento de normas no contables ni presupuestarias. En el alcance se puede dar, pues, la situación, que la infracción contable tenga su origen en una infracción extracontable. Ejemplo: un caso en que el Secretario-Interventor autorizó con su firma una serie de mandamientos que no deberían de haber sido librados, considerando la situación de incompatibilidad del perceptor. La conclusión a que se llega es que existe responsabilidad contable, habida cuenta que la expedición de los libramientos y su posterior pago son acciones que realizadas de forma culposa y grave han propiciado unos pagos que por indebidos son contrarios a la más esencial normativa contable y que correlativamente han perjudicado al Ayuntamiento de cuya caja salieron³¹⁰ (SJTCu de 1 de octubre de 1992)»³¹¹.

III.5.1.2. Que se trate de caudales o efectos públicos

Otro de los presupuestos que deben concurrir para que surja la responsabilidad contable, se refiere a que debe tratarse de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de “*caudales o efectos públicos*”. De tal manera que el concepto de responsabilidad contable se asienta sobre la categoría jurídica de *caudales o efectos públicos*, «no existiendo duda alguna acerca de la intención del legislador de vincular la función de enjuiciamiento contable al *carácter de públicos de los caudales o*

³¹⁰ SJTCu de 1 de octubre de 1992

³¹¹ CORTELL GINER, Robert P.: «Supuestos de responsabilidad contable», *Revista Auditoria Pública*, nº 50, 2010, p. 50.

efectos involucrados en las actuaciones de las que pueda predicarse dicha clase de responsabilidad»³¹².

Para tal efecto es necesario establecer qué se entiende por «caudales o efectos públicos» puesto que la LOTCu ni la LFTCu dan una definición al respecto. Algunas Leyes reguladoras de determinados Órganos de Control de Externo de las Comunidades Autónomas, por ejemplo la Ley 1/1998 artículos 2.2. de la Cámara de Cuentas de Andalucía y artículo 9 de la Ley 5/1993 de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha dan una definición que coinciden en su redacción así:

«Son fondos públicos todos los gestionados por el sector público (correspondiente), así como las subvenciones, créditos avales y todas las ayudas, cualquiera que sea su naturaleza, concedido por los órganos integrantes del sector público a cualquier persona física o jurídica»³¹³.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 6 de junio de 1989, 21 de junio de 1990 y 22 de febrero de 1995, indican que los fondos cobran naturaleza pública tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al patrimonio público, tras el cumplimiento de las formalidades prescritas, como cuando percibidos por el funcionario surge en el organismo o ente correspondiente el derecho expectante a su entrega y real ingreso en las arcas públicas.

En posteriores pronunciamientos el Tribunal Supremo, considera que fondos públicos no sólo son los del Estado y los de las Administraciones Públicas, sino también los de los Entes públicos, y los de cualquier Entidad pública, cuyo patrimonio o funcionamiento viene fiscalizado públicamente por la finalidad general y la función pública que cumple, por la procedencia los bienes de que se nutre y por su incorporación a las actividades encuadradas en el sector público³¹⁴. Otro aspecto, es que independientemente de que de una entidad pública o un ente con personificación pública se rija por normas de Derecho público o Derecho privado «lo que determina la

³¹² SSJTCu de 29 de noviembre de 2000.

³¹³ VACAS GARCÍA-ALOS, Luis: *La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2009, pp. 67-68.

³¹⁴ SsTS de 11 de abril de 1964, 12 de febrero de 1979, 14 de marzo de 1984, 24 de enero de 1994, 14 de marzo de 1995, 8 de noviembre de 1996, 28 de octubre de 2002 y 22 de febrero de 2006.

naturaleza pública de los fondos es que los mismos forman parte del patrimonio de una entidad pública o de un ente con personificación pública, con independencia de que se rija por normas de Derecho público o de Derecho privado (en este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo y 8 de junio de 1995 y de 8 de noviembre de 1996)»³¹⁵.

Hay que tener en cuenta además, “cuándo un bien empieza a ser público” y “cuándo deja de ser público por entregarse al sector privado”, por cuanto que en el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable afecta también a los perceptores de subvenciones y ayudas públicas³¹⁶. SESMA SÁNCHEZ entiende que la naturaleza pública de los fondos entregados no se pierde hasta que se haya justificado el empleo y la aplicación dada a los mismos³¹⁷.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en una decisión trascendental (STS, Sala de lo Penal de 7 de octubre de 2014³¹⁸ incluye dentro del delito de malversación de fondos públicos, la apropiación por personal laboral de entidades y sociedades mercantiles del sector público, considerando que pese a ser entes instrumentales y no tener carácter de Administraciones públicas, sus fondos han de calificarse como “públicos”.

La Sala de lo Penal en esta sentencia, ha extendido la red del delito de malversación de fondos públicos a las apropiaciones efectuadas en sociedades mercantiles, cuando concorra un doble requisito: la exclusiva titularidad pública (esto es, Sociedades Anónimas de socio único constituido por una Administración pública) y el desempeño de funciones públicas en sentido amplio. Y a las entidades públicas cuando no persiguen finalidades comerciales sino públicas³¹⁹. La sentencia en mención concluye:

³¹⁵ STCu 2 de 17 marzo de 2009.

³¹⁶ SESMA SÁNCHEZ, Begoña: *Las subvenciones y su control en el ordenamiento español*, Sindicatura de Comptes, Valencia, 1996, p. 30. Cfr.: VILLANUEVA RODRÍGUEZ, Ulpiano L.: «Auditoria y gestión de los fondos públicos», *Auditoría Pública*, nº 55, 2011, p. 17, en línea: <http://auditoriapublica.com/hemeroteca/P%C3%A1g%2013-27%20n%C2%BA%2055.pdf> [Consultado 18 septiembre de 2015].

³¹⁷ *Ibidem*, p. 17.

³¹⁸ (rec. 238/2014).

³¹⁹ CHAVES, José R.: *El Supremo extiende la malversación al mundo de las sociedades públicas*, 2015, en línea: <http://contencioso.es/2014/10/24/el-supremo-extiende-la-malversacion-al-mundo-de-las-sociedades-publicas/> [Consultado 12 de octubre de 2015].

«Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente público. Así pues, dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados no puede identificarse éste con el concepto de caudales públicos. (SSTS de 13 de marzo, 15 de diciembre de 1992) Ahora bien en relación a sociedades con exclusiva participación pública, el capital de la Compañía se identifica con el particular del accionista, es decir la Administración, con la consecuencia de poder considerarse el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación. [...] aunque es justo reconocer que lo hace en atención, no solamente a que su capital sea exclusivamente público, sino a que los órganos de la sociedad vienen determinados por las normas de Derecho Administrativo y no por las de Derecho Privado y porque, además, desarrollan funciones públicas».

III.5.1.3. Debe desprenderse de las cuentas que deben rendir los cuentadantes

La responsabilidad contable debe desprenderse de *«las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos»*. Quienes deben rendir esas cuentas se denominan *cuentadantes*, concepto que se encuentra definido en el artículo 34.2 LFTCu así *«Serán cuentadantes, en las cuentas que hayan de rendirse al Tribunal, las Autoridades, funcionarios o empleados que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y la realización de los gastos o la gestión del patrimonio en las entidades del sector público»*³²⁰.

El artículo 34.2 LFTCu, comprende como *cuentadantes* solo a las autoridades, funcionarios o empleados, sin embargo, el artículo 49.1 LFTCu lo amplía para incluir a *«todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.»*, debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término *cuentadante* es un concepto

³²⁰ MENDIZÁBAL ALLENDE, considera que «el concepto de sector público clava sus raíces en otro intrínsecamente dinámico: el manejo de caudales públicos. Todo gestor de un patrimonio ajeno está obligado a rendir cuentas y es responsable de esa gestión, por ello el sector público comprende además, a los efectos de la fiscalización y del enjuiciamiento, a los particulares que, excepcionalmente, recauden o custodien fondos o valores públicos y a los perceptores de las subvenciones corrientes, a todos los cuales se impone la rendición de cuentas». MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de, *op. cit.*, 1983, p. 1333.

jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los presidentes o directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas³²¹.

De manera que la responsabilidad contable no está circunscrita exclusivamente a los cuentadantes, sino que se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, que en opinión de SALAS SÁNCHEZ, abarca todas las responsabilidades que resulten de esas cuentas, sean o no funcionarios quienes hayan participado en las operaciones acabadas de relacionar, e inclusive se extiende –art. 15.2 LOTCu– a los alcances de caudales o efectos públicos producidos fuera de las cuentas mismas o sin ocasión de ellas, o inclusive a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de la gestión de aquellos³²².

Dentro de este contexto, la doctrina jurisprudencial de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuenta, señala «El concepto de cuentadante se establece por la obligación legal de rendir cuentas que se derivan de la gestión, recaudación o manejo de recursos públicos, con independencia de la relación administrativa que exista con quien opera con esos fondos y de su categoría profesional. No hay que perder de vista que la responsabilidad contable surge del encargo que se hace a ciertas personas de la gestión de fondos públicos, tanto en el momento de la entrega de los fondos (cargo) como en el de la justificación de la aplicación dada a los mismos (descargo o data). Si se produce un descuadre entre el cargo y la data (falta de justificantes o dinerario) surge un descubierto en las cuentas, lo que se denomina un alcance de fondos»³²³.

En otras sentencias expone el Tribunal de Cuentas, que la jurisdicción contable se extiende, desde el punto de vista subjetivo, respecto de todo aquél que, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, tenga la obligación de rendir cuentas de

³²¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. *op. cit.*, p. 342.

³²² SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La jurisdicción...», 2005, *op. cit.*, p. 105.

³²³ SSJTCu de 29 de julio de 1992.

los mismos. Para que alguien pueda ser merecedor de reproche contable debe tener condición de cuentadante de fondos públicos, sea o no funcionario, pero, además, serán necesarios los restantes requisitos de la responsabilidad contable, esto es: menoscabo, actitud subjetiva de dolo, culpa o negligencia graves, y violación de la norma presupuestaria o contable³²⁴.

La doctrina científica³²⁵ y la jurisprudencial tanto de la SJTCu³²⁶ como del TS³²⁷, subordinan la legitimación de todos los responsables (sean autores materiales, morales, cooperadores o cómplices) a que sean cuentadantes, de hecho o de derecho, de suerte que quienes no sean parte, de hecho o de derecho, de la relación jurídico-contable, cualquiera que sea la participación que hayan tenido en el menoscabo que sufran los caudales públicos como consecuencia de la infracción legal correspondiente, incluso cuando sea cometida por ellos mismos o cuando se les pueda atribuir responsabilidad por su infracción, no pueden ser llamados ante la Jurisdicción Contable para que respondan de su actuación³²⁸.

En congruencia con esta línea interpretativa, reiteradamente se ha dejado fuera del ámbito subjetivo de la responsabilidad contable al «extraneus» o cooperador necesario; así lo razona la señalada sentencia de la Sala 3.ª TS, de 30 de enero de 2012, que recoge el criterio sustentado en anteriores pronunciamientos³²⁹. En el mismo sentido se ha pronunciado también de modo reiterado la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas al excluir al *extraneus* de dicho ámbito, por cuanto que, aun habiendo participado el mismo en los hechos o colaborado en la producción del daño, no tiene la condición de gestor de fondos públicos, ni de gestor del patrimonio dañado, ni es receptor de ayudas o subvenciones³³⁰.

³²⁴ SSJTCu de 29 de septiembre de 1999. SSJTCu de 13 de abril de 2005. SSJTCu de 12 de mayo de 2014.

³²⁵ Cfr. GONZÁLEZ SOLER Olayo E. *op. cit.*, p. 11.

³²⁶ STCu de 18 de abril de 1986, de 10 de julio y de 9 de septiembre de 1987, de 29 de julio de 1992, de 28 de febrero de 2001 y de 14 de septiembre de 2004 y ATCu de 11 y 18 de enero de 1986 y de 13 de mayo de 1987.

³²⁷ STS de 8 de noviembre de 2006.

³²⁸ GONZÁLEZ SOLER Olayo E. *op. cit.*, p. 11.

³²⁹ Por todos, sentencias de 17 de abril de 2008, 4 de febrero de 2009 y de 21 de julio de 2011.

³³⁰ Cfr. Sentencias de 5 de julio y 13 de diciembre de 2004.

III.5.1.4. Conducta dolosa, culposa o negligente graves

Teniendo en cuenta que la responsabilidad contable es de carácter subjetivo y personalísimo, razón por la cual esta solo surge y resulta exigible si se dan las conductas prescritas por el legislador para su configuración (art. 49.1 LFTCu), esto es, si en la acción u omisión contrarios a la Ley que origine el menoscabo a los caudales públicos, media una conducta dolosa, culposa o negligente grave.

De este modo, el elemento subjetivo que genera responsabilidad contable es el dolo y, de las clases de culpas descritas, solo la culpa o negligencia que tenga la calificación de graves. Estas conductas como pone de manifiesto el artículo 49.1 LFTCu, es preciso que estén en directa relación con el incumplimiento de las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable.

La responsabilidad contable al igual que la acción de regreso de que trata el artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, son responsabilidades restrictivas, es decir, solo se configuran si la conducta del autor del daño es dolosa, culposa o negligente graves. Estos conceptos, como advertimos en el capítulo primero, ni la ley ni la jurisprudencia los han definido para efectos de la acción de regreso, mientras que en la responsabilidad contable la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Cuentas han definido estos conceptos para efectos propios de la responsabilidad contable.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas afirma que «la tipificación del instituto de la responsabilidad contable que el legislador instituye en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se enmarca en lo que constituye regla general de nuestro ordenamiento jurídico de considerar subjetiva la responsabilidad por daños, vinculando el nacimiento de la misma a conductas intencionales o, en su caso, a comportamientos carentes de dolo pero impregnados de omisión más o menos grave de la diligencia debida. La definición de lo que en cada supuesto consiste ésta, y la graduación de la medida en que ciertas conductas se apartan

de lo que es debido, son tareas que la ley encarga al juzgador quien, prudencial y equitativamente, apreciará caso por caso si ha existido negligencia y de qué clase»³³¹.

La SSJTCu de 6 de febrero de 2013, refiriéndose a lo que se debe entender por dolo, culpa o negligencia dice «para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño a los caudales o efectos públicos sea contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, es necesario (...) que el agente haya actuado, o bien consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas para evitarlo, o bien, al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia –culpa o negligencia–, entendiéndose que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo. De forma que es negligente, quien no prevé debiendo hacerlo, lo que lleva a no evitar dicho daño, o previendo, no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento. Igualmente, si el resultado dañoso fue conscientemente querido, con el propósito cierto de producirlo, estaríamos ante una actuación dolosa».

A modo de ejemplo, la Sentencia n° 18/2016 dictada por Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, dice en el Fundamentos de Derecho número cuarto «[...] asimismo el necesario elemento subjetivo de la responsabilidad contable ya que la actuación del Sr. PC en la gestión de los fondos públicos que tenía confiada como Secretario-Interventor de la Junta Vecinal fue, como mínimo, gravemente negligente. Cabría apreciar, incluso, que la actuación del demandado fue dolosa, ya que intentó ocultar a los órganos de la Junta lo que él mismo denomina “vaciado” de la cuenta del Banco Santander, fingiendo a tal efecto una inexistente inversión en un depósito en otra entidad bancaria y proponiendo posteriormente la cancelación de la cuenta del Banco Santander en fechas ya próximas a su cese como Secretario-Interventor. En definitiva, don JMPC realizó actos contrarios a las obligaciones de todo gestor de fondos públicos con pleno conocimiento de ello y a sabiendas de las consecuencias de su irregular proceder, ordenando transferencias a cuentas de su titularidad sin justificar su destino, y tratando de ocultar dichas transferencias no sólo con una descuidada contabilidad no ajustada a la realidad sino simulando la contratación de un depósito en otra entidad y

³³¹ STCu n° 19/1998, de 16 de diciembre.

cancelando la cuenta del Banco Santander para dificultar a los órganos de la Junta conocer sus movimientos.

Tradicionalmente la doctrina del Tribunal de Cuentas ha aceptado la dialéctica tripartita de culpa leve, grave o muy grave, *como parámetros de medida de la omisión de la diligencia debida*, expresando que sería predicable la existencia de *culpa leve* «en un hombre que prescinde de las cautelas que no le eran exigibles y que sólo una persona muy reflexiva y prudente hubiera adoptado ante una determinada situación, pudiendo llegar a ser calificada como levísima en los casos en que sólo alguien extremadamente cauto e inusualmente previsor hubiera adoptado las medidas que a la postre habrían evitado el daño»³³².

Añade, que la *negligencia grave* «nos sitúa en el contexto del descuido inexcusable en personas que por razón de su formación, conocimientos, experiencia, responsabilidades encomendadas, o listado de deberes, deberían haber observado una serie de precauciones en su actuación, de asequible adopción, que en su caso habrían enervado el daño producido en las personas o en las cosas. El incumplimiento de los deberes profesionales o el descuido en el desempeño del trabajo para el que se es capaz se sitúa claramente en la esfera de la culpa grave»³³³.

Y termina diciendo que cuando, «finalmente, la negligencia supone la omisión de la más elemental norma de prudencia que cualquier hombre mínimamente diligente hubiera observado, nos encontramos ante comportamientos calificables de culposos en grado de muy graves»³³⁴.

El Tribunal Supremo y el Tribunal de Cuentas identifican el concepto de culpa con el de negligencia. Así lo señala la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia nº 15/2012, de 20 de junio. «En cuanto a la previsibilidad como elemento esencial para graduar la culpa o negligencia, también ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala; así en su Sentencia de 31 de marzo de 2008 razonó: “son numerosas las Sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de la Sala de Justicia, que analizan y

³³² STCu nº 19/1998, de 16 de diciembre.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ *Ibidem*.

gradúan el concepto de culpa y negligencia. En este sentido, el Tribunal Supremo parte de identificar el concepto de culpa, al menos en su concepción clásica, con el de negligencia, concepto que se opone al de diligencia; todo ello está basado en un criterio subjetivo. Así, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 739/2003, de 10 de julio, nos define de forma descriptiva la culpa como “la desviación de un modelo ideal de conducta”; modelo representado, unas veces por la “fides” o “bona fides”, y otra por la “diligentia” de una “pater familias” cuidadoso”. En la culpa el elemento intelectual del dolo (previsión efectiva) queda sustituida por el de “previsibilidad”, o sea, la posibilidad de prever; y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha querido efectivamente el resultado, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo (Sentencia de 9 de abril de 1963). La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la clase de actividad de que se trate y de la que pueda y deba esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso. La medida de la diligencia exigible es variable para cada caso; según el artículo 1140 del Código Civil, dependerá de la naturaleza de la obligación y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

III.5.1.5. Nexo causal entre la conducta y el daño

La responsabilidad contable requiere la concurrencia del nexo de causalidad entre la conducta (acción u omisión) y el daño efectivamente producido (menoscabo en los caudales o efectos públicos) del que deriva un deber de indemnizar.

El Tribunal Supremo manifiesta que «la concurrencia de una relación causal difícilmente puede definirse apriorísticamente con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante

por sí mismo para producir el resultado final». ³³⁵ En esta línea, el Tribunal de Cuentas aplica varias teorías sobre el nexo causal de acuerdo al caso concreto que este analizando.

a) Teoría de la causalidad adecuada. Conforme a ella, es causa en la producción del resultado no toda condición, sino aquella apropiada para producirlo. De acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, de las múltiples condiciones que intervienen en un acontecimiento, sólo tiene la consideración de causa la condición que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado típico, es decir, aquélla que aparezca como apropiada (previsible) para producir el resultado. El Juez debe situarse en el momento de la acción para determinar si, de acuerdo con los conocimientos del hombre medio, el resultado concreto aparece como objetivamente previsible. Ejemplo: la conexión de causalidad (entre la conducta enjuiciada y el menoscabo producido) supone un enlace, al menos suficiente, entre ciertos actos comisivos y un resultado determinado ³³⁶.

b) Teoría de la causalidad eficiente. El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de febrero de 1985 se refiere a esta teoría expresando «por lo que se refiere al elemento causal ha de entenderse, a los efectos de decidir sobre su existencia, que es causa eficiente para producir el resultado aquello que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última».

Esta teoría es acogida por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas cuando dice «Causa, en el sentido del Derecho, es la condición que ha contribuido en mayor grado a la producción del efecto. Ejemplo: es causa eficiente para producir el resultado aquélla que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o concrete la acción de la causa última» ³³⁷

c) Teoría de la imputación objetiva del resultado. La SSJTCu 2/2009, 18 de febrero, refiriéndose a esta teoría manifiesta «Un sujeto sólo es responsable por sucesos que se encuentren dentro de la órbita de su competencia, pues sólo en ese caso tiene una

³³⁵ STS de 26 de septiembre de 1998.

³³⁶ SSJTCu de 17 de diciembre de 1998.

³³⁷ SSJTCu 16/1999, de 30 de septiembre.

posición de garante con respecto a la evitación del resultado. Así, responde aquel sujeto que defrauda las expectativas que nacen de su rol; es decir, si crea un riesgo jurídicamente desaprobado. Ejemplo: si bien los administradores de una sociedad mercantil pública pueden delegar sus facultades –salvo las que la Ley considera indelegables, entre las que se encuentra la formulación de las cuentas anuales–, dicha delegación no exime a los mismos de responsabilidad por los actos u omisiones de quien ejercita las facultades delegadas. A ellos les corresponde la responsabilidad última de la gestión social, sin que sirva como excusa, para desentenderse de dicha responsabilidad, el hecho de que contrataran un Abogado, un Economista y un Auditor para controlar la gestión del Gerente. En efecto, la labor desempeñada por aquéllos se puede conceptuar como auxiliar respecto de la principal que corresponde a los administradores pero, en ningún caso, sustitutiva de la misma. La delegación de facultades y competencias fue un acto voluntario de los administradores sociales, ni impuesto ni debido, por lo que no se puede tomar como excusa o causa de exención de responsabilidad».

En la sentencia recurrida, la parte apelante, considera interrumpido el nexo de causalidad entre la actuación de la apelada y el resultado producido, por el hecho de haber ésta procedido de inmediato a poner en conocimiento de las fuerzas de seguridad del Estado la desaparición de los antedichos fondos públicos, interpretación de la relación causal que en absoluto comparte la Sala. Dicha conexión de causalidad supone un enlace, al menos suficiente, entre ciertos actos comisivos u omisivos y un resultado determinado. Es decir, el iter temporal a ser considerado en el análisis de una relación de causalidad finaliza con la producción de un efecto o resultado a partir del cual, y con mirada retrospectiva, se inicia la búsqueda del antecedente fáctico que constituye su causa, sea la misma necesaria o simplemente suficiente en función de la finalidad a la que sirva dicho análisis. Producido el efecto se consuma la acción por lo que los hechos posteriores podrán modificar las consecuencias del resultado atemperándolo o agravándolo, pero serán en todo caso ajenos e independientes a la relación de causalidad considerada, careciendo de todo poder de influencia sobre la misma y, por supuesto, de poder interruptivo³³⁸.

III.5.1.6. Daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente

³³⁸ SSJTCu n° 19 /1998, de 16 de diciembre.

El artículo 59.1 inciso segundo de LFTCu dispone que «Los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos». Se trata de una responsabilidad por daños, toda vez que se requiere que se haya producido un resultado dañoso en los fondos públicos, caracterizado por un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, es decir, que no se trate de daños fundados en meras expectativas, morales o eventuales, de tal manera que un daño efectivamente producido es aquel que se puede acreditar mediante una valoración real en la esfera jurídica del menoscabo a los caudales o fondos públicos, por lo que quedan excluidos los daños morales así como los eventuales o posibles.

Por ejemplo, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas mediante sentencia de 18 de noviembre de 2014, señala que las meras expectativas de beneficio no constituyen un daño real y efectivo como requisito de la responsabilidad contable. Agrega, que se deben probar los perjuicios por las irregularidades denunciadas que sean reales y objetivamente considerados, esto es, actuales, no potenciales o posibles; y sin que, en ningún caso, puedan ser indemnizables meras especulaciones sobre pérdidas contingentes o dudosas, teniendo siempre presente que no se persigue en esta jurisdicción el castigo de conductas irregulares que no den lugar a responsabilidad contable.

En otra sentencia, dice la Sala de Justicia que para declarar responsabilidad contable es necesario que se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado y que no puede ser meramente posible o contingente³³⁹. Un daño es evaluable económicamente e individualizado cuando tiene la posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individual³⁴⁰, es decir, para que pueda hablarse de responsabilidad contable tiene que haber existido un daño real, nunca potencial o futuro, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable,

³³⁹ SSJTCu de 1 de marzo de 2011.

³⁴⁰ SSJTCu n° 16/1999, de 30 de septiembre.

debiéndose dar el necesario nexo causal entra la acción producida y el resultado dañoso ocasionado³⁴¹.

Si no se acredita la existencia y la realidad del daño individualizado, no surge la responsabilidad contable, así lo precisa el Tribunal de Cuentas cuando dice que «La responsabilidad contable es, por tanto, una responsabilidad por daños y como tal, aun siendo imprescindible el incumplimiento, por parte del gestor, de las obligaciones que le competen, no deriva directamente del hecho mismo de dicho incumplimiento, sino de la probada existencia y realidad de los daños individualizados ocasionados, ya que no sería concebida que naciera un deber de resarcimiento sin haberse producido y acreditado el perjuicio, carga de la prueba que compete a quien reclama el reintegro. Por lo tanto, no basta con la inadecuación de la conducta enjuiciada a Derecho para que surja responsabilidad, además, debe haberse ocasionado un menoscabo que debe ser efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente³⁴².

El Auto nº 25 de 16 de septiembre de 2015, dictado por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento, al considerar que no concurren los requisitos para la exigencia de responsabilidad contable, entre ellos, la existencia de un daño real y efectivo, sin el cual los posibles incumplimientos de carácter contable, financiero y presupuestario, no serían suficientes para provocar el efecto indemnizatorio que deriva de dicha responsabilidad.

Para VALLE TORRES, la responsabilidad contable existe exclusivamente cuando se produce un daño real, lo cual descarta del concepto la aparición de una mera «antijuridicidad formal» (infracción de las normas presupuestarias y contables) si no se da la «antijuridicidad material» (perjuicio en los caudales o efectos públicos); ésta es la doctrina que mantiene también el propio Tribunal de Cuentas en Auto de 21 de octubre de 1994 de su Sala de Justicia³⁴³.

³⁴¹ Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, por todas, las de 5 de diciembre de 1997 y 6 de noviembre de 1998

³⁴² Sentencia A 218/13, con fecha de 24 de noviembre de 2014, Departamento Primero del Tribunal de Cuentas.

³⁴³ VALLE TORRES, José Luís. *op. cit.*, p. 3.

En reciente sentencia, el Tribunal de Cuentas precisa «La responsabilidad contable, de acuerdo con la Jurisprudencia, no puede nacer de la inoportunidad, ineficacia o ineficiencia de un concreto gasto público, sino de un daño real y efectivo generado como consecuencia de una actuación que provoca un desvío de los fondos públicos, una ausencia de los mismos o un saldo deudor injustificado en ellos»³⁴⁴.

III.6. Clases de responsabilidad contable

La infracción contable puede originar dos clases distintas de responsabilidad, la directa y la responsabilidad subsidiaria³⁴⁵.

III.6.1. Responsabilidad directa

Serán *responsables directos* quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución (art. 42.1. LOTCu).

En los supuestos de autoría esta responsabilidad es exigible siempre que exista dolo, culpa o negligencia graves en la conducta.

Al respecto precisa CORTELL GINER que la *autoría única inmediata* «se dará en todos aquellos supuestos en los que una sola persona realiza por sí todo el hecho constitutivo de la infracción contable. Dentro de este supuesto cabe tanto el dolo como la culpa o negligencia grave. La *autoría mediata*, cuando el autor de la infracción contable no actúa por sí mismo sino que, movido por dolo, ejecuta el hecho a través de otra persona, que actúa por necesidad sobre la base del error o sobre la del empleo de la violencia física o moral»³⁴⁶.

Este mismo autor dice que la *inducción y complicidad* a «diferencia de la autoría, que es la realización del hecho propio, tanto la inducción como la complicidad

³⁴⁴ Sentencia nº 5/2016, Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A80/15, del Ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Vitoria –Gasteiz), ámbito territorial de la provincia de Álava.

³⁴⁵ Según lo dispone los artículos 38.2, 42 y 43 de la LOTCu.

³⁴⁶ CORTELL GINER, Robert P.: «Responsabilidad contable directa y subsidiaria», *Auditoria Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, nº 9, 1997, p. 42.

constituyen supuestos de participación, es decir, de contribución al hecho ajeno. Inducir es determinar a otro a la realización de un hecho constitutivo de infracción contable de tal manera que se hace nacer en otro una voluntad infractora de la que carecía». Mientras que *el encubrimiento*, «no es propiamente un supuesto de participación en la comisión de la infracción contable, pues ocurre cuando ésta ya ha terminado. Se trata, pues, de una participación posterior, precisamente con la finalidad de ocultar los hechos o impedir su persecución»³⁴⁷.

Según artículo 38.3. LOTCu, la responsabilidad directa será siempre solidaria³⁴⁸ y comprenderá todos los perjuicios causados en el patrimonio público como consecuencia de la gestión, no habiendo lugar a su moderación; esto es, el daño efectivamente producido más los intereses contados desde la fecha en que el daño se produjo.

Lo que determina que una conducta concreta sea constitutiva de responsabilidad contable, directa o subsidiaria, no es el carácter grave o leve de la negligencia apreciada en la misma, sino la participación que hayan tenido los presuntos responsables en los hechos generadores del alcance.

Según la doctrina del Tribunal de Cuentas, «el grado de culpa que concurra no resulta decisivo a efectos de declarar el grado de responsabilidad, pues la existencia de negligencia grave puede dar lugar, tanto a responsabilidad directa como a subsidiaria, ya que lo relevante es la participación que hayan tenido los presuntos responsables en los hechos generadores del alcance. Así, el artículo 42 de la LOTCu señala que «serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con, posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución». El artículo 43 de este mismo texto legal señala, por su parte, que «son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 42-43.

³⁴⁸ «La responsabilidad contable es una responsabilidad solidaria donde no hay una relación jurídica inescindible entre los posibles litisconsortes» SSJTCu de 16 de noviembre de 2001.

menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas»³⁴⁹

En conclusión, los responsables directos responden de todos los perjuicios ocasionados en el patrimonio público como consecuencia de su gestión. Responden del principal y los intereses producidos desde que tuvo lugar el menoscabo. Finalmente, la responsabilidad directa no admite moderación.

III.6.2 Responsabilidad subsidiaria

Son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas (artículo 43.1. LOTCu).

El Tribunal de Cuentas declara que la responsabilidad subsidiaria exige que concurra culpa o negligencia, si bien no comprende todas las gradaciones de culpa, ya que sólo la que merece el calificativo de “grave” entra dentro del concepto de responsabilidad directa. Así mismo es necesario que exista una infracción contable o presupuestaria, requisito predicable tanto de la responsabilidad directa como subsidiaria, pues una y otra encuadran en la relación jurídica de rendición de cuentas de los bienes, caudales y efectos públicos³⁵⁰.

La responsabilidad subsidiaria sólo puede hacerse efectiva cuando se ha intentado previamente y sin éxito contra los responsables directos (artículo 43.2. LOTCu). Como advierte el Tribunal Supremo, una responsabilidad subsidiaria, solo procede, según la ley, cuando no hayan podido hacerse efectivas las directas, lo que incluye la previa excusión en el patrimonio de los referidos responsables directos. Se rechazan así las denominadas «responsabilidades subsidiarias autónomas» pues, como advierte el Tribunal de Cuentas, tendría escasa lógica jurídica la declaración de inexistencia de responsabilidades contables directas y que, sin embargo, se admitiera la

³⁴⁹ SSJTCu n° 5/2013, 6 de febrero.

³⁵⁰ SSJTCu de 16 de noviembre de 2001.

existencia de las subsidiarias con las consecuencias de su hipotética ejecución, porque haría recaer sobre sus titulares el peso de una responsabilidad principal que no descansa sobre nadie³⁵¹.

Cuando se trata de responsabilidad subsidiaria, la cuantía de la responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de los actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa (artículo 38.4. LOTCu). De allí que la responsabilidad subsidiaria no es ilimitada y puede moderarse de forma prudencial y equitativa, pues otra interpretación conduciría a una concepción objetiva de la responsabilidad contable³⁵².

Concluyendo, la responsabilidad subsidiaria solo puede hacerse efectiva cuando se ha intentado previamente y sin éxito contra los responsables directos. Solo responden de aquellos daños que hayan sido consecuencia directa de sus concretos actos de gestión. El subsidiario responde del principal y de los intereses pero sólo desde el día en que se le requirió para que reintegrara. La responsabilidad subsidiaria si admite moderación cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 40 LOTCu.

III.7. Transmisión de la responsabilidad contable

El artículo 38.5 LOTCu establece que las responsabilidades tanto directas como subsidiarias, *se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma*; norma que tiene que ser interpretada en concordancia con lo dispuesto en el artículo 55.2 LFTCu que considerarán legitimados pasivamente ante el Tribunal de Cuentas a los presuntos responsables directos o subsidiarios, *sus causahabientes* y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.

Como se mencionó, la responsabilidad contable definida en el artículo 38.1 LOTCu, tiene carácter subjetivo y personalísimo al exigir como presupuesto para que surja la responsabilidad contable dolo, culpa o negligencia graves y por lo tanto, solo puede imputarse responsabilidad a quien con sus actos u omisiones contrarios a la Ley origine menoscabo al Tesoro Público y en consecuencia, dicha responsabilidad no es

³⁵¹ SSJTCu de 1 de febrero de 1993.

³⁵² SSJTCu de 16 de noviembre de 2001.

transmisible. Lo que sí es transmisible a los causahabientes es la deuda o reintegro procedente de una declaración de responsabilidad contable, tal y como lo dispone el artículo 38.5 LOTCu. CUBILLOS RODRIGUEZ dice que la razón de la existencia del precepto que establece la transmisibilidad mortis causa de las responsabilidades contables, no pretende que quien causó el daño lo repare, sino evitar que sus causahabientes obtengan un enriquecimiento injusto³⁵³, que encaja perfectamente en la idea de la responsabilidad contable como una responsabilidad reparadora y no sancionadora, frente a las responsabilidades de tipo penal o sancionador, en las que no cabe tal transmisión³⁵⁴.

El Tribunal de Cuentas precisa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.5 LOTCu «lo que se transmite es la deuda derivada de una declaración de responsabilidad; por lo que en tanto no haya una deuda líquida y exigible, no se transmite nada; no se puede transmitir lo que no se tiene. Lo que se puede integrar en el haber hereditario es la deuda o reintegro derivados de la responsabilidad declarada. Se integra una obligación patrimonial líquida y exigible. La simple responsabilidad no declarada no se integra en el patrimonio hereditario, en el que tampoco se integra la culpabilidad subjetiva derivada de la comisión de una infracción»³⁵⁵.

Por ejemplo, la falta de aceptación de la herencia impide que los demandados puedan investirse de la cualidad de herederos y asumir las obligaciones inherente a tal cualidad, no dándose por lo tanto, los requisitos legales precisos para entender válidamente constituida la relación jurídico-procesal por falta de legitimación pasiva de los demandados en virtud de lo establecido en el artículo 38.5 de la LOTCu en relación con el artículo 55.2 de la LFTCu, al carecer, en consecuencia, de la aptitud precisa para ser demandado en el pleito por no tener el carácter o personalidad con el que se les demanda. No cabe imputar la responsabilidad contable al caudal hereditario con base en el art. 956 en relación con el 1.1902 del Código Civil³⁵⁶.

³⁵³ CUBILLOS RODRIGUEZ, Carlos: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, Editorial: Comares, Granada, 1999, p. 154.

³⁵⁴ VILLANUEVA RODRÍGUEZ, Ulpiano L. *op. cit.*, p. 22.

³⁵⁵ SSJTCu de 29 de octubre de 1995.

³⁵⁶ SSJTCu de 25 de febrero de 1996.

El artículo 38.5 LOTCu señala que «Las responsabilidades, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, [...]»³⁵⁷. La Sala de Justicia analiza la transmisión mortis causa de la responsabilidad contable, en concreto la aceptación de la herencia. Señala que para que se tenga la herencia por aceptada tácitamente no basta con cualquier conducta que pueda inducir a la sospecha de aceptación sino que tiene que tratarse de una actividad que, o suponga necesariamente la voluntad de aceptar o implique el ejercicio de un derecho que sólo podría ostentarse en virtud de la condición jurídica de heredero³⁵⁸.

En cuanto a la renuncia de la herencia, la Sala de Justicia precisa que debe ser expresa, clara y contundente, sin dejar resquicio de duda, indeterminación o condicionante alguno y, en cuanto a la forma, es válida la hecha en documento que se ha probado auténtico en el sentido de que proceda indubitadamente del renunciante³⁵⁹.

III.8. Eximentes y atenuantes de la responsabilidad contable

Respecto a la eximentes de responsabilidad contable, la LOTCu establece varias circunstancias que eximen de responsabilidad contable ya sea directa o subsidiaria. El artículo 39 contempla dos circunstancias: 1. Quedan exentos de responsabilidad quienes actúen en virtud de obediencia debida, siempre que hubieren advertido por escrito la imprudencia o legalidad de la correspondiente orden, con las razones en que se funden. 2. Tampoco se exigirá responsabilidad cuando el retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos sea debido al incumplimiento por otros de sus obligaciones específicas, siempre que el responsable así lo haya hecho constar por escrito.

En estas dos situaciones, se exige como requisito que se hubiera advertido por escrito, en el segundo caso, llama la atención como se pretenden exigir responsabilidad por la actuación de otro.

³⁵⁷ En caso de fallecimiento de alguno de los declarados responsables no hay obstáculo alguno para demandar a la herencia yacente o a los patrimonios separados en cuanto que carezcan transitoriamente de titular y que los albaceas o administradores puedan actuar en su representación. SSJTCu de 24 de julio de 2007.

³⁵⁸ Auto nº 30 de 2004 dictada por Sala de Justicia

³⁵⁹ Auto nº 27 de 2004 dictada por Sala de Justicia.

Por otra parte, el artículo 40.1 LOTCu hace referencia a la exoneración de responsabilidad contable subsidiaria cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones, cuya omisión es causa de aquella, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos.

El apartado segundo del citado artículo, hace mención a la moderación de la responsabilidad subsidiaria, cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de tales obligaciones, pero el esfuerzo que hubiera de exigirse al funcionario para ello resultara desproporcionado por el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuarse la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de esta Ley.

Estas no son las únicas causas de moderación de responsabilidad subsidiaria toda vez que el artículo 38.4 LOTCu dispone que la cuantía de su responsabilidad se limitará los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa.

III.9. Prescripción de la responsabilidad contable y su interrupción

La prescripción de la responsabilidad contable se contempla en la Disposición Adicional Tercera de LFTCu en la que se establece un plazo general de prescripción de las responsabilidades contables de cinco años, a contar desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos, y otros dos plazos especiales, referidos a las responsabilidades contables detectadas en un procedimiento fiscalizador o dictadas por sentencia firme, supuesto en los que el plazo de prescripción es de tres años³⁶⁰.

³⁶⁰ LFTCu. Disposición Adicional Tercera. 1. Las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen. 2. Esto no obstante, las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o desde que la sentencia quedó firme.

Cada uno de esos plazos tiene sus respectivos dies a quo, fecha de comisión de los hechos para el primero y fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o de firmeza de la sentencia en el segundo³⁶¹.

En cuanto a las causas de interrupción de la prescripción contable, el apartado tercero de la citada Disposición Adicional Tercera establece que «el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiese iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad».

La doctrina del Tribunal Supremo sostiene que «la interrupción del plazo de prescripción se produce por el inicio de cualquier actuación o procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, no exigiendo el precepto legal el conocimiento por los interesados del hecho interruptivo de la prescripción, que nada tiene que ver con la intervención que, en su caso, les corresponda en los citados procedimientos en orden a ejercer su derecho de defensa y los efectos que pudieran derivarse de su inobservancia, cuya denuncia habría de efectuarse a través del motivo previsto en el artículo 82.1.3³⁶² de la LFTC, no del 82.1.5³⁶³»³⁶⁴.

Por lo que se refiere a la necesidad o no del conocimiento formal de los hechos interruptivos de la prescripción por parte de los recurrentes, interesa señalar, que el Tribunal Supremo en STS 88/2011, de 3 de enero, sostiene «que tal requisito ni está establecido, en la citada disposición adicional tercera, ni en el resto de su articulado. Por ello obligado resulta acudir a la naturaleza civil de la responsabilidad contable, cuyo contenido privativo, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos consiste, estrictamente, como reconoce el Tribunal Constitucional en su Auto de 16 de diciembre de 1993, "en la obligación de indemnizar

³⁶¹ STS 88/2011, de 3 de enero, Sala Tercera (Sección Octava) del Tribunal Supremo.

³⁶² LFTCu, artículo 82 .1. El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los motivos siguientes: 3. ° Quebrantamiento de las normas esenciales del proceso o de los principios de audiencia y defensa, siempre que, en este último caso, se haya producido efectiva indefensión.

³⁶³ STS 88/2011, de 3 de enero, Sala Tercera (Sección Octava) del Tribunal Supremo.

³⁶⁴ STS 88/2011, de 3 de enero, Sala Tercera (Sección Octava) del Tribunal Supremo.

los daños y perjuicios causados (arts. 2.b) y 38.1 de la L.O.T.C.”)». Argumenta que «Precisamente por ello, a la hora de valorar la fuerza interruptiva del procedimiento fiscalizador, su finalidad no es la de detectar hechos generadores de responsabilidad contable, ni, consiguientemente, se dirige contra nadie en concreto, sino simplemente, la de poner en conocimiento de las Cortes Generales o, en su caso, otros órganos públicos, la fiscalización de una entidad pública».

El Tribunal Supremo, en la referida sentencia concluye «En definitiva, la prescripción de la responsabilidad contable a que se refiere el apartado 2 de la citada disposición adicional tercera de la Ley 7/1988³⁶⁵ debe relacionarse con la prescripción a que se refiere el apartado 1 de la misma, de suerte que iniciado un procedimiento fiscalizador después del plazo de cinco años desde la fecha en que se cometieron los hechos, la responsabilidad contable habrá prescrito, pero iniciado antes del indicado plazo dicha responsabilidad no prescribirá hasta que transcurra el plazo de tres años contados desde la finalización de dicho procedimiento».

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en sentencia de 1 de marzo de 2012, comparte la doctrina del Tribunal Supremo señalando que «el plazo de prescripción se interrumpe con el inicio de cualquier actuación o procedimiento que tuviere por finalidad el examen de los hechos determinantes de responsabilidad contable y no desde que se le ponen en conocimiento, al interesado, el inicio de la actuación o procedimiento».

Posteriormente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de diciembre de 2013, ratifica esta tesis declarando que el plazo de prescripción se interrumpe desde la fecha de la iniciación de un procedimiento fiscalizador y no desde la citación que ponen en conocimiento al interesado el procedimiento, estos son los argumentos: «Dicho de otra forma, el procedimiento fiscalizador tiene una finalidad preparatoria del juicio de cuentas o del procedimiento de reintegro por alcance y, por tanto, la iniciación de un procedimiento fiscalizador contra cualquiera de los entes, organismos o sociedades que integran el Sector Público (artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del

³⁶⁵ Disp. Adic. 3., apartado 2. «Esto no obstante, las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o desde que la sentencia quedó firme».

Tribunal de Cuentas) significa ya el comienzo del mecanismo legalmente previsto para exigir individualmente a las concretas personas que encarnen la dirección o administración de tales entes, organismos o sociedades del Sector Público las responsabilidades de naturaleza contable que puedan derivarse de los hechos que hayan sido objeto de la fiscalización. De lo cual se deriva que, en el caso aquí enjuiciado, el hecho interruptor ha de ser el acuerdo de fiscalización adoptado el 14 de febrero de 2002 por el Pleno del Tribunal de Cuentas y no, como se pretende en el recurso, la citación para la liquidación provisional practicada en las actuaciones previas».

De lo expuesto se puede señalar que existe unanimidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal de Cuentas, al considerar que la interrupción del plazo de prescripción se produce por el inicio de cualquier actuación o procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable y no desde que se le ponen en conocimiento, al interesado, el inicio de la actuación o procedimiento.

Ahora, si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabilidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos³⁶⁶.

III.10. Supuestos que generan responsabilidad contable y competencia de la jurisdicción contable

Acabamos de ver los requisitos que se exigen para que se configure la responsabilidad contable, ahora entraremos en el tema de los supuestos que generan responsabilidad contable según la LOTCu y la LFTCu son el alcance, la malversación y las infracciones contables. Con anterioridad a la LOTCu, prácticamente toda la responsabilidad contable se reducía al alcance, descubierto a través del examen y comprobación de las cuentas que debían rendirse al Tribunal de Cuentas o mediante la denuncia al Tribunal de la normativa aplicable. La LOTCu previó dos procedimientos, el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance, sin establecer las

³⁶⁶ Disposición Adicional 3, apartado 4, LFTCu.

diferencias entre uno y otro. Fue la LFTCu la que configuró ambos procedimientos, reservando el procedimiento de reintegro por alcance para la persecución de alcances o malversaciones de caudales públicos y diseñando un juicio de cuentas para los demás supuestos de responsabilidad contable, distintos del alcance³⁶⁷.

En realidad, dice VILLANUEVA RODRÍGUEZ, lo que se ha producido es que, con la misma finalidad, es decir, el reintegro al erario público de las cantidades perjudicadas al mismo, de forma intencionada o negligente, por las personas encargadas del manejo o custodia de los fondos menoscabados, se han creado dos procedimientos distintos con el único criterio de distinción entre ambos de si los hechos son o no constitutivos de alcance o malversación de fondos públicos. Quizás lo más adecuado hubiese sido modificar la LOTCu para suprimir la distinción de procedimientos antes mencionada y regular en la LFTCu un único procedimiento para depurar las responsabilidades contables³⁶⁸.

La responsabilidad contable se enjuicia por el Tribunal de Cuentas a través de los procedimientos previstos en la LOTCu desarrollada por la LFTCu que regula el funcionamiento del Tribunal de Cuentas, esta última dedica el Capítulo XI a las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables y el Título V a la jurisdicción contable y sus procedimientos.

La jurisdicción contable se puede ejercer a través de tres instancias: 1) Los Consejeros de Cuentas. 2) La Sala del Tribunal de Cuentas y 3) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Por regla general, los Consejeros ejercen la jurisdicción en primera instancia; la Sala del Tribunal de Cuentas conoce de las apelaciones contra las Sentencias de los Consejeros o de los recursos contra las resoluciones de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resuelve los recursos de casación interpuestos con motivo de pronunciamientos de las otras dos instancias³⁶⁹.

³⁶⁷ VILLANUEVA RODRÍGUEZ, Ulpiano L. *op. cit.*, 2013, pp. 25-26.

³⁶⁸ *Ibidem*, pp. 25-26

³⁶⁹ VALLE TORRES, José Luís. *op. cit.*, p. 16

Le corresponde a la jurisdicción contable conocer de las pretensiones de responsabilidad que se desprendan de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, que 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 público*, como también, de las responsabilidades en que incurran las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.

El menoscabo de caudales públicos que genera la obligación de indemnizar al Estado y permite la exigencia de responsabilidad contable, se enjuicia mediante tres procedimientos regulados en la LOTCu y en la LFTCu cada uno de ellos con fines diferenciados: uno para la *cancelación de fianzas* y dos de responsabilidad contable; estos últimos son el *procedimiento de Juicio de Cuentas* y el de *Reintegro por Alcance*, «que han de reputarse necesariamente como contenciosos (tratan de asuntos en los que hay pretensiones contrapuestas y, por tanto, dualidad de partes interesadas, que se encuentran sometidas al fallo de los órganos de la jurisdicción contable en forma de litigio)»³⁷⁰. Estos dos procedimientos cuentan cada uno con una fase previa a la exigencia de responsabilidades contables.

El preámbulo de la LFTCu, expone la razón de la separación de estos dos procedimientos así: «Mientras que el alcance supone la existencia de un saldo negativo e injustificado de una cuenta, fácilmente constatable en un mero examen y comprobación de la misma y que, por esa razón, puede sin dificultad discurrir por los cauces del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, los demás supuestos de responsabilidad implican, las más veces, un complejo proceso de fiscalización y constatación de datos – menoscabo en caudales y efectos públicos, infracción de precepto legal regulador del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable, relación de causa a efecto, etcétera–, que sólo a través de un proceso declarativo, como el ordinario contencioso-administrativo, pueden ser clarificados con las adecuadas garantías».

³⁷⁰ PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio: «El diseño de las actuaciones previas en el ámbito de la armonización de la jurisdicción contable», *Revista Española de Control Externo*, Vol. II, n° 6, 2000, p. 154.

Por su parte, los expedientes de cancelación de fianzas, por tener una naturaleza diferente y más bien asimilable a la de los expedientes de jurisdicción voluntaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulada por la LFTCu de los expedientes de cancelación de fianzas. En ellos no se ejercitan pretensiones de responsabilidad contable y su única finalidad es, precisamente, constatar la inexistencia de ésta para, si así ocurre, proceder a su cancelación y devolución³⁷¹.

En cuanto a la *legitimación activa* para actuar ante la Jurisdicción Contable en los procesos de juicios de cuentas y en el de reintegro por alcance, se consideran 1) Quienes tuvieren interés directo en el asunto o fuesen titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso (art. 47.1 LOTCu). 2) La Administración o Entidad pública perjudicada, que podrá ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas sin necesidad, en su caso, de declarar previamente lesivos los actos que impugne (art. 55.1 LFTCu). Las restantes Entidades del sector público a que se refiere el artículo 4.º de la Ley Orgánica citada, estarán legitimadas para el ejercicio de las pretensiones de responsabilidad contable que les competan, con sujeción a las reglas porque cada una de ellas se rija (art. 55 LFTCu). 3) El Ministerio Fiscal y 4) Cualquier persona, física o jurídica, puesto que se consagra el ejercicio de la acción pública sin necesidad de prestación de fianza o caución de clase alguna (arts. 47.3 LOTCu y 56.1 LFTCu).

Respecto a la legitimación del Ministerio Fiscal, GONZÁLEZ SOLER considera que del examen de los arts. 55.1, 69.2 y 73.3 LFTCu la «legitimación del Ministerio Fiscal siempre es activa, por lo que, sin perjuicio de que deba respetarse su libertad para desenvolverse en las intervenciones orales (art. 25 EOMF³⁷²), siempre tendrá que ejercitar la acción, de suerte que, cuando no lo considere procedente, deberá desistirse del proceso si es que había formulado demanda con anterioridad o, en otro caso, pedir su archivo. Pero, además, la legitimación de la que goza el Ministerio Fiscal se venía considerando de carácter subsidiario, ya que solamente se le confería traslado de las actuaciones para formular demanda cuando no hubiera sido planteada por ninguno de los perjudicados. Sin embargo, tal posición se puede compatibilizar difícilmente con las

³⁷¹ Preámbulo LFTCu.

³⁷² Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). Art. 25, inciso 4: «El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia».

razones que justifican la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso, que derivan de la defensa del interés público y de la satisfacción del interés social, que le son encomendadas tanto por la CE (art. 124.1) como por el EOMF (art. 1.1) y que se manifiestan a través del reintegro de los caudales públicos menoscabados durante su gestión»³⁷³.

En cuanto a la *legitimación pasiva*, en los procedimientos de juicio de cuentas y en el de reintegro por alcance, estarán legitimados los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas que se consideren perjudicadas en el proceso (art. 55.2 LFTCu).

La legitimación pasiva, en opinión de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas «debe partir de que, según el artículo 15 LOTCu, el enjuiciamiento se ejerce respecto de las cuentas que debe rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, así como de lo establecido en el artículo 49 LFTCu, debiendo apreciarse únicamente la falta de legitimación pasiva de uno de los recurrentes, al no ser gestor ni perceptor de subvenciones, y sin que ello obste la responsabilidad civil derivada del delito sobre los mismos hechos declarada en la sentencia penal»³⁷⁴.

En relación con los expedientes de cancelación de fianzas estarán legitimados activamente los gestores de fondos públicos a quienes se hubiere exigido, los fiadores y sus respectivos herederos; y pasivamente la Entidad del sector público a cuyo favor se hubiere constituido la garantía.

También, se puede poner en conocimiento del Tribunal de Cuentas hechos susceptibles de constituir un tipo de responsabilidad contable mediante denuncia, ésta puede ser formulada por aquellos que, expresamente por ley, están obligados a poner de manifiesto ante el Tribunal de Cuentas los hechos constitutivos de responsabilidad contable, o bien por terceros que no están sujetos a dicho deber pero que han tenido conocimiento del alcance, malversación o daño causado a la Hacienda Pública³⁷⁵.

³⁷³ GONZÁLEZ SOLER, Olayo E. *op. cit.*, p. 9.

³⁷⁴ SSJTCu n° 11 de 2016.

³⁷⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. *op. cit.*, p. 352.

Sobre este punto, el Fundamento Jurídico segundo de dos Autos de la Sala de 19 de mayo y 21 de octubre de 1994, siendo ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas don Antonio de la Rosa Alemany, dice «la denuncia carece en el ámbito de las funciones del Tribunal de regulación y en modo alguno es comparable a la que así se denomina en la esfera penal, no tiene como efecto iniciar procedimiento jurisdiccional alguno, ya que se limita a poner en conocimiento del Tribunal de Cuentas determinados hechos susceptibles de constituir un tipo de responsabilidad contable, ni tampoco constituye al posible denunciante en parte del proceso (...)».

Lo anterior no significa, como lo expresan los mencionados autos, que se pueda «desconocer e inadmitir como norma generalizada los escritos de denuncias presentadas por los ciudadanos o particulares, difícilmente parece tener justificación en el ámbito de la competencia de un órgano constitucional como el Tribunal de Cuentas, al que están atribuidas como funciones la fiscalización del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable, cuya razón de ser y finalidad primordial es fundamentalmente la defensa y protección del erario público»

Precisamente, las denuncias formuladas ante el Tribunal de Cuentas encuentran su fundamento en el deber de colaboración con la Justicia de todo ciudadano y en la obligación de aquél de tutelar un interés público, que se traducirá en un conocimiento de la misma y, en su caso, la puesta en marcha del correspondiente procedimiento, cuando existan indicios de determinados perjuicios a los fondos de la colectividad³⁷⁶.

Conforme a lo dicho, es importante destacar que la denuncia no tiene por objeto la iniciación de un procedimiento jurisdiccional, ni quien la formula se constituye en parte y, solo en aquellos casos en los que se comunica hechos supuestamente constitutivos de alcance (art. 46.1 LFTCU) se pasarán los mismos a la Sección de Enjuiciamiento, donde se turnarán entre los Consejeros adscritos a las mismas y se procederá de acuerdo con lo dispuesto en la LFTCu.

³⁷⁶ FERNÁNDEZ ESPINOSA, M. Guadalupe: «Las Corporaciones Locales y el Tribunal de Cuentas: Los escritos de denuncias, peticiones de fiscalización y consultas dirigidos a este órgano constitucional», *Revista de Administración Pública*, n° 147, septiembre-diciembre, 1998, p. 374.

Otro mecanismo para poner en conocimiento hechos supuestamente constitutivos de responsabilidad contable, es mediante la acción pública (art. 47.3 LOTCu). La acción pública contable se otorga con la finalidad de permitir el planteamiento de responsabilidades contables, debiendo, en su virtud, presentar indicios de dicha clase de responsabilidad los hechos en los que se sustente la acción planteada³⁷⁷, en los términos que señala el artículo 56.2 LFTCu. A este respecto, el artículo 47.3 LOTCu dispone: «Será pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. En ningún caso se exigirá la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal y civil en que pudiera incurrir el que ejercite la acción indebidamente».

La importancia de la acción pública en el ámbito jurisdiccional contable, ha sido reconocida en la STC de 14 de julio de 1993 como instrumento para la participación ciudadana aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar.

En este sentido expresa VACAS GARCIA-ALOS «nuestro ordenamiento jurídico contable admite sin excepción el ejercicio de la acción pública – o si se prefiere, en terminología más amplia, «acción popular»- en relación con posible juicios de cuentas, sin que deba ser objeto de interpretaciones restrictivas que puedan limitar no sólo dicho ejercicio, sino incluso la tutela judicial efectiva -constitucionalmente garantizada en el art. 24.1 de la CE-, que indudablemente, puede realizarse –como derecho a la prestación jurisdiccional– mediante el cauce de los repetidos juicio de cuentas»³⁷⁸.

Por lo expuesto, están legitimados para ejercer la acción pública junto a la Administración perjudicada³⁷⁹, el Ministerio Fiscal y cualquier ciudadano sin necesidad que este último tenga que prestar fianza o caución. Sin embargo, conviene advertir, que la acción pública que ejerza el ciudadano debe hacerla de manera responsable, pues si bien no debe prestar fianza o caución, el artículo 56.3 LFTCu establece de forma imperativa la imposición de costas al ejerciente de la acción pública, cuando de las actuaciones fiscalizadora no se desprendiesen indicios de responsabilidad contable, o cuando en

³⁷⁷ VACAS GARCÍA-ALOS, Luis. *op. cit.*, p. 201.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 179.

³⁷⁹ Artículo 47.2 LOTCu «Las Administraciones públicas podrán ejercer toda clase de pretensiones ante el Tribunal de Cuentas, sin necesidad de declarar previamente lesivos los actos que impugnen».

el escrito en que se ejercite la acción no se individualice los supuestos de responsabilidad contable con referencia específica a cuentas determinadas o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos.

La doctrina múltiple y reiterada de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha abordado cuestiones referidas a la acción popular del artículo 47.3 de la LOTCu, en estrecha conexión con el artículo 56 de la LFTCu al señalar que la acción pública «es un Derecho constitucional -introducido en el artículo 125 de nuestra Carta Magna- que consagra la participación de los ciudadanos en la administración de justicia contable, siendo, como ya se ha dicho, la primera manifestación de este Derecho Fundamental, el acceso a la jurisdicción, y el principio pro actione, según el cual la aplicación de las normas que rigen aquél, debe ser efectuada del modo más favorable al ejercicio de la acción»³⁸⁰, pero también, «el artículo 56.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas recoge una clara intención del legislador, que debe ser respetada, y que no es otra que la de obstaculizar la posibilidad de que prospere, en vía jurisdiccional contable, intentos frívolos y sin fundamentación seria de poner en marcha una administración de justicia»³⁸¹.

III. 10.1. Supuestos de responsabilidad contable

Los supuestos que generan responsabilidad contable según la LOTCu y la LFTCu son el alcance, la malversación y las infracciones contables. Con anterioridad a la LOTCu, prácticamente toda la responsabilidad contable se reducía al alcance, descubierto a través del examen y comprobación de las cuentas que debían rendirse al Tribunal de Cuentas o mediante la denuncia al Tribunal de la normativa aplicable. La LOTCu previó dos procedimientos, el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance, sin establecer las diferencias entre uno y otro. Fue la LFTCu la que configuró ambos procedimientos, reservando el procedimiento de reintegro por alcance para la persecución de alcances o malversaciones de caudales públicos y diseñando un

³⁸⁰ Auto n° 2/004 dictada por Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas. Asunto: Recurso de apelación n° 55/03.

³⁸¹ *Ibidem*.

juicio de cuentas para los demás supuestos de responsabilidad contable, distintos del alcance³⁸².

En realidad, dice VILLANUEVA RODRÍGUEZ, lo que se ha producido es que, con la misma finalidad, es decir, el reintegro al erario público de las cantidades perjudicadas al mismo, de forma intencionada o negligente, por las personas encargadas del manejo o custodia de los fondos menoscabados, se han creado dos procedimientos distintos con el único criterio de distinción entre ambos de si los hechos son o no constitutivos de alcance o malversación de fondos públicos. Quizás lo más adecuado hubiese sido modificar la LOTCu para suprimir la distinción de procedimientos antes mencionada y regular en la LFTCu un único procedimiento para depurar las responsabilidades contables³⁸³.

III.10.2. Expediente de cancelación de fianza

Como ya se indicó, en el expediente de cancelación de fianza no se ventilan pretensiones de responsabilidad contable, como si ocurre con los procedimientos de juicios de cuentas y el de reintegro por alcance. En el expediente de cancelación de fianza, se trata de comprobar la inexistencia de responsabilidad contable para, en su caso, permitir la cancelación o devolución de las que se prestaron en su momento. Tiene naturaleza no contenciosa y se asemeja a los expedientes de jurisdicción voluntaria; la pretensión se limita a la devolución de la cantidad depositada o a que deje sin efecto la garantía constituida (art. 59.2 LFTCu).

Según el artículo 57.4 LFTCu, en el procedimiento de cancelación de fianzas no será precisa la intervención de Abogado ni Procurador, pudiendo los interesados, sean o no funcionarios, comparecer por sí mismos; pero si no lo hicieran les será de aplicación lo dispuesto en los apartados 1 al 3 del mencionado artículo³⁸⁴.

³⁸² VILLANUEVA RODRÍGUEZ, Ulpiano L. *op. cit.*, 2013, pp. 25-26.

³⁸³ *Ibidem*, p. 26.

³⁸⁴ LFTCu, artículo 57. 1. Las partes deberán conferir su representación a un Procurador o valerse tan sólo de Abogado con poder al efecto, notarial o «apud acta». 2. Cuando actúen representadas por un Procurador, deberán ser asistidas por Abogado, sin lo cual no se dará curso a ningún escrito, salvo lo previsto en el artículo 10, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3. Podrán, no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios y el personal al servicio de las entidades del sector público legitimados para actuar ante el Tribunal de Cuentas, e igualmente, para defender derechos o intereses propios, las personas que tengan título de Licenciado en Derecho, aunque no ejerzan la profesión de

El procedimiento a seguir se encuentra reglamentado en los artículos 75 a 77 de la LFTCu. Se inicia con una solicitud del interesado en la que acompañará una relación de la clase y número de cuentas que rindió o debió rendir y el resultado de las mismas y si le fue exigida alguna responsabilidad contable el resultado del procedimiento. En todo caso, la cancelación de la fianza exigirá la terminación de la gestión a que estuviera afectada.

Presentada la solicitud y turnada la ponencia al Consejero correspondiente, se recabará de la Secretaría del Tribunal de los Departamentos correspondientes de éste o de los Centros o entidades competentes por razón de la gestión afianzada, la información necesaria para concretar si el solicitante rindió las cuentas que aparezcan en la relación por él aportada y si las mismas son todas las que debió rendir, con expresión del resultado de su examen y comprobación, así como si la fianza cuya cancelación se solicita se encuentra afecta a algún procedimiento de responsabilidad contable.

Complementada la información, el Consejero de Cuentas, oyendo al Ministerio Fiscal y al Letrado del Estado, o, en su caso, al Letrado del Ente del sector público a cuyo favor se hubiera constituido la garantía, y pidiendo cuantos datos y antecedentes considere pertinentes, dictará auto acordando o denegando la cancelación solicitada.

Si llegase a presentarse oposición del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado o cualquiera de los activamente legitimados para el ejercicio de pretensiones de responsabilidad contable, se procederá a iniciar el juicio de cuentas o el procedimiento de reintegro por alcance según proceda.

Ahora, cuando no pueda obtenerse todas las informaciones y antecedentes a que se refieren los artículos 75 y 76 LFTCu, o los recogidos no fueren completos o suficientes, podrá accederse a la cancelación de la fianza siempre que el Jefe del Centro o dependencia correspondiente certifique, bajo su responsabilidad, los siguientes extremos:

a) Que el interesado ha rendido todas las cuentas a que estaba obligado, que las mismas

Procurador o Abogado. 4. En el procedimiento de cancelación de fianzas no será precisa la intervención de Abogado ni Procurador, pudiendo los interesados, sean o no funcionarios, comparecer por sí mismos; pero si no lo hicieran les será de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores. 5. Estarán inhabilitados para actuar ante el Tribunal de Cuentas, como Abogado o Procurador, quienes los dos años inmediatamente anteriores hubieren sido Consejeros, funcionarios o personal del mismo.

fueron debidamente justificadas y comprobadas y que de ellas no resulta ningún tipo de responsabilidad contra el mismo. b) Que, independientemente de las cuentas, no resultan contra el interesado cargos por hechos determinantes de responsabilidad contable, directa o subsidiaria.

III.10.3. El Juicio de Cuentas

El procedimiento de «juicio de cuentas» se sigue en aquellos casos en los que se ventile una responsabilidad contable por causas distintas al alcance o malversación, siguiendo el procedimiento por los trámites del contencioso-administrativo ordinario, con las especialidades recogidas en el artículo 71 LFTCu. Básicamente, se añade un trámite de alegaciones previas, tras el cual el órgano jurisdiccional puede decretar el sobreseimiento del juicio³⁸⁵.

Este procedimiento tiene el siguiente esquema: una fase de actuaciones previas que sirven como fundamento al inicio de juicio de cuentas y la otra, la fase jurisdiccional, ante los órganos de jurisdicción contable competente para incoar el juicio de cuentas para hacer exigible las responsabilidades contables.

Conforme a lo anterior, el procedimiento en el Juicio de Cuentas se inicia con las actuaciones previas. A este respecto, el artículo 45 LFTCu dispone lo siguiente: «Una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas, o los correspondientes procedimientos de fiscalización, si aparecieren hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, en los términos definidos en la presente Ley, pero que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables, el Consejero de Cuentas, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Letrado del Estado y con citación y, en su caso, intervención del presunto responsable o de sus causahabientes, *acordara la formación de pieza separada* con la finalidad de concretar los hechos, los posibles responsables, tanto directos como subsidiarios, y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos, cuando así resultare de lo actuado en el procedimiento fiscalizador de que se trate».

³⁸⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. *op. cit.*, p. 362.

Pero la pieza separada no es el único mecanismo para el inicio del juicio de cuentas, el artículo 68 LFTCu, establece otro, *la existencia de un expediente administrativo de responsabilidad contable*, regulado por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y no por el de la LOTCu y LFTCu, sin embargo, la Administración que acuerde la incoación del expediente debe comunicar al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto (art. 41 LOTCu).

De lo dicho hasta aquí, el juicio de cuentas se puede iniciar a través de dos vías derivadas de las actuaciones previas, la formación de una *pieza separada* que se tramita ante la Jurisdicción Contable con sujeción a las normas de la LOTCu y LFTCU o, la *existencia de un expediente administrativo de responsabilidad contable*, que se inicia en vía administrativa por la propia Administración, bajo las normas de la LGP.

III.10.3.1. Actuaciones previas en el juicio de cuentas

El juicio de cuentas, según el artículo 45 de la LFTCu es un procedimiento que tiene lugar como consecuencia de la formación de una *pieza separada*, derivada de un procedimiento de *fiscalización* en el que se han detectado indicios de responsabilidad contable por infracciones distintas al alcance y malversación, cuya competencia es del Tribunal de Cuentas, bajo las disposiciones de la LOTCu y LFTCu. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que según el artículo 68.1 LFTCu³⁸⁶, el juicio de cuentas también puede iniciarse a través de la existencia de *un expediente administrativo declarativo de responsabilidad contable*, exigible en vía administrativa, por la propia Administración

³⁸⁶ LFTCu art. 68.1. Recibida la pieza separada a que se refiere el artículo 45 de esta Ley o *el expediente administrativo declarativo de responsabilidades contables* en la Sección de Enjuiciamiento y turnado el procedimiento entre los Consejeros adscritos a la misma, el Consejero de Cuentas a quien hubiere correspondido, o la Sala del Tribunal, en su caso, acordará, en el siguiente día hábil y con la finalidad de que los legalmente habilitados para el mantenimiento u oposición a la pretensión de responsabilidad contable puedan comparecer en los autos personándose en forma dentro del plazo de nueve días, el anuncio mediante edictos de los hechos supuestamente motivadores de responsabilidad contable. No obstante, si de la pieza o expediente resultara, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable, la falta de jurisdicción, la propia incompetencia del órgano jurisdiccional o la falta de procedimiento de fiscalización del que haya de depender la responsabilidad contable, en cuyo caso se declarará no haber lugar a la incoación del juicio en los términos prevenidos para la inadmisión del recurso en el proceso contencioso-administrativo ordinario.

afectada con el menoscabo de los caudales o efectos públicos³⁸⁷, cuya regulación se contiene en la LGP.

Sobre el particular, la Sala de Justicia del TCu, en sentencia 14 de julio de 2004, refiriéndose al juicio de cuentas, afirma «El artículo 68.1 de la Ley de Funcionamiento establece otros mecanismos para el inicio del juicio de cuentas. La existencia de un expediente administrativo declarativo de responsabilidad contable que pudiera ser avocado conforme al art. 41 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, pero no establece, aparte de la pieza separada, otras actuaciones previas que puedan fundamentar el inicio del juicios de cuentas, por lo que tiene plenamente sentido que cuando tenga lugar el *ejercicio de la Acción Pública*, el Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno hubiera correspondido, acordará, en su caso, recabar del Departamento que hubiere efectuado el examen y comprobación de las cuentas, o que hubiere tramitado el oportuno procedimiento fiscalizador, *la formación de la pieza separada*. Esto determina, en todo caso, que el juicio de cuentas, pueda ser incoado, si previamente ha sido acordada la formación de pieza separada o ha existido una avocación del expediente administrativo de responsabilidad contable».

En este punto, la sentencia hace una precisión importante, relacionada con la dificultad de proceder a la tramitación del juicio de cuentas cuando no consta la formación de pieza separada, derivada del examen y comprobación de las cuentas o procedimiento fiscalizador, o la avocación de un expediente administrativo de responsabilidad contable, señalado «la actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas se encuentra conectada en el Juicio de Cuentas a la actividad fiscalizadora y a la formación de piezas separadas, de no existir avocación de expediente administrativo de responsabilidad, por lo que la no formación de pieza separada excluye el inicio de juicio de cuentas».

Por lo tanto, dice la referida sentencia³⁸⁸. «cuando no exista un procedimiento de comprobación de cuentas o fiscalizador, el ejercitante de la acción pública tendría

³⁸⁷ LOTCu, artículo 41.1 «En los casos en que las responsabilidades a que se refiere el art. 38 sean exigibles con arreglo a normas específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto».

³⁸⁸ Sala de Justicia del TCu, sentencia de 14 de julio de 2004.

limitada su acción de responsabilidad al estar supeditado a una iniciativa institucional tasada en cuanto a los procedimientos fiscalizadores, ya que el ejercitante de la acción pública no le está permitido que pueda instar estos procedimientos. Por consiguiente la inexistencia de pieza separada o expediente administrativo de responsabilidad contable limita la tramitación del juicio de cuentas (art. 45 y 68 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) por lo que se ha de acudir a otra vía para depurar las posibles responsabilidades contables denunciadas, como es utilizar las actuaciones previas reguladas en el art. 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal, es decir, la prevista para el supuesto de alcance y que se realiza a través del Delegado Instructor»³⁸⁹.

III.10.3.2. Pieza separada

Según se ha dicho, el «juicio de cuentas» quedó reservado para las responsabilidades contables por supuestos distintos del alcance y malversación, que de acuerdo con la legislación presupuestaria, posibilita la depuración de las responsabilidades contables que corresponde conocer a través del procedimiento de juicio de cuentas mediante dos vías, una, puede sustanciarse directamente por la Administración pública que ha sufrido el daño o menoscabo en los caudales públicos a través del expediente administrativo de responsabilidad contable, con sujeción a las normas establecidas en el Título VII de la LGP, al que se acaba de hacer alusión y la otra vía, que es la que vamos analizar enseguida, tiene lugar como consecuencia de la formación de una *pieza separada* (arts. 45 y 68 LFTCu), que se tramita ante la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas conforme a las normas de la LOTCu y LFTCu. En este caso, el procedimiento se inicia con las «actuaciones previas» que aparecen como enlace entre la función fiscalizadora y la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas³⁹⁰.

³⁸⁹ El artículo 56.2 LFTCu, establece que «si no existiera iniciado procedimiento jurisdiccional en exigencia de responsabilidad contable, el ejercicio de la acción se efectuará mediante escrito compareciendo en forma en el que se individualizarán los supuestos de responsabilidad por que se actúe con referencia a las cuentas, actos, omisiones o resoluciones susceptibles de determinarla y a los preceptos legales que, en cada caso, se consideren infringidos. El Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno hubiera correspondido, previamente a la incoación del correspondiente procedimiento jurisdiccional, acordará, en su caso, recabar del Departamento que hubiere efectuado el examen y comprobación de las cuentas o que hubiere tramitado el oportuno procedimiento fiscalizador, la formación de la pieza separada a que se refiere el artículo 45 de esta Ley, o de la Sección de Enjuiciamiento la práctica de las diligencias prevenidas en los artículos 46 y 47 de la misma».

³⁹⁰ La STS 1593/2013 expone que «el procedimiento fiscalizador tiene una finalidad preparatoria del juicio de cuentas y, por tanto, la iniciación de un procedimiento fiscalizador contra cualquiera de los entes, organismos o sociedades que integran el Sector Público (art. 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas) significa ya el comienzo del mecanismo legalmente previsto para

El preámbulo de la LFTCu refiriéndose a las actuaciones previas expone lo siguiente: «[...] la fase instructora de los procedimientos para la exigencia de responsabilidades contables, conforme fue puesto de relieve en el antecitado informe del Consejo General del Poder Judicial, se contemplan también las actuaciones previas a la iniciación de la vía jurisdiccional, de tal manera que puedan servir de necesario soporte de la misma, tal y como sucede con el expediente administrativo respecto del proceso contencioso-administrativo, según la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción».

Dicho en palabras de VALLE TORRES «las actuaciones previas» se dirigen a profundizar en el conocimiento de los hechos que presuntamente produzcan daños a la Hacienda Pública, con el fin de dar soporte a la vía jurisdiccional, de tal modo, que constituyen la fase instructora del procedimiento jurisdiccional encaminado a exigir las responsabilidades contables correspondientes³⁹¹.

A este respecto, el artículo 45 de la LFTCu, regula la tramitación de pieza separada, estableciendo que una vez concluidos el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas, o los correspondientes procedimientos de fiscalización, si aparecieren hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables, el Consejero de Cuentas, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Letrado del Estado y con citación y, en su caso, intervención del presunto responsable o de sus causahabientes, *acordará la formación de pieza separada* con la finalidad de concretar los hechos, los posibles responsables, tanto directos como subsidiarios, y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos, cuando así resultare de lo actuado en el procedimiento fiscalizador de que se trate.

En este sentido, la «pieza separada» se configura como una «actuación previa» al «juicio de cuentas», que según el artículo 45 de la LFTCu exige respecto a la pieza separada que se haya concluido los correspondientes procedimientos de fiscalización. Sobre este punto, el Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, en el Auto 26/2008, analiza cual es la interpretación que debe darse al término «concluido». La Sala entiende que

exigir individualmente a las concretas personas que encarnen la dirección o administración de tales entes, organismos o sociedades del Sector Público las responsabilidades de naturaleza contable que puedan derivarse de los hechos que hayan sido objeto de la fiscalización³⁹⁰.

³⁹¹ VALLE TORRES, José Luís: *op. cit.*, p. 12.

sólo con la aprobación del informe de fiscalización por parte del Pleno del Tribunal de Cuentas, que es el Órgano donde radica la función fiscalizadora, puede desgajarse la correspondiente pieza separada, ya que la falta de aprobación del informe deja el procedimiento falto de contenido no existiendo la necesaria concreción de los hechos susceptibles de la imputación inicial de responsabilidad contable que la propia pieza supone. El argumento que expone la sala se apoya en lo dispuesto en el artículo 3.c) LFTCu relacionado con las atribuciones del Pleno del Tribunal que dispone «Aprobar las Memorias o Informes, Mociones o Notas a que puedan dar lugar los procedimientos de fiscalización [...]».

Agrega el Auto mencionado³⁹², que si presentado un nuevo informe al Pleno no llegase a ser aprobado la única vía que permite el ordenamiento jurídico para dilucidar responsabilidades contables es la prevista en los arts. 46 y 47 de la LFTCu, habida cuenta del concepto amplio de alcance del art. 72.1 de este mismo texto legal. Mientras la pieza separada depende siempre de que se haya llevado a cabo una fiscalización de los hechos que se pretenden sean objeto de la pieza, sin embargo, las actuaciones previas al procedimiento de reintegro por alcance pueden comenzarse también, cuando se tiene conocimiento de hechos constitutivos de alcance o malversación de caudales públicos a través de actos distintos del procedimiento normal de rendición de cuentas.

Podemos afirmar con PAJARES, que la pieza separada únicamente procede cuando los hechos hayan sido detectados en el curso de un procedimiento fiscalizador, y la incoación de la misma no puede acordarse hasta que el procedimiento se encuentre concluido³⁹³. Por consiguiente la inexistencia de pieza separada o expediente administrativo de responsabilidad contable limita la tramitación del juicio de cuentas (art. 45 y 68 de la LFTCu) por lo que se ha de acudir a otra vía para depurar las posibles responsabilidades contables denunciadas, como es utilizar las actuaciones previas reguladas en el artículos 46.1 y 47 de la LFTCu, es decir, la prevista para el supuesto de alcance y que se realiza a través del Delegado Instructor³⁹⁴.

³⁹² Auto 26/2008 de la SJTCu.

³⁹³ PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio: «El diseño... », 2000, *op. cit.*, p. 170.

A diferencia de lo que ocurre con la pieza separada el expediente administrativo no parte necesariamente de un examen y comprobación de cuentas ni de una fiscalización. CORTELL GINER, Robert P.: «La responsabilidad...», 2000, *op. cit.*, p. 118.

³⁹⁴ El artículo 56.2 LFTCu, establece que «si no existiera iniciado procedimiento jurisdiccional en exigencia de responsabilidad contable, el ejercicio de la acción se efectuará mediante escrito

El trámite de la pieza separada se inicia por acuerdo del Consejero de Cuentas, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Letrado del Estado y con citación al presunto responsable o de sus causahabientes, (art. 45.1. LFTCu). Sobre este tema se pronuncia el Auto 26/2008, diciendo «el art. 45 regula una llamada «pieza separada» - expresión harto significativa desde el punto de vista procesal- que se desgaja de un procedimiento fiscalizador, por acuerdo del Consejero titular del Departamento competente de la Sección de Fiscalización, con la finalidad de concretar los hechos, los responsables presuntos y el importe de los perjuicios ocasionados, mediante el acopio de «los antecedentes del procedimiento fiscalizador y cuantos soliciten el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y el presunto responsable». Sin embargo, no es ésta una fase previa que hubiera de tener por finalidad acreditar los hechos de responsabilidad contable, ni tampoco la de buscar soportes probatorios de las pretensiones de las partes, al margen de los que pudieran obrar en el procedimiento de fiscalización, sino tan sólo, como indica la Ley, la de concretar unos hechos de responsabilidad contable en los que puedan apoyarse las pretensiones de las partes, cuya prueba habrá de desarrollarse necesariamente en el momento procesal oportuno período probatorio abierto en la fase jurisdiccional y ante el órgano jurisdiccional competente que no será sino el Consejero de la Sección de Enjuiciamiento que por turno corresponda (art. 25.a) de la L.O. 2/1982; 11.1, 14, 53 y 68 y siguientes de la Ley 7/1988). (ATCu 25 noviembre 1999)»³⁹⁵.

Por su parte, el artículo 56.2 de la LFTC³⁹⁶ también exige para el ejercicio de la acción pública la formación de una pieza separada a la que se refiere el artículo 45 de

compareciendo en forma en el que se individualizarán los supuestos de responsabilidad por que se actúe con referencia a las cuentas, actos, omisiones o resoluciones susceptibles de determinarla y a los preceptos legales que, en cada caso, se consideren infringidos. El Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno hubiera correspondido, previamente a la incoación del correspondiente procedimiento jurisdiccional, acordará, en su caso, recabar del Departamento que hubiere efectuado el examen y comprobación de las cuentas o que hubiere tramitado el oportuno procedimiento fiscalizador, la formación de la pieza separada a que se refiere el artículo 45 de esta Ley, o de la Sección de Enjuiciamiento la práctica de las diligencias prevenidas en los artículos 46 y 47 de la misma»

³⁹⁵ Cfr. Auto 26/2008 de la SJTCu.

³⁹⁶ El artículo 56 LFTCu se refiere a la acción pública y en el apartado 2 dispone lo siguiente: «Si no existiera iniciado procedimiento jurisdiccional en exigencia de responsabilidad contable, el ejercicio de la acción se efectuará mediante escrito compareciendo en forma en el que se individualizarán los supuestos de responsabilidad por que se actúe con referencia a las cuentas, actos, omisiones o resoluciones susceptibles de determinarla y a los preceptos legales que, en cada caso, se consideren infringidos. El Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno hubiera correspondido, previamente a la incoación del correspondiente procedimiento jurisdiccional, acordará, en su caso, recabar del Departamento que hubiere efectuado el examen y comprobación de las cuentas o que hubiere tramitado el oportuno procedimiento fiscalizador, la formación de la pieza separada a que se refiere el artículo 45 de esta Ley, o de la Sección de Enjuiciamiento la práctica de las diligencias prevenidas en los artículos 46 y 47 de la misma».

esta Ley. Estos dos preceptos, en opinión de CORTELL GINER, sitúan a la función jurisdiccional en una posición subordinada respecto de la función fiscalizadora, por lo que no se avienen con los derechos de la tutela judicial efectiva y al ejercicio de la acción pública, tal como ha sido interpretados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de julio de 1988³⁹⁷.

En cuanto a la resoluciones emitidas en el trámite de actuaciones previas, el artículo 48 LFTCu establece que procede recurso ante la Sala de Justicia del Tribunal que corresponda, a interponer dentro del plazo de cinco días y contra las resoluciones de la Sala resolviendo dichos recursos no cabe impugnación posterior, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en el procedimiento jurisdiccional y de lo que, en su día, proceda en punto al recurso de casación.

En este orden tenemos que es requisito de procedibilidad para incoar un juicio de cuentas la inexistencia de una pieza separada o expediente administrativo de responsabilidad, lo que diferencia del procedimiento de reintegro por alcance en el que este se puede iniciar aunque no exista un procedimiento de comprobación de cuentas o fiscalizador.

III.10.3.3. El procedimiento en el juicio de cuentas

Una vez concluida la pieza separada debe ser remitida a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal, a efecto de que determinen si hay lugar o no a la iniciación del juicio de cuentas y ha de contener los antecedentes del procedimiento fiscalizador que se consideren adecuados y cuantos soliciten el Ministerio Fiscal, el Letrado del Estado o el presunto responsable, si hubiere comparecido.

Dentro de ese orden, el procedimiento judicial se inicia con el recibimiento de la pieza separada o el expediente administrativo de responsabilidad contable³⁹⁸ en la Sección de Enjuiciamiento y turnado el procedimiento entre los Consejeros adscritos a la misma. El Consejero de Cuentas a quien hubiere correspondido, o la Sala del Tribunal,

³⁹⁷ CORTELL GINER, Robert P.: «La responsabilidad... », 2000, *op. cit.*, p. 116.

³⁹⁸ Se remite el expediente administrativo de responsabilidad contable si el Tribunal de Cuentas ha decidido recabar el conocimiento del asunto.

en su caso, lo primero que analizan es si existen o no, indicios para la apertura del procedimiento, a tal fin, si de la pieza o expediente resultara, de modo manifiesto e inequívoco la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable, la falta de jurisdicción, la propia incompetencia del órgano jurisdiccional o la falta de procedimiento de fiscalización del que haya de depender la responsabilidad contable, en cuyo caso se declarará no haber lugar a la incoación del juicio en los términos prevenidos para la inadmisión del recurso en el proceso contencioso-administrativo ordinario (art. 68 LFTCu).

Ahora si existen indicios de responsabilidad contable, se continúa con la fase judicial ante el Tribunal de Cuentas. El procedimiento se sigue atendiendo la regulación del juicio de cuentas ante el Tribunal de Cuentas conforme lo señala los artículos 53.1 LFTCu que dispone que compete a los Consejeros de Cuentas, como órganos de la jurisdicción contable, el conocimiento y fallo en primera instancia del juicio de cuentas; el artículo 54 preceptúa que las Salas del Tribunal conocerán en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en los juicios de cuentas contra las resoluciones de primera instancia emanadas de los Consejeros de Cuentas, también conocerán de los recursos de queja por la inadmisión de la apelación acordada por los Consejeros de Cuentas en asuntos propios de su competencia jurisdiccional, de los recursos de súplica contra las resoluciones de la propia Sala; de los recursos formulados en las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional; los artículos 68 a 71 se refiere al procedimiento a seguir en el juicio de cuentas ante el Tribunal de Cuentas, que se tramita conforme a las normas del procedimiento ordinario del contencioso-administrativo, con las especialidades recogidas en el artículo 71 LFTCu, básicamente, se añade un trámite de alegaciones previas, tras el cual el órgano jurisdiccional puede decretar el sobreseimiento del juicio; el 73.1. *in fine*, remite al artículo 68 LFTCu y 79.1) sobre las causas para decretar el sobreseimiento en el procedimiento de juicio de cuentas. El procedimiento es el siguiente:

Iniciación: Una vez admitida la iniciación del procedimiento, se publicarán los edictos en el tablón de anuncios del Tribunal, en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Provincia» donde los hechos hubieren tenido lugar. Si éstos se refieren a la actividad económico-financiera de las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, la publicación se efectuará también en el «Boletín Oficial de la Co-

munidad» correspondiente. En la misma providencia en que se acuerde la publicación de edictos se acordará igualmente el emplazamiento del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado, representante legal de la Entidad del sector público perjudicada en el supuesto de que su representación no se halle a cargo del Servicio Jurídico del Estado y presuntos responsables, a fin de que, asimismo, comparezcan en autos, personándose en forma dentro del plazo de nueve días. (art. 68.2 y 3 LFTCu).

Si hubiere grave dificultad para la determinación de los responsables subsidiarios, se hará constar así motivadamente y continuarán las actuaciones con los directos. La falta de comparecencia de los responsables directos o subsidiarios no impedirá su comparecencia posterior, pero en tal caso no habrá lugar a retrotraer ni interrumpir el procedimiento.

Demanda: Hecha la publicación anteriormente prevenida y transcurrido el término de los emplazamientos, se dará traslado de la pieza y demás actuaciones, o, en su caso, del expediente administrativo, al Letrado del Estado, al representante procesal de la Entidad del sector público perjudicada, caso de que no estuviera representada por aquél, y a los demás comparecidos como parte actora para que, dentro del plazo común de veinte días, deduzcan la oportuna demanda. Si ninguna demanda fuere presentada en el plazo concedido para ello, se conferirá traslado de la pieza y actuaciones al Ministerio Fiscal, por el mismo plazo, para que la formule si procediere. En el caso de que tampoco fuere aquella deducida por el Ministerio Fiscal, el órgano de la Jurisdicción contable que entendiere del litigio ordenará de oficio el archivo de los autos (art. 69 LFTCu).

Presentada la demanda, se dará traslado de ella a las partes legitimadas como demandadas que hubieren comparecido, para que, dentro del plazo común de veinte días, la contesten. Formulada la contestación, se dará traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, al objeto de que alegue, dentro del plazo de veinte días, cuanto considere procedente en punto al mantenimiento o no de la pretensión de responsabilidad contable, pudiendo proponer la práctica de las pruebas que considere oportunas.

Si las partes o el Ministerio Fiscal estimaren que la pieza separada está incompleta, podrán solicitar, dentro de los diez primeros días del plazo concedido para formular la demanda, contestación o alegaciones, que se reclamen los antecedentes necesarios para completarla o que se practiquen las actuaciones omitidas en la fase previa a la exigencia jurisdiccional de las responsabilidades contables. Esta solicitud suspenderá el curso del plazo correspondiente, deberá ser resuelta dentro del plazo de tres días. Si el órgano de la jurisdicción contable que conociere del asunto la estimare improcedente, ordenará que él o los solicitantes evacúen el trámite suspendido dentro del plazo que reste del inicialmente concedido. Si, por el contrario, resolviere favorablemente la solicitud, acordará el complemento de las actuaciones, o la práctica de las diligencias precisas, a cuyo fin concederá un plazo no superior a treinta días (art. 70 LFTCu).

Alegaciones previas: Contestada la demanda o, en su caso, transcurrido el plazo concedido para hacerlo y evacuado el trámite de alegaciones por el Ministerio Fiscal, continuará el procedimiento por los trámites del contencioso-administrativo ordinario, con las especialidades siguientes: 1. Las alegaciones previas podrán versar sobre la falta de jurisdicción o la incompetencia del órgano jurisdiccional, la falta o defecto de representación o de legitimación de las partes actoras, la falta de cumplimiento de los requisitos de forma de la demanda y la existencia de cosa juzgada, sin perjuicio de que tales motivos puedan ser alegados en la contestación. 2. Transcurrida la fase de alegaciones y, en su caso, la probatoria, el órgano de la jurisdicción contable podrá decretar el sobreseimiento del juicio, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, si se dieran las condiciones para su procedencia en los términos establecidos en esta Ley (art. 71 LFTCu).

Sentencia: La sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimará o desestimará, en todo o en parte la pretensión de responsabilidad contable que se hubiere ejercitado, sin que puedan hacerse en ella pronunciamientos de nulidad procedimental que dejaren imprejuizado el fondo del asunto. La sentencia condenatoria contendrá, en su parte dispositiva, las siguientes especificaciones: a) El importe en que se cifren los daños y perjuicios causados en los bienes, caudales o efectos públicos. En el supuesto de que dicho importe no constare cifrado en autos, la sentencia podrá declarar la existencia de los daños y perjuicios y diferir para el período

de ejecución la determinación concreta de su cuantía. b) Quiénes son los responsables, designándolos por sus nombres y apellidos y cargos que desempeñen, y expresando si lo son en concepto de directos o subsidiarios. c) El carácter solidario de la responsabilidad directa y la cuota de que deba, en su caso, responder cada responsable subsidiario. d) La condena al pago de la suma en que se cifre la responsabilidad contable, con sujeción a lo prevenido en la especificación primera. e) La condena al pago de los intereses, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios. De tratarse de responsabilidades subsidiarias, la obligación de abono de intereses se contará desde la fecha en que los responsables correspondientes fueren requeridos para el pago. f) La contracción de la cantidad en que se cifre la responsabilidad contable en la cuenta que, en su caso, proceda. g) El pronunciamiento sobre el pago de las costas del juicio en los términos prevenidos para el proceso civil (art. 71 LFTCu).

Formas de terminar el procedimiento: Aparte de la sentencia, otras formas de terminar el procedimiento de juicio de cuentas son: a) Por auto de sobreseimiento. b) Por allanamiento. c) Por desistimiento. d) Por caducidad (art. 78.1 LFTCu). El allanamiento, desistimiento y caducidad se regirán por lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo (art. 78.2 LFTCu).

Ahora bien, si los hechos son supuestamente constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos se pasará a la Sección de Enjuiciamiento a efectos de que proponga a la Comisión de Gobierno, si procediere, el nombramiento de Delegado Instructor en los términos prevenidos en la LOTCu y LFTCu (art. 46 LFTCu)

III.10.4. Expediente administrativo de responsabilidad contable

Cuando la infracción contable, constituya una de las acciones u omisiones previstas en las letras b), c), d), e), f), del artículo 177.1 de la LGP, la responsabilidad puede ser exigida por la propia Administración afectada mediante *expediente administrativo de responsabilidad contable*, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de Cuentas de avocar en cualquier momento el conocimiento del asunto³⁹⁹.

³⁹⁹ En este mismo sentido dice el artículo 3.e) LFTCu «Avocar el conocimiento de cuestiones sobre responsabilidad contable exigida con arreglo a normas específicas en vía administrativa y trasladarlas a la

La diferencia entre los dos sistemas de responsabilidad las señala CHAVES GARCÍA precisando «La finalidad del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas y del enjuiciamiento contencioso-administrativo es distinta. En efecto, el procedimiento de reintegro por alcance persigue la reparación del daño económico a los fondos públicos causado por quien tenía asumida su vigilancia, custodia y administración. El procedimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa persigue restablecer el ordenamiento jurídico-administrativo perturbado mediante la expulsión de actuaciones ilegales»⁴⁰⁰.

A este respecto, el artículo 180 LGP señala «Órgano competente y Procedimiento. 1. En el supuesto del párrafo a) del apartado 1 del artículo 177 de esta ley, la responsabilidad será exigida por el Tribunal de Cuentas mediante el oportuno procedimiento de reintegro por alcance de conformidad con lo establecido en su legislación específica. 2. En los supuestos que describen los párrafos b) a f) del apartado 1 del artículo 177 de esta ley, y sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas a los efectos prevenidos en el artículo 41, apartado 1, de la Ley Orgánica 2/1982, la responsabilidad será exigida en expediente administrativo instruido al interesado»⁴⁰¹.

El artículo 180 LGP clarifica el deslinde competencial entre la jurisdicción contable y la jurisdicción contencioso-administrativa, precisando que en el supuesto de «haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos

Sección de Enjuiciamiento». Tras la reforma introducida por la Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 1994 (Ley 22/1993, de 29 de diciembre), la no rendición de cuentas reglamentariamente exigidas o su presentación con graves defectos, ya no es motivo para incoar el expediente administrativo de responsabilidad contable sino que directamente, sin necesidad de avocación, su conocimiento corresponde al Tribunal de Cuentas.

⁴⁰⁰ CHAVES GARCÍA, José Ramón: «La urgente reconstrucción del enjuiciamiento contable del reintegro por alcance», *El Consultor de los Ayuntamientos* (Wolters Kluwer), nº 6, quincena del 30 marzo al 14 abril 2017, en línea:

http://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTI2MLU7Wy1KLMtEqX_OSQyoJU27TEEnOJUteSc1MQiI8SSVOfEnNS8IMQi25Ci0IS1xKTi_JzSktTQokywAADpiDOATAAAA==WKE#sumario-doctrina [Consultado 4 de marzo de 2017].

⁴⁰¹ Artículo 177. Hechos que pueden generar responsabilidad patrimonial. 1. Constituyen infracciones a los efectos del artículo anterior: a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos. b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro. c) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta Ley o en la de Presupuestos que sea aplicable. d) Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta ley. e) No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones. f) Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurran los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta ley.

públicos», a que se refiere párrafo a) del apartado 1 del artículo 177, se atribuye directamente al Tribunal de Cuentas la competencia para exigir la responsabilidad «mediante el oportuno procedimiento de reintegro de conformidad con lo establecido en su legislación específica», en los restantes supuestos de las letras b), c), d) y f) del artículo 177 LGP la responsabilidad será exigida mediante expediente «administrativo» es decir, instruido por la Administración afectada, seguido al interesado, salvo que el Tribunal de Cuentas, ejercite la facultad de avocación reconocida en el artículo 180.2 LGP⁴⁰², en cuyo caso, el expediente se instruirá y tramitará por y ante el Tribunal de Cuentas⁴⁰³.

Reviste especial importancia resaltar en este punto, que la legislación prevé un doble mecanismo jurídico para hacer exigible las responsabilidades contable por causas distinta al alcance o malversación, por una parte, ante la jurisdicción contable mediante el «juicio de cuentas» y por la otra, a través del «expediente administrativo» ante la propia Administración Pública que ha sufrido el daño o menoscabo de los caudales públicos, según lo prevé el artículo 41 LOTCu⁴⁰⁴.

FERNÁNDEZ GARCÍA señala «La legislación dispone de un doble mecanismo para emitir la última palabra en relación con estos expedientes administrativos de responsabilidad contable. Por un lado, porque una vez acordada por la Administración la incoación del expediente, el Tribunal de Cuentas, en cualquier momento, puede recabar para sí el conocimiento del asunto⁴⁰⁵. Y, por otro lado, porque las resoluciones

⁴⁰² La exclusividad del orden jurisdiccional contable es compatible con la posibilidad de exigir responsabilidades contables en vía administrativa. «En efecto, se permite que normas específicas en vía administrativa atribuyan a las distintas Administraciones Públicas la potestad de exigir responsabilidad contable (art. 41.1. LOTCu), siempre que se trate de infracciones distintas del alcance y malversación». CORTELL GINER, Robert P.: «La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: Principios generales», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 2, nº 4, 2000, p. 115.

⁴⁰³ SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria», *Revista Galega de Economía*, Vol. 16, nº extraordinaria, 2007, p. 10.

⁴⁰⁴ Artículo 41.1 «En los casos en que las responsabilidades a que se refiere el artículo treinta y ocho sean exigibles con arreglo a normas específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto».

⁴⁰⁵ Para asegurar la exclusividad de la jurisdicción contable frente a la Administración, únicamente se autoriza la atribución a ésta de una potestad administrativa debilitada, pues en cualquier momento el Tribunal de Cuentas podrá recabar el conocimiento del asunto que es objeto de un expediente administrativo de responsabilidad contable. CORTELL GINER, Robert P.: «La responsabilidad... », 2000, *op. cit.*, p. 115.

que se dicten en estos expedientes son recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas en única instancia por la Sala de Justicia (art. 54.1.a) LFTCu)»⁴⁰⁶.

En cuanto a la competencia de la Administración para incoar el expediente administrativo de responsabilidad contable, debe tenerse en cuenta que la Administración puede detectar antes de iniciar el expediente administrativo o en el curso del mismo, que los hechos son constitutivos de alcance o malversación y por tanto, el órgano competente es el Tribunal de Cuentas. En el primer caso, esto es, antes de iniciar el expediente administrativo, dará traslado al Tribunal de Cuentas, *poniéndose fin a las actuaciones de la Administración*, sin perjuicio de lo que decida dicho Tribunal (art. 1.4 RD 700/1988) y en el segundo caso, si en el curso de un expediente administrativo de responsabilidad contable el Instructor comprueba que el asunto es competencia del Tribunal de Cuentas, *ha de suspender la tramitación del expediente* hasta que se produzca la decisión del Tribunal de Cuentas (art. 6.7 del RD 700/1988).

La diferencia, radica, de acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Supremo⁴⁰⁷, en que son dos momentos distintos, en el primer caso, no se ha iniciado el expediente de responsabilidad contable y se advierten que los hechos son constitutivos de alcance o malversación de los caudales o efectos públicos, en cuyo caso, ha de darse traslado al Tribunal de Cuentas, *poniéndose fin a las actuaciones de la Administración*, sin perjuicio de lo que decida dicho Tribunal. En el segundo caso, se incoa el expediente administrativo para averiguar presuntas infracciones de responsabilidad contable por la Administración competente. En el curso de esas actuaciones se suscita la posible comisión de otras infracciones cuyo examen compete exclusivamente al Tribunal de Cuentas, en ese caso, se procede a la remisión de las actuaciones practicadas al Tribunal de Cuentas y a la *suspensión del trámite del expediente administrativo de responsabilidad contable* en espera de lo que decida dicho Tribunal⁴⁰⁸, que puede conocer igualmente de las infracciones que son competencia de la Administración (art. 177.1 b) a f) LGP) si estima que concurre conexión o si decide avocar para sí ese conocimiento. Por el contrario, en el

⁴⁰⁶FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. *op. cit.*, p. 362.

⁴⁰⁷ STS 2264/2012, de 29 de marzo, Sección 7, Sala Tercera.

⁴⁰⁸ Artículo 6.7. RD 700/1988 «Cuando en el curso de un expediente administrativo de responsabilidad contable el Instructor tenga conocimiento de que en el mismo está actuando o es competencia del Tribunal de Cuentas, deberá comunicarlo, a través del Ministerio de Hacienda y Función Pública, al Órgano que ordenó la incoación del expediente, el cual, a su vez, lo pondrá en conocimiento de dicho Tribunal a los efectos procedentes. El Instructor suspenderá la tramitación del expediente hasta que se produzca la decisión del Tribunal de Cuentas».

supuesto de que el examen y enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas se ciñera exclusivamente a los hechos constitutivos del alcance o malversación, sí que podría continuarse el expediente ante la Administración por las restantes infracciones⁴⁰⁹.

En mi opinión, la suspensión del expediente administrativo de responsabilidad contable hasta que el Tribunal de Cuentas decida, carece de sentido, teniendo en cuenta que dicho Tribunal tiene competencia para avocar el conocimiento y resolver sobre las infracciones de que trata el artículo 177.1 de la letra b) a la f) de la LGP como de las de alcance y malversación, por lo que dejar suspendido el expediente administrativo hasta la sentencia en firme, para que después la Administración continúe con el trámite de las infracciones de su competencia o proceda al archivo del procedimiento administrativo de responsabilidad contable si se trata de los hechos juzgados por el Tribunal de Cuentas, contradice el principio de economía procesal, en lo que tiene que ver con el pronto diligenciamiento de los procesos que implica conseguir los resultados del proceso (el establecimiento de la verdad como medio para lograr la realización del derecho sustancial), con el empleo del mínimo de actividad procesal⁴¹⁰.

Lo conveniente sería que cuando se presentan casos en los que simultáneamente constituyen infracciones objeto de expediente administrativo de responsabilidad contable y hechos constitutivos de alcance y malversación, el Tribunal de Cuentas avoque el conocimiento de las infracciones objeto del expediente administrativo y los resuelva en la misma sentencia y, como consecuencia de ello, la Administración afectada habrá perdido su competencia al ejercerla el Tribunal de Cuentas, por lo que procedería el archivo del expediente administrativo de responsabilidad contable. De tal manera que no se someta al interesado a situaciones gravosas, como estar sujeto a un expediente suspendido por varios años mientras el Tribunal de Cuentas decide, es decir, hasta la sentencia en firme, para que se levante la suspensión del expediente administrativo y se continúe con su trámite.

⁴⁰⁹ STS (Sala 3) de 29 de marzo de 2012.

⁴¹⁰ Desde la perspectiva general, ha sido definida la economía procesal como el medio que, en aras de la buena justicia, tiende a aligerar la tramitación y el enjuiciamiento de las cuestiones procesales, removiendo los obstáculos de cualquier orden que lo impidan, dando satisfacción plena a las pretensiones de las partes, en el tiempo y ocasión que aquéllas exigen. Definición de TRUJILLO. El desarrollo de la definición nos indica que significa un concepto exclusivo del Derecho procesal, fundado en principios superiores de justicia suprallegal y de finalidad antiformalista, que pretende la eficacia procesal. Cfr. CARRETERO PÉREZ, Adolfo: «El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo», pp. 102-103, en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111224.pdf> [consultado 11/12/2016].

III.10.4.1. Trámite al expediente administrativo

El trámite de los expedientes administrativos se realiza conforme al sistema de responsabilidad contable exigible en los términos de la LGP y el RD 700/1988 y no, acorde con la reglamentación del sistema de responsabilidad contable en vía *jurisdiccional* ante el Tribunal de Cuentas⁴¹¹ contenida en la LOTCu y LFTCu.

La responsabilidad contable en la LGP se define en el artículo 176 expresando 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»⁴¹².

⁴¹¹ La responsabilidad exigible ante el Tribunal de Cuentas se extiende a todos «quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos» [artículo 2 de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTG)], o a «quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos» (artículo 15.1 y 2 de la LOTG), o a los que causen «menoscabo de los caudales o efectos públicos» (artículo 38 de la LOTG) o, como reconoce el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal–Ley 7/1988, de 5 de abril (LFTG)–, a «todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos», y que afecta al sector público sometido a la fiscalización del Tribunal, mucho más amplio que el sector público estatal, único este a que se extienden las prescripciones de la LGP, conforme lo evidencia el contraste entre los artículos 4 de la LOTG y los artículos 1 a 3 inclusive de la nueva LGP. Entre otras razones, por la elemental de que el sector público sometido a la fiscalización del Tribunal de Cuentas integra, además de la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales». SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La responsabilidad... », 2007, *op. cit.* p. 2.

⁴¹² «El título VII de la LGP se dedica a las responsabilidades derivadas de las infracciones de la esta ley que supongan un daño o perjuicio a la Hacienda Pública Estatal o a las entidades integrantes del sector público estatal. Se amplía, por lo tanto, el ámbito subjetivo de la anterior regulación, que quedaba limitada a la Hacienda Pública estatal. Dicho ámbito también queda ampliado, al considerarse responsables a las autoridades y personal al servicio de las entidades del sector público estatal, frente a la limitación establecida por la anterior ley a las autoridades y funcionarios». Preámbulo LGP.

A su vez, el artículo 2 LGP dice: *Sector público estatal*. 1. A los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal: a) La Administración General del Estado. b) El sector público institucional estatal. 2. Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades: a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en: 1. ° Organismos autónomos. 2. ° Entidades Públicas Empresariales. b) Las autoridades administrativas independientes. c) Las sociedades mercantiles estatales. d) Los consorcios adscritos a la Administración General del Estado. e) Las fundaciones del sector público adscritas a la Administración General del Estado. f) Los fondos sin personalidad jurídica. g) Las universidades públicas no transferidas. h) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros mancomunados. i) Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado. 3. Los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado, forman parte del sector público estatal, regulándose su régimen económico-financiero por esta Ley, sin perjuicio de las especialidades que se establezcan en sus normas de creación, organización y funcionamiento. No obstante, su régimen de contabilidad y de control quedará sometido en todo caso a lo

El citado artículo, establece dos presupuestos para que surja el deber de indemnizar: 1) Que se adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de la LGP y 2) Que los actos administrativos contrarios a la LGP, se adopten mediante una conducta dolosa o culposa graves.

Se trata, entonces, de actos contrarios a la normativa presupuestaria y que sólo cuando se ha producido cabe declarar la obligación de indemnización ligada a la actuación dolosa o culposa graves que debe ser, igualmente, declarada en el ámbito del procedimiento administrativo⁴¹³.

Con fundamento en estos presupuestos, se deduce que la responsabilidad en la LGP es de carácter subjetivo y restrictiva, toda vez que la obligación a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad de los daños y perjuicios ocasionados con la adopción de la resolución contraria a la LGP, solo resulta exigible si se dan las conductas de «dolo o culpa», esta última con el calificativo de «grave».

En este sentido, la responsabilidad contable en la LGP se identifica con la responsabilidad contable exigibles ante el Tribunal de Cuentas y con la acción de regreso⁴¹⁴, dado que son responsabilidades de carácter subjetiva y restrictivas, toda vez que solo se determinan si la conducta del autor del daño, en las dos primeras, es dolosa, culposa o negligente graves y en la responsabilidad de la LGP, si la conducta es dolosa o culposa graves.

Sin embargo, la responsabilidad regulada por la LGP, artículo 178 apartados 1 y 2 hace una distinción o divide las responsabilidades según el acto o la resolución se

establecido en dichas normas, sin que les sea aplicable en dichas materias lo establecido en esta Ley. Sin perjuicio de lo anterior, esta Ley no será de aplicación a las Cortes Generales, que gozan de autonomía presupuestaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 72 de la Constitución; no obstante, se mantendrá la coordinación necesaria para la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

⁴¹³ Cfr. PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El buen Gobierno: Informaciones en materia de gestión económico-presupuestaria y régimen sancionador» en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre)*, GUICHOT Emilio (Coord.), Tecnos, Madrid, 2014, p. 305.

⁴¹⁴ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, art. 36. «Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. 3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves».

dicte mediando dolo o interviniendo culpa grave. En el caso de dolo, la responsabilidad alcanzará a todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la resolución adoptada con infracción de esta ley. En el caso de culpa grave, la responsabilidad solo se extenderá a los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal. Además, el apartado 3 del artículo 178 LGP establece que la responsabilidad de quienes hayan participado en la resolución o en el acto será mancomunada, excepto en los casos de dolo, que será solidaria.

En este punto, cabe considerar lo dicho por CORTELL «en vía administrativa, parece no existir responsabilidad subsidiaria, pues no se hace mención en ningún momento a la misma»⁴¹⁵, lo que si establece la LGP en el art. 178.2 párrafo 2, es que en los supuestos de culpa grave «la Administración tendrá que proceder previamente contra los particulares para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas»⁴¹⁶, norma ésta que no es de aplicación a la jurisdicción contable⁴¹⁷.

Mientras que la solución que se da en el sistema de responsabilidad contable (vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas), con fundamento en la LOTCu es distinta. La responsabilidad se establece en función de si es directa o subsidiaria. En el primer caso la responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados (art. 38.3. LOTCu). Respecto a los responsables subsidiarios, la cuantía de la responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa (art. 38.4. LOTCu). «De lo que se infiere que en vía jurisdiccional lo decisivo es determinar si se trata de una responsabilidad directa o subsidiaria, para determinar si se deben exigir todos los perjuicios causados y aplicar o no el régimen de solidaridad en el caso de que existan varios responsables, e implícitamente admite que la responsabilidad subsidiaria podrá ser mancomunada (artículo 38.3 y 4)»⁴¹⁸.

⁴¹⁵ CORTELL GINER, Robert P.: «Aspectos críticos de la responsabilidad contable», *Revista Auditoría Pública*, nº 43, 2007, p. 52.

⁴¹⁶ LGP, artículo 178.2. «En el caso de culpa grave, las autoridades y demás personal de los entes del sector público estatal sólo responderán de los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal. A estos efectos, la Administración tendrá que proceder previamente contra los particulares para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas».

⁴¹⁷ CORTELL GINER, Robert P.: «Aspectos ... », 2007, *op. cit.*, p. 52.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 52.

En cuanto a los conceptos de dolo, culpa o negligencia graves, fueron analizados en el numeral III.5.1.4 de éste Capítulo, como requisitos para que surja la responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas, sin embargo, debe precarse que el artículo 176 de la LGP, hace referencia a «dolo o culpa graves» sin mencionar la «negligencia». Aquí vale la pena hacer una pequeña acotación en relación con el calificativo de «graves». En este punto consideramos que la «gravedad» aplica solo a la culpa, pese a que la dicción legal del artículo 176 de la LGP se refiere a «dolo o culpa graves», esta última palabra en plural, dando a entender que la gravedad se aplica tanto al dolo como a la culpa, sin embargo, la precisión de que la gravedad solo se aplica a la «culpa» la hace el artículo 178 en el apartado 1 LGP, pues cuando se refiere al dolo, no le atribuye ningún calificativo, dice así: «Cuando el acto o la resolución se dictase mediando *dolo*, la responsabilidad alcanzará a todos [...]», mientras que cuando se refiere a la culpa en el apartado 2 del citado artículo, la califica de «grave», veamos lo que enuncia «En el caso de culpa grave, las autoridades y demás personal de los entes del sector público estatal [...]».

Esta apreciación la comparte SALA SANCHEZ quien piensa que en la LGP hay «un criterio legal que corrobora la conclusión de que, pese a la defectuosa dicción legal del actual artículo 176 de la LGP (que, como se ha dicho, se refiere a “dolo o culpa graves” y con ello parece predicar la gravedad no sólo de la culpa sino también del dolo), la gravedad sólo puede ser exigida para las pretensiones de responsabilidad contable fundadas en la culpa. Se trata del criterio seguido en el artículo 178 de la nueva LGP cuando, al referirse a los tipos de responsabilidad, distingue la extensión de las exigibles a título de dolo –sin alusión alguna a su posible carácter de grave o leve–, que alcanzará “a «todos» los daños y perjuicios que de manera conocida deriven de la resolución adoptada con infracción de esta ley” (se refiere a la LGP), de la extensión de las correspondientes a la culpa grave, que se concretan “solo” en “los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal” (apartados 1 y 2)»⁴¹⁹.

⁴¹⁹ «Para llegar a la conclusión de que el dolo al que aluden los artículos 176 de la LGP y 49 de la LFTC no permite divisiones en razón de su gravedad o intensidad, basta con examinar la evolución legislativa de la posibilidad –hoy exigencia– de que las Administraciones Públicas ejerciten la acción indemnizatoria de reintegro contra sus autoridades, funcionarios y demás personal. Así, la LRJAE del año 1957 en su artículo 42.1 no se refería siquiera al dolo como causa generadora de responsabilidad de sus autoridades y personal. Sólo contemplaba la “culpa o negligencia”. Aquí el plural “graves” era obvio que abarcaba los dos términos, «culpa o negligencia». La LRJAP-PAC, en su redacción original –artículo 145, apartados 2 y 3– hablaba de «dolo, culpa o negligencia grave», con lo que parecía claro que la gravedad en singular no afectaba al dolo y sí a la negligencia y, como mucho, a la culpa, si es que pudiera admitirse –que no se puede– la posibilidad de hacer distinción conceptual entre una y otra. Fue la reforma apercada por la Ley

El Tribunal Supremo y el Tribunal de Cuentas identifican el concepto de culpa con el de negligencia. Respecto a la culpa grave la equipara a la “*negligencia grave*” expresando «nos sitúa en el contexto del descuido inexcusable en personas que por razón de su formación, conocimientos, experiencia, responsabilidades encomendadas, o listado de deberes, deberían haber observado una serie de precauciones en su actuación, de asequible adopción, que en su caso habrían enervado el daño producido en las personas o en las cosas. El incumplimiento de los deberes profesionales o el descuido en el desempeño del trabajo para el que se es capaz se sitúa claramente en la esfera de la culpa grave»⁴²⁰.

Según la STS de 11 de octubre de 2001, Sala de lo Militar⁴²¹ la culpa o negligencia es «un obrar no conforme a derecho que viene a significar descuido, omisión, falta de aplicación o falta de actividad o del cuidado necesario en un asunto por quien no está impedido de tenerlo y debe presentarlo. Con mayor detalle la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2011⁴²² afirma que la infracción culposa o negligente se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

«a) una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa; b) una actuación negligente o reprochable por falta de previsión en cuanto del riesgo previsible, prevenible y evitable; c) el elemento normativo o externo, representado por el deber objetivo de cuidado, traducido en normas tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social, o en normas específicas reguladoras; d) origen de un daño; y e) adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado y el daño o mal sobrevenido».

4/1999 en el artículo 145 de la LRJAP-PAC la que, en sus apartados 2 y 3, además de haber hecho obligatoria para la Administración la exigencia de responsabilidad a sus autoridades y demás personal a su servicio cuando hubiere tenido que indemnizar a terceros o hubiere sufrido daños y perjuicios en sus bienes y derechos como consecuencia de la actuación de esas autoridades y demás personal, requirió que la actuación hubiera sido realizada con “dolo, o culpa o negligencia graves”. Se sustituyó, pues, el singular “grave”, que recogía la redacción originaria del precepto, por el plural “graves”, que introduce la reforma actual, pero quedó claro con la introducción también de la disyuntiva “o” que ese plural no podía referirse en ningún caso al dolo y sí únicamente a la culpa o negligencia que, además, quedaban equiparadas en significación, conforme siempre se había interpretado, en presencia de cualquiera de las redacciones que ha presentado el artículo en cuestión». SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La responsabilidad... », 2007, pp. 5-6.

⁴²⁰ STCu nº 19/1998, de 16 de diciembre.

⁴²¹ (rec. 18/2001).

⁴²² (Ar. 515).

Por su parte, el dolo implica la conciencia y la voluntad de realizar el tipo objetivo que consiste la infracción administrativa o, como lo afirma la STS de 30 de noviembre de 2004⁴²³ «requiere que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción infractora con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa y de provocar el resultado dañoso de los intereses públicos tutelados»⁴²⁴.

Otro aspecto que importa subrayar respecto a la diferencia entre la responsabilidad contable en vía administrativa y la responsabilidad en vía jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, tiene que ver con la responsabilidad de los interventores y ordenadores de los pagos. El artículo 179 LGP dispone «[...] están sujetos a la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad, además de los que adopten la resolución o realicen el acto determinante de aquélla, los interventores en el ejercicio de la función interventora, respecto a los extremos a los que se extiende la misma, y los ordenadores de pago que no hayan salvado su actuación en el respectivo expediente, mediante observación escrita acerca de la improcedencia o ilegalidad del acto o resolución».

Mientras la LOTCu ni la LFTCu no contiene una disposición similar, por lo que en caso de responsabilidad de los interventores y ordenadores de los pagos, en vía jurisdiccional del Tribunal de Cuentas se aplican los principios que regulan este sistema de responsabilidad, concretamente si sus actuaciones conllevan a una responsabilidad directa o si se trata de una responsabilidad subsidiaria.

Por otra parte, según el artículo 1 del RD 700/1998, la responsabilidad contable será independiente de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por los mismos hechos y se exigirá en expediente separado. En este punto, LGP no establece la excepción al principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre los restantes órdenes jurisdiccionales que contiene el sistema de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas, en lo relativo a la determinación de la responsabilidad civil

⁴²³ (rec. 6573/2001).

⁴²⁴ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCON SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, ANTONIO M.: *Derecho Administrativo sancionador*, Lex nova, Valladolid, 2009, p. 301.

por la comisión de determinados delitos, la cual corresponde con carácter exclusivo a la jurisdicción contable y no a la jurisdicción penal (art. 18.2 LOTCu).

A pesar de las diferencias existentes entre la responsabilidad contable que regula la LGP y la legislación del Tribunal de Cuentas, la LOTCu y la LGP dan a entender que la única jurisdicción competente para depurar la responsabilidades contables es la jurisdicción contable y no la contencioso-administrativa, por una parte, porque en los casos en que las responsabilidades sean exigibles con arreglo a las normas en vía administrativa, la autoridad que acuerde su incoación la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar su conocimiento (arts. 42 LOTCu y 1802.LGP) y por la otra, porque los recursos contra las resoluciones que se dicte por la Administración en las que se declaren responsabilidades contables serán recurrible ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente (arts. 41.2. LOTCu y 180.2 inciso final).

III.10.4.2. Hechos que dan lugar a la formación del expediente administrativo

El procedimiento para incoar los expedientes administrativos de responsabilidad contable se realiza con sujeción a las normas generales establecidas en el Título VII de la LGP, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio (en adelante RD 700/1988), sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la LGP, este último, orienta las actuaciones de los Instructores y garantiza el conocimiento y defensa de los posibles inculcados y desarrolla el procedimiento a seguir, en el que se contiene: Expedientes administrativos de responsabilidad contable (art. 1), origen de los expedientes (art. 2), competencia (art. 3), designaciones (art. 4), colaboración (art. 5), medidas provisionales (art. 6), iniciación (art. 7), pliego de cargos (art. 8), practica de pruebas (art. 9), propuesta de resolución (art. 10), resolución del expediente (art. 11), Recurso (art. 12), naturaleza de la indemnización (art. 13).

En este punto se presenta una diferencia con el sistema de responsabilidad contable en vía jurisdiccional, pues la LOTCu (artículo 38.1) y la LFTCu (artículos 49.1

y 72) hacen una descripción general de lo que puede ocasionar responsabilidad contable, mientras que la LGP en el artículo 177 describe los hechos constitutivos de responsabilidad contable.

Hablando con palabras de CORTELL GINER «Esta diferencia no es baladí, pues la jurisdicción contable ha venido defendiendo un concepto amplio de alcance, que comporta la integración en el mismo de algunos de los supuestos que la Ley General Presupuestaria considera distintos del alcance. La consecuencia de esta discrepancia es relevante desde el punto de vista del procedimiento aplicable, ya que en vía administrativa se podrá considerar como supuesto distinto del alcance una infracción contable que en vía jurisdiccional debe ser objeto de procedimiento de reintegro por alcance»⁴²⁵.

Ahora bien, los hechos que pueden generar responsabilidad según el artículo 177 LGP son los siguientes:

«b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro».

Esta infracción consiste en la inobservancia del ordenamiento jurídico tributario, así como de la normativa reguladora de la recaudación o ingreso de los derechos de la Hacienda Pública estatal. En este caso, tanto la mala administración de los mencionados recursos y derechos, como la defectuosa liquidación y recaudación de los mismos, tienen necesariamente que producir un daño o perjuicio a la Hacienda Pública, que debe ser efectivo, individualizado y evaluable económicamente⁴²⁶.

«c) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable».

⁴²⁵ CORTELL GINER, Robert P.: «Aspectos ... », 2007, *op. cit.*, p.53

⁴²⁶ Cfr. VACAS GARCÍA-ALOS, Luis: *La responsabilidad...*, 2009, *op. cit.*, p. 140.

Respecto a esta infracción, según lo dispuesto en el artículo 134 de la CE «las Administraciones Públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las Leyes». Por su parte la LGP en el artículo 46 dispone «No podrán adquirirse compromiso de gastos ni adquirir obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulo de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta Ley».

«d) Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta ley».

De conformidad con el artículo 77 de la LGP, dar lugar a los pagos indebidos, 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, caso en el cual el perceptor de un pago indebido total o parcial queda obligado a su restitución. El órgano que haya cometido el error que originó el pago indebido, dispondrá de inmediato, de oficio, la restitución de las cantidades indebidamente pagadas conforme a los procedimientos reglamentariamente establecidos y, en defecto de procedimiento específico, con arreglo al que establezca el Ministro de Hacienda y Función Social o el de Empleo y Seguridad Social en el ámbito de la Seguridad Social.

El mencionado artículo en el apartado 1 dispone que la revisión de los actos de los que se deriven reintegros distintos a los correspondientes a los pagos indebidos a que se refiere el art. 77.1 LGP, se realizará de acuerdo con los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos o anulables, previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴²⁷, o de

⁴²⁷ La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se derogó por la «Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», según Disposición derogatoria única referida a la Derogación normativa. En consecuencia, las referencias hechas a Ley 30/1992, se entenderán hechas a la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, según corresponda. (así lo señala la Disposición final cuarta.

conformidad con los procedimientos específicos de reintegro establecidos en las normas reguladoras de los distintos ingresos, según la causa que determine su invalidez (art. 77.1 LGP).

La doctrina ha señalado que la «figura del pago indebido puede producirse en alguno de los tres siguientes supuestos: en primer término, no responder, total o parcialmente, a una obligación previamente contraída; en segundo lugar, realizar un cambio de acreedor en detrimento de un acreedor legítimo; y finalmente, efectuar un pago sin medidas de garantía que eviten un posible perjuicio al Tesoro»⁴²⁸.

«e) No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones».

En relación con esta infracción, los perceptores o beneficiarios de ayudas consistentes en subvenciones, créditos o avales del sector público, deben rendir cuentas a efectos de la comprobación de que las cantidades de que se trate se han aplicado a las finalidades para las que fueron concedidas como a sus resultados (artículo 38 LFTCu)⁴²⁹.

Añade VACAS GARCÍA-ALOS, «Los perceptores o beneficiarios de ayudas otorgadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, o procedentes de entidades componentes del sector público –piénsese en subvenciones, créditos avales, etc.– y con independencia de que dichos perceptores o beneficiarios sea personas físicas o jurídicas, públicas o privadas y, particulares que, de una u otra forma, intervengan en la administración, recaudación o custodia de fondos o valores del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, deben rendir al TCu las correspondientes cuentas, cuyo examen, en aplicación del art. 38 de la LFTCu, «se extenderá tanto a la

Referencias normativas de la Ley 39/2015 y Disposición final decimotercera. Referencias normativas, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

⁴²⁸ VACAS GARCÍA-ALOS, Luis: *La responsabilidad...*, 2009, *op. cit.*, p. 140.

⁴²⁹ Artículo 38 LFTCu: «El examen de las cuentas que deban rendir los perceptores o beneficiarios de ayudas consistentes en subvenciones, créditos o avales del sector público, se extenderá tanto a la comprobación de que las cantidades de que se trate se han aplicado a las finalidades para las que fueron concedidas como a sus resultados».

comprobación de que las cantidades de que se trate se han aplicado a las finalidades para las que fueron concedidas como a sus resultados»⁴³⁰.

«f) Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurren los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta ley».

El contenido del artículo 177.1.f) de la LGP viene a suponer, en cierta forma, una infracción contable de tipo residual, no tipificada expresamente, ni delimitada de forma concreta. A juicio de VACAS GARCÍA-ALOS, se trata de una infracción, de dudosa constitucionalidad que requeriría expresa concreción normativa con base en los principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica, si bien dicho precepto de LGP, a diferencia del antiguo art. 188.1.g) introduce como novedad la expresa referencia a los requisitos establecidos en el art. 176 de dicha LGP⁴³¹.

Por consiguiente, agrega este autor, cualquier infracción de la normativa presupuestaria contable –distinta del alcance– puede dar lugar a la incoación de un juicio de cuentas, lo que evidencia, de un lado, la gran amplitud de su ámbito objetivo y, de otro, su importancia en orden al control que puede suponer con relación a la gestión económico-financiera del sector público⁴³².

De las anteriores infracciones tipificadas en los citados apartados b) a f) pueden en su caso, y en ciertos supuestos, encerrar un saldo deudor injustificado constitutivo, en ese supuesto caso, de un presunto alcance.

A este respecto, recordemos que la Sala de Apelación del TCu ha venido manteniendo de forma reiterada una concepción ciertamente amplia del alcance, en STCu de 14 de marzo de 2007, argumenta: «esta Sala de Justicia ha venido estableciendo en concepto amplio de alcance que incluye, no solo los supuesto descritos literalmente en el artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, sino otros que están regulados en los diferentes apartados del Artículo 141.1 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que

⁴³⁰ VACAS GARCÍA-ALOS, Luis: *La responsabilidad...*, 2009, *op. cit.*, p. 140.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 141.

⁴³² *Ibidem*, p. 141.

se aprobó el texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (actualmente artículo 177.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre), como son los apartados c y d, es decir, comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto legalmente u realizar pagos indebidos, en cuanto exista una salida de efectivo de las arcas pública sin causa y, por tanto, carente de justificación. En el presente caso, el apelante no ha podido probar las razones expuestas en el apartado anterior de esta resolución, que los anticipos de nómina abonados al Sr. ... estuvieran justificados, ni en consecuencia, ha acreditado que el destino dado a las salidas de los 7.213€ fuera el legalmente adecuado, originándose por ello, un descubierto a saldo deudor injustificado en las arcas del Ayuntamiento de ..., que no cabe sino calificar de alcance, confirmando, igualmente, en este punto el criterio del juzgador de instancia».

También debe tenerse en cuenta, que cuando se pongan de manifiesto infracciones del apartado a) del artículo 177.1 de la LGP⁴³³, en conexión o no con otra u otras incluidas en cualquiera de los apartados b) a f) de dicho precepto, se dará traslado al Tribunal de Cuentas, poniéndose fin a las actuaciones de la Administración, sin perjuicio de lo que decida dicho Tribunal.

Para concluir este tema, es oportuno hacer una acotación relacionada con las infracciones de la LGP, el cual también será tratado en el capítulo que analiza el régimen sancionador en la LTBG, en un ámbito distinto al que aquí se examina, toda vez que las infracciones del artículo 177 de la LGP fueron reproducidas en el régimen sancionador de la LTBG, sin embargo, su naturaleza jurídica es distinta toda vez que se trata de un régimen disciplinario y las consecuencias jurídicas por su incumplimiento va desde la destitución del cargo hasta la inhabilitación para ocupar cargos públicos de 5 a 10 años, mientras que el régimen de responsabilidad por las infracciones contenidas en el artículo 177 de la LGP, es de naturaleza patrimonial de regreso, que pretende la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a Hacienda Pública.

⁴³³ *Artículo 177 Hechos que pueden generar responsabilidad patrimonial.* 1. Constituyen infracciones a los efectos del artículo anterior: a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.

III.10.5. Procedimiento de reintegro por alcance

Según la LFTCu, los supuestos que pueden generar responsabilidad contable son el *alcance* y la *malversación*, considerados los más típicos e importantes, que son objeto del procedimiento de reintegro por alcance, regulado en el Título V, Capítulo VIII de la LFTCu, el artículo 72 establece las definiciones de «alcance» y «malversación» y el artículo 46 el procedimiento.

A efectos de iniciar el análisis de este procedimiento, en primer lugar, se definirá los concepto de lo que se entiende por alcance y malversación, en segundo lugar, se examinará las actuaciones previas en el procedimiento de reintegro por alcance y en tercer lugar, el procedimiento en vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas para hacer exigible la responsabilidad contable por alcance.

III.10.5.1. Concepto de alcance

El concepto de alcance, ha sido objeto de definición por parte del Tribunal de Cuentas a partir de los Autos de 11 y 18 de enero y 12 de diciembre de 1986 y Sentencias de 18 de abril de 1986 y de 28 de octubre del mismo año, doctrina recogida posteriormente en el artículo 72.1 de la LFTCu definiendo el *alcance* 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 de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas»⁴³⁴.

⁴³⁴ STCu 2/1988, de 26 de abril expresa: « [...] esta Sala considera conveniente exponer dos cuestiones previas que se plantean en el presente recurso de apelación. La primera de ellas es la referida al concepto de alcance –infracción generadora de la responsabilidad contable declarada en la sentencia recurrida– por el cual, de acuerdo con la doctrina mentada por esta Sala a lo largo de reiteradas resoluciones, en tanto dicho concepto estaba jurídicamente indeterminado y, ahora, según la reciente publicada Ley 7/1988 , de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, cuyo artículo 72.1 ha plasmado dicho parecer doctrinal, deberá entenderse “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 de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadante ante el Tribunal de cuentas [...]”».

Dicho precepto, además, es el único de nuestro ordenamiento jurídico que define el concepto de «alcance», lo que trasciende a la propia LGP en cuanto solamente lo menciona, sin hacer especificación alguna sobre su contenido⁴³⁵.

Como se puede inferir de la definición dada por el artículo 72.1 de la LFTCu, el alcance viene determinado por el resultado, es decir, por la inexistencia de justificación en una cuenta de fondos públicos, por la ausencia de acreditación del destino dado a los caudales o efectos públicos o, incluso, por la desaparición injustificada de los mismos, siendo, pues, indiferente la clase de cuenta o el concepto en donde aquél luzca, esto es, podrá existir en un pago en firme o a justificar, en una subvención⁴³⁶.

Las STCu 4/1993, 11/1993 y 4/1994, entre otras, consideran que debe entenderse por tal « [...] el saldo negativo e injustificado de la cuenta que debe rendir quien tenga a su cargo dichos caudales o efectos».

El concepto de alcance definido en el artículo 72.1 LFTCu se ha ido ampliando a través de la doctrina de las sentencias del Tribunal de Cuentas, por ejemplo la STCu nº 3/1996, de 12 de febrero, expresa: «[...] basta atenerse a lo declarado sobre el particular por la doctrina de esta Sala de Apelación, con base en los artículos 49.1 y 72 de la Ley de Funcionamiento 7/88, y 2. b), 15.1 y 38.1 de la Ley Orgánica 2/82, al decir que en general puede entenderse por alcance el saldo negativo e injustificado de la cuenta que debe rendir quien tenga a su cargo los caudales o efectos públicos. No rendir cuentas debiendo hacerlo por razón de estar encargado de la custodia o manejo de caudales públicos, no justificar el saldo negativo que éstos arrojen, no efectuar ingresos a que se esté obligado por razón de percepción o tenencia de fondos públicos, sustraer o consentir que otro sustraiga, o dar ocasión a que un tercero realice la sustracción de caudales o efectos públicos que se tengan a cargo, aplicándolos a usos propios o ajenos, etc... son todos supuestos de alcance y como tales generadores de responsabilidad contable... [...]».

⁴³⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. *op. cit.*, p. 350. Sobre este punto la LGP señala los hechos que pueden generar responsabilidad contable, entre ellos, «Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos» (art. 177.1.a) de la LGP). Esta ley no define el concepto de alcance ni el de malversación de fondos públicos, como si lo hace la LFTCu en el artículo 72.1.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 349.

De acuerdo con lo expuesto en la sentencia anteriormente citada⁴³⁷, los supuestos constitutivos de alcance señalados en el artículo 72 LFTCu no constituyen una lista cerrada sino que permite la inclusión de otros supuestos. A efectos ilustrativos ROSIÑOL I VIDAL, relaciona varios supuestos que amplían los casos por alcance, analizados por la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas:

- «- Existencia de mandamientos de pago sin justificar o mal justificados (STCu 1/1992, de 31 de diciembre).
- Mandamientos de pago no justificados en tiempo y forma (STCu 3/1992, de 1 de junio).
- Expedición y cobro, por parte del recaudador, de recibos falsos, de forma que impide una posterior emisión y cobro de los correspondientes recibos verdaderos (STCu 8/1992, de 25 de junio).
- Recibos, facturas, pagarés y otros documentos similares correspondientes a pagos realizados y no contabilizados, sin justificación. En este tipo de documentos se incluyen gastos de viaje, tanto dietas como otros gastos, sin que haya constancia de ningún tipo de rendición de cuentas (STCu 22/1992, de 30 de septiembre)»⁴³⁸.

Por su parte, VILLANUEVA RODRÍGUEZ advierte que para que exista alcance de fondos públicos es necesaria la existencia de una cuenta. No hay que olvidar que el título IV de la LOTCu es «La responsabilidad contable» y que la jurisdicción que se atribuye al Tribunal de Cuentas tiene el adjetivo de contable. En relación con la definición de cuenta, ésta ha de entenderse en su sentido más amplio, ente ellos, «El descubierto injustificado de la cuenta puede derivarse de la simple ausencia material de numerario (fondos) o de la falta de soportes documentales cuando falta el dinero público, sino también cuando el presunto responsable es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, empleo o destino dado a los mismos, con independencia de que se haya apropiado físicamente de ellos»⁴³⁹.

En definitiva, el alcance puede surgir tanto por la mera ausencia de numerario al que la cuenta se refiere, como por la falta de soportes documentales, o por la falta de

⁴³⁷ STCu n ° 3/1996, de 12 de febrero.

⁴³⁸ ROSIÑOL I VIDAL, Carles: La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas, Civitas, Madrid, 1994, p. 71.

⁴³⁹ VILLANUEVA RODRÍGUEZ, Ulpiano L. op. cit., p. 26.

justificación del resultado negativo observado. Las STCu nº 16, 17 y 18/2010, de 8 de septiembre, giran sobre un asunto de gran relevancia: la necesidad de que la *justificación de los gastos públicos no sea meramente formal*. Se enjuiciaron la responsabilidad contable *por alcance* en los fondos de tres sociedades participadas por el Ayuntamiento de Marbella en relación con pagos que carecieron de documentación «adecuada» que los justifique. Analiza el tribunal diversos pagos a profesionales donde sólo existe «una mínima justificación formal» en concepto de honorarios profesionales, que es considerado por el tribunal como absolutamente insuficiente, «pues el único medio de prueba aportado para acreditar la realidad del encargo y el servicio es la declaración del propio profesional [...] con meros testimonios personales y sin aportar los informes y trabajos que se dicen realizados». La sola factura no es suficiente. El tribunal se basa en la existencia de numerosos pagos de minutas similares por parte de otras sociedades municipales del Ayuntamiento de Marbella, «así como un conjunto de hechos que llevaron al juez instructor a concluir que existía una presunta intención de despatrimonializar el Ayuntamiento y sus sociedades participadas para enriquecer y beneficiar a personas concretas». Se trata de un importante avance jurisprudencial que también se emplea para obligar al reintegro por los administradores de un anticipo de 90.151 euros a otra sociedad cuya única justificación es el asiento contable, sin que los condenados justificaran que obedecía a obligación alguna. Así se puso de manifiesto en el citado informe de fiscalización, con valor probatorio «cualificado» sólo desvirtuado por otros medios de prueba, lo que no ocurrió. En todos los casos analizados se consideró como responsables contables directos y solidarios a los administradores. El tribunal les recuerda sus relevantes funciones de regular, vigilar y dirigir la marcha de la sociedad, «entre las que cabe incluir las de comprobar los pagos realizados por la sociedad, donde tenían capacidad para actuar en bancos y en toda clase de operaciones». Los consejeros argumentaron que su gestión era «meramente formal», lo que desmontará el Tribunal al tener presente que la legislación mercantil, tras aceptar el cargo, les inviste de derechos pero «también de obligaciones, entre las que se encuentra la de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal».

Como complemento, debe señalarse que en el alcance y en la malversación del menoscabo de los fondos públicos, como elemento objetivo calificador de la responsabilidad contable, es consustancial a la infracción misma (la acción u omisión

antijurídica y culpable se concreta ab initio en un daño a los caudales o efectos de que se trate) a diferencia de las demás en que, a menudo, nos encontramos ante conductas en contra de las leyes presupuestarias y/o contables, que serán o no generadoras de responsabilidad contable en función de que realmente hayan ocasionado un daño a los fondos públicos⁴⁴⁰.

Sobre las bases de las ideas expuestas, se puede considerar «alcanzado» aquel que este bajo los supuestos constitutivos de alcance señalados en el artículo 72 LFTCu y los otros supuestos incluidos por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, que tenga bajo su función y responsabilidad el manejo y custodia de los fondos reflejados en la cuenta deudora, siempre que además concurren los elementos configuradores de la responsabilidad contable que establecen los ya citados artículos 38 y 49.1 LFTCu.

Según el mismo artículo 72, apartado 2 LFTCu «se considerará malversación de caudales o efectos públicos 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».

En palabras de GONZÁLEZ SOLER se hace la siguiente precisión «Como se deduce de su simple enunciado, el alcance no tiene que coincidir necesariamente con la malversación, puesto que puede ocurrir que haya actos debidos de disposición que no estén justificados, en cuyo caso habrá alcance pero no malversación, y, por el contrario, también puede ocurrir que se disponga de los fondos en provecho propio y que dicha disposición aparezca justificada contablemente, aunque tal justificación sea solamente de carácter formal, si bien necesario es advertir que en este último caso la existencia de dicha justificación formal no determina la inexistencia de responsabilidad contable y, no solamente porque tal disposición de fondos pueda ser constitutiva de malversación, sino porque tampoco se pueden considerar justificadas, desde la perspectiva del alcance, las disposiciones de fondos que, aunque se realicen con una cobertura formalmente jurídica, entrañan una vulneración de las normas que regulan su gestión, como puede ocurrir con los actos ilegales de liberalidad realizados por gestores públicos, con los contratos públicos simulados o con los contratos sin causa»⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ CORTELL GINER, Robert P.: «Supuestos...», 2010, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁴¹ GONZÁLEZ SOLER, Olayo E. *op. cit.*, p. 6.

III.10.5.2. Concepto malversación

El artículo 72 de la LFTCu cuando se refiere al procedimiento de reintegro por alcance, incluye no solo el «alcance» y su definición, sino también la «malversación» a los mismos efectos, expresando en el apartado 2 del citado artículo «se considera malversación de caudales o efectos públicos 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».

El concepto de «malversación contable» definido en el artículo 72.2 LFTCu, se formula a los únicos efectos de la jurisdicción contable toda vez que esta figura también está prevista como un delito contra la Administración Pública, de la autoridad o funcionario público, regulado en los artículos 432 a 435 del Código Penal⁴⁴².

⁴⁴² Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Artículo 433.

Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

Artículo 433 bis.

1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.

3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 434.

Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros

Como consecuencia de lo anterior, no es infrecuente que unos mismos hechos puedan generar responsabilidad penal y también contable. La compatibilidad entre ambas jurisdicciones está expresamente prevista en los artículos 18 LOTCu y 49.3 de la LFTCu.

Los efectos jurídicos de la malversación prevista en la legislación contable difiere de la del ámbito penal. En la primera se trata de una responsabilidad patrimonial de carácter resarcitorio de los daños y perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos y en la segunda es de tipo penal y comporta una sanción privativa de la libertad, inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo⁴⁴³.

No obstante, aun cuando se permite la coexistencia de dos procedimientos para enjuiciar los mismos hechos (delito con concurrencia de responsabilidad contable), no se pueden admitir distintos pronunciamientos en la apreciación de los hechos. En tal supuesto, prevalecería el orden penal, que sería el que calificaría y enjuiciaría los mismos, siendo competencia del Tribunal de Cuentas la determinación de la responsabilidad contable⁴⁴⁴.

De acuerdo con la definición de malversación contenida en el artículo 72.2 LFTCu, comprende los siguientes supuestos:

- Sustracción de caudales o efectos públicos

responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.

Artículo 435.

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1. ° A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.
2. ° A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
3. ° A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.
4. ° A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley.

⁴⁴³ El bien jurídico protegido en estos delitos está constituido por la protección de los intereses patrimoniales así como, el correcto funcionamiento patrimonial de los intereses patrimoniales del Estado, de las Comunidades Autónomas, la provincia, el municipio y en general de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa. Así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen.

⁴⁴⁴ VILLANUEVA RODRÍGUEZ, Ulpiano L. *op. cit.*, p. 27.

- El consentimiento para que sea posible llevar a cabo la sustracción
- La aplicación a usos propios o ajenos de los caudales o efectos públicos, por parte de la personal que los tenga a su cargo.

No se considera malversación el supuesto en el que se da a los caudales públicos un destino de naturaleza también pública aunque distinto del asignado, sin perjuicio de que dichos actos pueden ser generadores de responsabilidad contable si infringen otras normas presupuestarias o contables⁴⁴⁵. «Para que podamos hablar de «malversación contable», es necesario que se dé a los caudales o efectos un uso privado, sea éste propio o ajeno. Conclusión de esta afirmación es que no puede tramitarse un procedimiento de reintegro por alcance por el hecho de haber dado a los caudales o efectos públicos un destino distinto al que tenían previsto en el documento presupuestario público correspondiente; en todo caso, si se diera esta última circunstancia podría exigirse otro tipo de responsabilidad distinta»⁴⁴⁶.

Hay que poner de manifiesto que toda malversación de caudales públicos implica un alcance en los mismos pero no al contrario⁴⁴⁷.

III.10.5.3. Actuaciones previas en el procedimiento de reintegro por alcance

La naturaleza previa y preparatoria de las actuaciones de instrucción, tienen una doble finalidad: facilitar el ejercicio de las acciones oportunas y adoptar medidas cautelares que garanticen el futuro reintegro de los daños⁴⁴⁸. En los hechos supuestamente constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, las actuaciones previas pueden surgir del examen y comprobación de cuentas, o de cualquier otro procedimiento fiscalizador, como si es consecuencia de una gestión de caudales o efectos públicos al margen del proceso normal de rendición de cuentas al Tribunal⁴⁴⁹ o, incluso, como consecuencia del ejercicio de una acción pública contemplada en los artículo 47.3 y 56 LFTCu, o por vía de una denuncia de agentes externos al Tribunal de Cuentas, incluidos

⁴⁴⁵ FORTES GONZÁLEZ, Ana I.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca, 2013, p. 422.

⁴⁴⁶ VALLE TORRES, José Luis. *op. cit.*, p. 8

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁴⁸ Auto nº 25/ 2016 dictado por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

⁴⁴⁹ Artículo 46.1 LFTCu.

los Órganos de Control Externo de la Comunidades Autónomas, o bien por terceros que no están sujetos a dicho deber pero que han tenido conocimiento del alcance, malversación o daño causado a la Hacienda Pública.

La diferencia entre las actuaciones previas en el juicio de cuentas y las actuaciones previas al procedimiento de reintegro por alcance es que en este pueden comenzar también, cuando se tiene conocimiento de hechos constitutivos de alcance o malversación de fondos públicos a través de actos distintos del procedimiento normal de rendición de cuentas, incluso en ejercicio de la acción pública o una mera y escueta denuncia de un particular, mientras que las del juicio de cuentas, siempre se hacen depender de un procedimiento de fiscalización respecto de los hechos que se pretende sean objeto de la pieza separada o, la existencia de un expediente administrativo de responsabilidad contable.

SALA SANCHEZ considera que la «pretensión de responsabilidad contable, por lo general, no se deduce de ningún examen de cuentas que realice el Tribunal de Cuentas, habitualmente, el conocimiento que este puede tener de alcances producidos fuera de las cuentas deviene de una denuncia pública, del Ministerio Fiscal o de particulares, actúen o no estos en el ejercicio de la acción pública que les compete, o, lo que será más corriente, de un traslado de la Intervención General del Estado, de la de las Corporaciones Locales o de la propia de la Administración Autonómica»⁴⁵⁰.

Las actuaciones previas en el procedimiento de reintegro por alcance, sea de la procedencia que sea, se pasarán a la Sección de Enjuiciamiento a efectos de que se proponga a la Comisión de Gobierno, si procediere, el nombramiento del Delegado Instructor (art. 46.1 LFTcu) o, «en el caso que los hechos no revistan caracteres de alcance o cuando no fuere éste individualizado con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos, el Consejero de Cuentas a quien hubiere correspondido el asunto podrá decretar el archivo de las actuaciones, dando contra esta resolución recurso ante la Sala del Tribunal de Cuentas, sin que quepa ulterior recurso» (art. 46.2 LFTCu)⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La jurisdicción...», 2005, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁵¹ La Resolución no puede tener otro objeto que pronunciarse sobre la apertura o no del procedimiento, por cuanto la declaración sobre la responsabilidad derivada de la existencia de alcance es propia de la

Cuando los posibles hechos constitutivos de un posible alcance o malversación se ponen en conocimiento a través de una denuncia pública, el apartado tercero del artículo 56 LFTCu establece «En el caso de que de las actuaciones fiscalizadoras no se desprendiesen indicios de responsabilidad, o los que resultaren no merecieren la calificación de contable, o de que en el escrito en que se ejercite la acción no se individualizasen los supuestos de responsabilidad contable con referencia específica a cuentas determinadas, o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos, el Consejero de Cuentas, previa audiencia, por término común de cinco días, del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado y ejercitante de la acción, rechazará, mediante auto motivado, el escrito formulado e impondrá las costas en los términos previstos para el proceso civil al mencionado ejercitante, sin perjuicio del testimonio de particulares que quepa deducir para el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal y de la responsabilidad civil que, en su caso, resultare procedente». Agrega el apartado cuarto del artículo 56 LFTCu «El auto de inadmisión del escrito en que se ejercite la acción pública de responsabilidad contable será susceptible de recurso de apelación».

De la lectura de los artículos 46.2 y 56.1 de la LFTCu se puede deducir que los hechos por los que se decreta el «archivo de las actuaciones previas» y por los que se «rechaza la acción pública de responsabilidad contable» obedecen a las mismas causas, en el caso de las actuaciones previas, el artículo 46.2 señala que contra «la resolución que decreta el archivo procede recurso ante la Sala del Tribunal de Cuentas, sin que quepa ulterior recurso», dado a entender que no procede recurso de apelación, mientras que en el artículo 56 referido a la acción pública, no dice si procede o no recurso contra el auto que «rechaza» el escrito que formula la acción pública, señalado en el apartado 4 del artículo 56 que contra el auto de «inadmisión» del escrito en que se ejercite la acción pública de responsabilidad contable «será susceptible de recurso de apelación», dos figuras jurídicas totalmente diferentes, pues la inadmisión supone la falta de requisitos legales para que se admita la acción pública que subsanado procede su admisión, mientras que el rechazo impediría el ejercicio de la acción pública.

sentencia que en su día se dicte, una vez tramitado el procedimiento del juicio de cuentas o de reintegro por alcance, según corresponda conforme a la naturaleza de los hechos enjuiciados. FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. *op. cit.*, 354.

La falta de coherencia entre estas dos disposiciones, así como la falta de nominación del recurso que procede contra la resolución que decreta el archivo de las actuaciones previas genera confusión, dado que no dice si se trata de recurso de reposición o de apelación, fundamentalmente, cuando lo hechos de un posible alcance se ponen en conocimiento a través de la acción pública de responsabilidad contable.

Como ejemplo, se trae a colación el caso a que se refiere el Auto n° 2/2009 de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, cuya diligencia preliminar fue abierta en virtud de una denuncia mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal de Cuentas por el Letrado Don Diego en nombre y representación de nueve socios y miembros constituyentes de la P.A.P. de A. del P. de M., en la que denunciaban la existencia de supuestas irregularidades en la cesión de la titularidad de la concesión administrativa para la construcción y explotación de la dársena deportiva del Puerto de Mazzarrón, por parte del C.N.P. de M., adjudicatario inicial, a la mercantil B.DE T. S.A. Con posterioridad al escrito referenciado, los denunciantes ejercitaron la *acción pública*, ratificándose en los hechos denunciados en aquel, sin concretar o individualizar los supuestos de responsabilidad contable que podrían originar las presuntas irregularidades detalladas, o los posibles perjuicios causados a los fondos regionales por éstas. El órgano jurisdiccional considera que del análisis de las irregularidades denunciadas no se deduce supuesto alguno de responsabilidad contable, sin que, tampoco, los ejercitantes de la acción pública hayan individualizado los posibles alcances con referencia específica a concretos actos de administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos, requisito que exige el artículo 56.3 de la LFTCu⁴⁵² para que prospere la admisión del escrito en que se ejercite dicha acción, por lo que al no cumplirse este requisito para que sean generadores de responsabilidad contable por alcance, *se decreta el archivo de las actuaciones previas* conforme a lo dispuesto en el citado artículo en relación con el artículo 46 de la LFTCu.

⁴⁵² Art. 56.3. En el caso de que de las actuaciones fiscalizadoras no se desprendiesen indicios de responsabilidad, o los que resultaren no merecieren la calificación de contable, o de que en el escrito en que se ejercite la acción no se individualizasen los supuestos de responsabilidad contable con referencia específica a cuentas determinadas, o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos, el Consejero de Cuentas, previa audiencia, por término común de cinco días, del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado y ejercitante de la acción, rechazará, mediante auto motivado, el escrito formulado e impondrá las costas en los términos previstos para el proceso civil al mencionado ejercitante, sin perjuicio del testimonio de particulares que quepa deducir para el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal y de la responsabilidad civil que, en su caso, resultase procedente.

Don Diego de R. H., letrado en nombre y representación de los nueve socios interpuso *recurso de apelación* contra el Auto de 5 de junio de 2008 de archivo de las actuaciones previas y solicitó que se revocara el referido Auto por no ser ajustado a Derecho ya que, a su juicio, se cumplían todos y cada uno de los requisitos que la legislación específica del Tribunal de Cuentas exige para declarar la existencia de responsabilidad contable. El Consejero de Cuentas *admitió el recurso de apelación* y se acordó elevar las actuaciones a la Sala de Justicia a efectos de su resolución.

Pese a que, como se indicó, el artículo 46.2 LFTCu da a entender que no procede recurso de apelación contra la Resolución que decreta el archivo de las diligencias previas, sin embargo, el Consejero de Cuentas concede el recurso de apelación ante la Sala del Tribunal de Cuentas.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas entrando a decidir sobre los motivos de la impugnación y sobre la procedencia o no del recurso de apelación, recuerda su doctrina expresando que «sólo procede el archivo cuando los hechos no revistan los caracteres de alcance de manera manifiesta, es decir, patente, clara y descubierta, dado que, en la fase de diligencias preliminares no se lleva a cabo investigación alguna de los hechos denunciados sino que se trata, únicamente, de evitar, con el archivo de las actuaciones, que se inicie la fase de instrucción que, en su caso, daría lugar al juicio contable. Por ello se exige que los hechos no reúnan las características mínimas que permiten, en una valoración inicial, sin entrar al fondo del asunto, que se aprecie la existencia de un presunto alcance de fondos o caudales públicos, ya que el archivo impediría el ejercicio de la pretensión contable con el riesgo que ello supondría de cara a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (Autos de esta Sala de 31 de marzo de 2008, 5 de julio de 2004 y de 7 de mayo de 2001). Este derecho ha sido objeto de desarrollo por parte de la jurisdicción contable y se refiere al principio *favor actionis* o *pro acciones*, que tiene su aplicación en materia de acceso a la jurisdicción hasta obtener una resolución fundada en Derecho. En materia de admisión de una acción pública de exigencia de responsabilidad contable debe tenerse en cuenta que este principio, para conseguir sus objetivos, actúa a través de otros dos subordinados como son el *antiformalista* y el de *subsanabilidad*. Este principio puede formularse como aquel que impide interrumpir el desarrollo normal de la acción ejercitada a menos que lo sea con una causa expresamente prevista por la ley. Pero todo lo anterior, debe ser

analizado a la luz de los supuestos concretos que se someten a la consideración de este órgano jurisdiccional, que debe dilucidar si se dan, siquiera indiciariamente, los supuestos previstos en la legislación vigente para encontrarnos ante un supuesto de alcance».

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala estima que aunque se concedió el *recurso de apelación* previsto en el artículo 56.4 LFTCu, que es para el caso de inadmisión del escrito en que se ejercite la acción pública⁴⁵³, no es, sin embargo, el cauce procedimental adecuado en este supuesto, no obstante, considera que en virtud del principio favor actionis o pro acciones, es procedente, admitir y resolver el recurso interpuesto, no como recurso de apelación previsto en el artículo 56.4 LFTCu sino como el recurso de que trata el artículo 46.2 LFTCu.

La cuestión es que aunque se concede el recurso, a efectos de no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio pro actione que se recoge en el artículo 24 de la CE⁴⁵⁴, la Sala de Justicia no dice la denominación del recurso, sin embargo, todo indica que se trata de un recurso de apelación, por concederse ante el superior jerárquico, esto es ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas. De todas maneras la forma como se resuelve el recurso es bastante confusa, por ello, se hace necesario no solo denominar el recurso que procede en el caso del artículo 46.2 LFTCu de las actuaciones previas, sino además hacer coherente este artículo en relación con los recursos que proceden en la acción pública prevista en el artículo 56 LFTCu.

Continuando con el tema de las actuaciones previas, su regulación se contiene en el artículo 47 LFTCu de la siguiente manera: Se inicia con el nombramiento de Delegado Instructor, que será nombrado entre funcionarios públicos que presten servicios en la provincia en que hayan ocurrido los actos que puedan constituir alcance o entre los funcionarios del propio Tribunal. En las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos hayan establecido órganos propios de fiscalización, el Tribunal podrá delegar en éstos la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales para el enjuiciamiento de la respon-

⁴⁵³ Art. 56.4. El auto de inadmisión del escrito en que se ejercite la acción pública de responsabilidad contable será susceptible de recurso de apelación.

⁴⁵⁴ Artículo 24 CE: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

sabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

Posteriormente, éste procederá a la práctica de las siguientes actuaciones: **a)** Nombramiento de Secretario que autorice y lleve a efecto cuantos proveídos y diligencias se pronuncien o se practiquen en el procedimiento de instrucción. **b)** Reclamación de las diligencias preventivas del alcance que se hayan instruido por el Jefe del Centro o Dependencia donde haya ocurrido la falta, o por el alcanzado en su caso. **c)** Práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, a no ser que se considerasen suficientes las practicadas con anterioridad. **d)** Pase del tanto de culpa a los Tribunales ordinarios, si hubiese indicios de responsabilidad criminal, salvo que conste haberse hecho en las diligencias preventivas. **e)** Liquidación provisional del alcance, previa citación de los presuntos responsables, Ministerio Fiscal, Letrado del Estado o, en su caso, legal representación de la entidad perjudicada, con mención expresa de la clase de valores, efectos o caudales públicos que pudieran haber sufrido menoscabo. **f)** Requerimiento de los presuntos responsables para que depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe provisional del alcance, más el cálculo, también provisional, de los intereses que pudieran resultar procedentes, bajo apercibimiento de embargo. **g)** Embargo de los bienes de los presuntos responsables a no ser que tuviesen afianzada, o afianzaren, en forma legal, sus posibles responsabilidades en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación (RGR). Si existiese dificultad para la determinación de las posibles responsabilidades subsidiarias, se hará constar así en el acta de liquidación provisional y se proseguirán las actuaciones con los presuntos responsables directos, dejando para un momento posterior el aseguramiento de aquéllas.

De las diferentes fases de instrucción mencionadas en el artículo 47 LFTCu, reviste particular significación la *liquidación provisional del alcance*, «que se recoge en un acta que se formula en presencia de los presuntos responsables, del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado y en ella se hacen constar los hechos y las actuaciones practicadas, la partida de alcance y las alegaciones de los compareciente. Esta acta es un trámite previo pero no vinculante para que los legitimados activos en el procedimiento

puedan formular sus respectivas pretensiones»⁴⁵⁵. En este trámite, último de liquidación provisional, se prevé la citación a los intervinientes, poniendo a su disposición el conjunto de diligencias practicadas y la conclusión que el Delegado Instructor ha formado sobre el presunto alcance para que aporten las alegaciones y documentación que tengan por conveniente, sin que se pueda introducir en las actuaciones previas un trámite de audiencia distinto del que conlleva la propia liquidación provisional⁴⁵⁶.

Contra las resoluciones dictadas en las actuaciones previas (art. 47 de la LFTCu), en que no se accediera a incluir las diligencias con los extremos que los comparecientes señalaran o en que se causare indefensión, se dará recurso ante la Sala del Tribunal que corresponda, a interponer dentro del plazo de cinco días (art. 48.1 LFTCu).

Sobre el particular, el Auto 13 de 2015 dictado por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ha declarado «Se desestiman los recursos del artículo 48.1 de la Ley 7/88, interpuestos contra el Acta de Liquidación Provisional y la Providencia de requerimiento de pago, dictadas en las Actuaciones Previas, considerando la Sala de Justicia que no se han denegado diligencias de prueba ni se ha producido indefensión, siendo estos los únicos motivos que permiten interponer este recurso. No se aprecia indefensión derivada de la denegación de las diligencias solicitadas por uno de los recurrentes, al entender la Sala que la Delegada Instructora no accedió a realizarlas de forma justificada, respecto a una de dichas diligencias, por haberla practicado ya, y respecto a otra de ellas, por entender que aunque se hubiera reconocido extrajudicialmente el crédito que se indica, ni se eliminaría el presunto perjuicio a los fondos públicos, dado que ninguna de las facturas analizadas debieron ser pagadas con esos fondos, ni se modificaría la identificación de los presuntos responsables. Recuerda su doctrina según la cual en las Actuaciones Previas de los procedimientos de reintegro por alcance no se desarrolla una plena actividad probatoria, sino que únicamente se practican las diligencias de averiguación que el Delegado Instructor estima suficientes para fundamentar sus conclusiones, previas y provisionales, sobre la existencia de un alcance y las presuntas responsabilidades contables derivadas del mismo, pudiendo el recurrente proponer en la instancia todos los medios de prueba que estime necesarios para la defensa de sus derechos. Añade que no le está permitido a esta Sala, por vía de este recurso, entrar a conocer de

⁴⁵⁵ VALLE TORRES, José Luis. *op. cit.*, p. 14.

⁴⁵⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. *op. cit.*, p. 356.

cuestiones relativas al fondo del asunto, no pudiendo revisar la decisión de la Delegada Instructora sobre la existencia de alcance y la condición de los posibles responsables contables, debiendo las partes hacer valer su discrepancia con dichas conclusiones en el procedimiento jurisdiccional que, en su caso, se incoe».

Contra las resoluciones de la Sala resolviendo los recursos prevenidos en el artículo 48.1 LFTCu no se dará recurso alguno, sin perjuicio de los que se acordare, al respecto, en el procedimiento jurisdiccional y de lo que, en su día, procediere en punto al recurso de casación (art. 48.2 LFTCu).

III.10.5.4. Procedimiento de reintegro por alcance

Una vez concluidas las actuaciones previas, el procedimiento de reintegro por alcance continúa conforme a lo dispuesto en los artículos 68⁴⁵⁷, 73.2 y 74 de la LFTCu. Estos preceptos remiten a la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que la tramitación a seguir es la propia del juicio declarativo que corresponda en razón a la cuantía del alcance según la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 73.2 LFTCu⁴⁵⁸), observando las

⁴⁵⁷ Artículo 68.1. LFTCu «Recibida la pieza separada a que se refiere el artículo 45 de esta Ley o el expediente administrativo declarativo de responsabilidades contables en la Sección de Enjuiciamiento y turnado el procedimiento entre los Consejeros adscritos a la misma, el Consejero de Cuentas a quien hubiere correspondido, o la Sala del Tribunal, en su caso, acordará, en el siguiente día hábil y con la finalidad de que los legalmente habilitados para el mantenimiento u oposición a la pretensión de responsabilidad contable puedan comparecer en los autos personándose en forma dentro del plazo de nueve días, el anuncio mediante edictos de los hechos supuestamente motivadores de responsabilidad contable. No obstante, si de la pieza o expediente resultara, de modo manifiesto e inequívoco, la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable, la falta de jurisdicción, la propia incompetencia del órgano jurisdiccional o la falta de procedimiento de fiscalización del que haya de depender la responsabilidad contable, en cuyo caso se declarará no haber lugar a la incoación del juicio en los términos prevenidos para la inadmisión del recurso en el proceso contencioso-administrativo ordinario. 2. Los edictos se publicarán en el tablón de anuncios del Tribunal, en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial» de la provincia donde los hechos hubieren tenido lugar. Si éstos se refieren a la actividad económico-financiera de las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, la publicación se efectuará también en el «Boletín Oficial de la Comunidad» correspondiente. Los órganos gestores de los mencionados periódicos oficiales no podrán exigir, para hacer la publicación, derecho o exacción alguna, aunque podrán acompañar la liquidación que proceda para que se incluya en la tasación de costas y se satisfaga si hubiese condena expresa en las mismas. 3. En la misma providencia en que se acuerde la publicación de edictos se acordará igualmente el emplazamiento del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado, representante legal de la Entidad del sector público perjudicada en el supuesto de que su representación no se halle a cargo del Servicio Jurídico del Estado y presuntos responsables, a fin de que, asimismo, comparezcan en autos, personándose en forma dentro del plazo de nueve días. 4. Si hubiere grave dificultad para la determinación de los responsables subsidiarios, se hará constar así motivadamente y continuarán las actuaciones con los directos. 5. La falta de comparecencia de los mencionados en los párrafos precedentes no impedirá su comparecencia posterior, pero en tal caso no habrá lugar a retrotraer ni interrumpir el procedimiento».

⁴⁵⁸ Artículo 73.2. LFTCu «Hecha la publicación de edictos, y transcurrido el término de los emplazamientos, se seguirá el procedimiento por los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance según la Ley de Enjuiciamiento Civil».

siguientes prevenciones contempladas en el artículo 74 LFTCu: 1.^a Los hechos se concretarán, exclusivamente, a supuestos de malversación o alcance en los términos en que los define la presente Ley. 2.^a Transcurridas las alegaciones y establecidas, en su caso, las pruebas, el órgano de enjuiciamiento contable que conozca de los autos podrá decretar el sobreseimiento si se dieren las condiciones para su procedencia que se establecen en el artículo 79 LFTCu⁴⁵⁹. A la sentencia le serán aplicables las disposiciones contenidas en las especificaciones 3.^a y 4.^a del artículo 71 de la presente Ley⁴⁶⁰. Dicha sentencia podrá apelarse ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que se sustanciara y decidirá conforme en la forma prevenida para los recursos de la misma naturaleza en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo (art. 80.3 LFTCu).

Contra las sentencias dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, como consecuencia de las apelaciones, proceden los recursos de casación y, en su caso, revisión ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, siempre que se cumplan los pertinentes requisitos legales.

⁴⁵⁹ Artículo 79 LFTCu «1. Procederá el sobreseimiento: a) Cuando, transcurrida la fase de alegaciones y, en su caso, la probatoria en los procedimientos de juicio de las cuentas o de reintegro por alcance, no resultaren debidamente acreditados los hechos que hubieren dado motivo a su incoación. b) Cuando, ultimadas dichas fases, resultaren hechos constitutivos de alcance o cualquier otro supuesto de responsabilidad contable, pero no existieren motivos suficientes para imputarlos a persona alguna.

c) Cuando resultare de las actuaciones instructoras haber tenido lugar los hechos constitutivos del supuesto de responsabilidad contable de que se trate y hubiese sido ingresado el importe del alcance o indemnizados los daños y perjuicios ocasionados a los caudales y efectos públicos. 2. Antes de decretar el sobreseimiento, el órgano de la jurisdicción contable que entendiere del asunto oír por plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a las restantes partes personadas. 3. Contra el auto que acuerde el sobreseimiento se dará recurso de apelación.

⁴⁶⁰ El artículo 71 LFTCu dispone: La sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimará o desestimará, en todo o en parte, la pretensión de responsabilidad contable que se hubiere ejercitado, sin que puedan hacerse en ella pronunciamientos de nulidad procedimental que dejen imprejuizado el fondo del asunto (especificación 3.^a). La sentencia condenatoria contendrá, en su parte dispositiva, las siguientes especificaciones: a) El importe en que se cifren los daños y perjuicios causados en los bienes, caudales o efectos públicos. En el supuesto de que dicho importe no constare cifrado en autos, la sentencia podrá declarar la existencia de los daños y perjuicios y diferir para el período de ejecución la determinación concreta de su cuantía. b) Quiénes son los responsables, designándolos por sus nombres y apellidos y cargos que desempeñen, y expresando si lo son en concepto de directos o subsidiarios. c) El carácter solidario de la responsabilidad directa y la cuota de que deba, en su caso, responder cada responsable subsidiario. d) La condena al pago de la suma en que se cifre la responsabilidad contable, con sujeción a lo prevenido en la especificación primera. e) La condena al pago de los intereses, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios. De tratarse de responsabilidades subsidiarias, la obligación de abono de intereses se contará desde la fecha en que los responsables correspondientes fueren requeridos para el pago. f) La contracción de la cantidad en que se cifre la responsabilidad contable en la cuenta que, en su caso, proceda. g) El pronunciamiento sobre el pago de las costas del juicio en los términos prevenidos para el proceso civil (especificación 4.^a).

Finalmente, es oportuno señalar que de las infracciones contables, el alcance ha resultado en la práctica la que ha dado lugar al mayor número de procedimientos en la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.

III.11. Los problemas de la doble vía para la exigencia de la responsabilidad contable

Al llegar al análisis de las actuaciones previas se establece la diferencia entre las actuaciones previas al procedimiento de reintegro por alcance y actuaciones previas en el juicio de cuentas. En el primero, las actuaciones previas pueden comenzar cuando se tiene conocimiento de hechos constitutivos de alcance o malversación de fondos públicos a través de actos distintos del procedimiento normal de rendición de cuentas o fiscalizador, incluso en ejercicio de la acción pública o una mera y escueta denuncia de un particular y con sujeción a las normas de la LOTCu y la LFTCu, mientras que las del juicio de cuentas, siempre se hacen depender de un «procedimiento de fiscalización» respecto de los hechos que se pretende sean objeto de la pieza separada o, la existencia de un expediente administrativo de responsabilidad contable.

Adicionalmente, en el «juicio de cuentas» las actuaciones previas se pueden iniciar como consecuencia de la formación de «pieza separada» cuya tramitación es competencia exclusiva de la Jurisdicción contable y bajo las reglas de la LOTCu y LFTCu o, a través de la existencia de un «expediente administrativo» de responsabilidad contable, que inicia la propia Administración administrativo debe comunicar al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto. Es en este punto que se evidencia la división del procedimiento de responsabilidad contable que se sigue ante la jurisdicción contable y mediante las normas de la LOTCu y LFTCu y el procedimiento de responsabilidad contable que se inicia con el trámite del expediente administrativo de responsabilidad contable en vía administrativa, por la Administración pública afectada y bajo las normas de la LGP.

Los diferentes procedimientos jurisdiccionales y requisitos diversos para hacer exigible la responsabilidad contable de acuerdo al tipo de infracción contable de que se trate, plantea una problemática que tiene que ver con los requisitos para hacerla exigi-

ble⁴⁶¹. En relación con el procedimiento de reintegro por alcance, la ley es menos exigente pues permite que se inicie las actuaciones previas por cualquier vía, mientras en el juicio de cuenta solo si se deriva de un procedimiento de fiscalización. Esta situación se traduce en un nivel desigual de la tutela judicial, por expresa disposición legal, que sujeta la procedencia del juicio de cuentas a que previamente se haya ejercido la función fiscalizadora, aunque el Tribunal de Cuentas en varias decisiones afirme que «El proceso contable persigue un fin de interés público (Autos de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas de 21 de octubre de 1994 y 23 de febrero de 1995)». Como dice CORTELL GINER si el «Estado tiene el deber de conseguir el interés general y los fines públicos, si a tal efecto se crea una jurisdicción contable ante la que están legitimados activamente, junto a la Administración perjudicada, el Ministerio Fiscal y cualquier ciudadano a través de la acción pública (art. 55 y 56 LFTCu), no tiene ninguna lógica negar el acceso a dicha jurisdicción porque no se haya ejercido la función fiscalizadora»⁴⁶².

Además, limitar la formación de pieza separada o expediente administrativo a un procedimiento fiscalizador, sitúa la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, en una posición de subordinación respecto a la función fiscalizadora, por lo que no se avienen con los derechos a la tutela judicial efectiva y al ejercicio de la acción pública, tal y como han sido interpretados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de julio de 1988⁴⁶³.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en la LOTCu en LFTCu y en la LGP, la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir las personas que gestionan caudales públicos y la responsabilidad contable, se puede exigir ante el Tribunal de Cuentas o ante la Administración afectada. La cuestión, desde mi punto de vista, no se entiende porque se estableció un doble procedimiento, con reglamentación y jurisdicciones diferentes para el «juicio de cuentas», si las infracciones que pueden dar lugar a la incoación de una pieza separada o a un expediente administrativo de responsabilidad contable, que pueden derivar en posterior juicio de cuentas, son las mismas, estos es, por los supuestos distintos del alcance y malversación que se encuentran contenidos en

⁴⁶¹ Alguna de las diferencias de la doble regulación, fueron expuestas en este numeral III.10.4.1 de este capítulo, que se refiere al trámite del expediente administrativo.

⁴⁶² CORTELL GINER, Robert P.: «La responsabilidad... », 2000, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 116.

el artículo 177.1 letras b) a f) de la LGP y además, las dos persiguen la misma finalidad, asegurar el correcto funcionamiento de la administración y la ausencia de malversación de caudales públicos.

Por otra parte, no se entiende porqué se estableció un doble procedimiento, con reglamentación y jurisdicciones diferentes para el «juicio de cuentas», si las infracciones que pueden dar lugar a la incoación de una pieza separada o a un expediente administrativo de responsabilidad contable, que pueden derivar en posterior juicio de cuentas, son las mismas, estos es, por los supuestos distintos del alcance y malversación que se encuentran contenidos en el artículo 177.1 letras b) a f) de la LGP y además, las dos persiguen la misma finalidad, asegurar el correcto funcionamiento de la administración y la ausencia de malversación de caudales públicos.

Frente a esta situación, el mismo Tribunal de Cuentas interpreta el alcance de manera muy amplia con el objeto de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva y así evitar acudir al juicio de cuentas, el cual supone, el ejercicio de la función fiscalizadora o la incoación de un expediente administrativo como requisito previo de procedibilidad del juicio de cuentas⁴⁶⁴. PAJARES GIMÉNEZ y MEDINA GUIJARRO, expresan «No hay que olvidar que el concepto de alcance tiene mayor trascendencia que la de determinar el procedimiento jurisdiccional aplicable, pues sirve también para acotar el ámbito que ésta vedado a los expedientes administrativos de responsabilidad contable»⁴⁶⁵.

Pensamos que lo más adecuado sería implantar un proceso único para hacer exigible las responsabilidades contables que incluya los supuestos del alcance y malversación y, los supuestos distintos del alcance y malversación que se encuentran contenidos en el artículo 177.1 letras b) a f) de la LGP, ante la jurisdicción contable y regulado por la LOTCu y la LFTCu y no compartida como se encuentra hoy, en vía administrativa con el procedimiento del expediente administrativo de responsabilidad contable⁴⁶⁶, so-

⁴⁶⁴ Cfr. PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio y MEDINA GUIJARRO, Javier: «La jurisdicción contable: contenido y procedimientos», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, nº 74, 1992, p. 218.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 218.

⁴⁶⁶ Si bien la jurisdicción contable es catalogada como exclusiva, es compatible con la posibilidad de exigir la responsabilidad contable en vía administrativa siempre que se trate de infracciones distintas al alcance y malversación, y en cualquier momento el Tribunal de Cuentas podrá recabar el conocimiento del asunto que es objeto del expediente administrativo de responsabilidad contable y las resoluciones que dicte por la Administración, en que se declare la responsabilidades contables, serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas.

bre la base de que la responsabilidad contable es única cualquiera que sea el hecho del que se deriva, por lo que no debería existir diferencia ni en los trámites ni en las sentencias de condena, pues, en todo caso, ambas se traducen en la fijación de una indemnización que comprende la totalidad de los daños y perjuicios causados a los caudales o efectos públicos más los intereses y costas en su caso⁴⁶⁷.

Pensamos que lo más adecuado sería implantar un proceso único para hacer exigible las responsabilidades contables ante la jurisdicción contable y regulado por la LOTCu y la LFTCu y no compartida como se encuentra hoy, en vía administrativa con el procedimiento del expediente administrativo de responsabilidad contable⁴⁶⁸ que incluya los supuestos del alcance y malversación y, los supuestos distintos a estos, que se encuentran contenidos en el artículo 177.1 letras b) a f) de la LGP, sobre la base que la responsabilidad contable es única cualquiera que sea el hecho del que se deriva, por lo que no debería existir diferencia ni en los trámites ni en las sentencias de condena, pues, en todo caso, ambas se traducen en la fijación de una indemnización que comprende la totalidad de los daños y perjuicios causados a los caudales o efectos públicos más los intereses y costas en su caso⁴⁶⁹.

Otra problemática que plantea la doble vía para la exigencia de la responsabilidad contable, es el carácter subsidiario que se le da la actuación de la Jurisdicción Contable ante la que se exige la responsabilidad contable. Según el artículo 41.1 LOTCu en los casos en los que las responsabilidades contables sean exigibles en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente tienen obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas para que éste decida si avoca para sí o no su conocimiento, sin embargo, en la práctica se ha consagrado la subsidiariedad de la actuación jurisdiccional del Tribunal de Cuentas por el reiterado incumplimiento que se observa de los artículos 180 y 182 LGP, por una parte y, por otra, por la tolerancia de la práctica consistente en no apreciar indicios de responsabilidad contable en las deficien-

⁴⁶⁷ MEDINA GUIJARRO, Javier: «Mesa Redonda: “El futuro del enjuiciamiento contable”», *Revista Española de Control Externo*, Vol. IV, t. 1, n° 12, septiembre 2002, número extraordinario, p. 83.

⁴⁶⁸ Si bien la jurisdicción contable es catalogada como exclusiva, es compatible con la posibilidad de exigir la responsabilidad contable en vía administrativa siempre que se trate de infracciones distintas al alcance y malversación, y en cualquier momento el Tribunal de Cuentas podrá recabar el conocimiento del asunto que es objeto del expediente administrativo de responsabilidad contable y las resoluciones que dicte por la Administración, en que se declare la responsabilidades contables, serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas.

⁴⁶⁹ MEDINA GUIJARRO, Javier: «Mesa Redonda: “El futuro del enjuiciamiento contable”», *Revista Española de Control Externo*, Vol. IV, t. 1, n° 12, septiembre 2002, número extraordinario, p. 83.

cias de justificación de las subvenciones o de las cantidades alcanzadas, hasta tanto no se verifica la inactividad o la ineficiencia administrativa para exigir su devolución. Es decir, no se pone en marcha un proceso ante la Jurisdicción Contable hasta constatarse la imposibilidad de que la Administración recobre el importe de las cantidades alcanzadas, malversadas o cuyo destino subvencional haya sido deficientemente justificado⁴⁷⁰.

Comparto la opinión de GONZALEZ SOLER, cuando manifiesta «si el Tribunal de Cuentas ejerce una potestad jurisdiccional, ello entraña una manifestación de la soberanía estatal, que no puede subordinarse (salvo que el Estado así lo disponga en el ejercicio de sus potestades soberanas, y ya se ha visto que no lo dispone) a la verificación de la inactividad o de la ineficiencia de la Administración. La soberanía que caracteriza el ejercicio de la jurisdicción no tolera subordinaciones en su ejercicio porque la jurisdicción es el poder del Estado encargado de decir el derecho y la sumisión a éste, que es una de las notas caracterizadoras de los modernos estados de derecho, únicamente se cumple cuando dicho poder se ejerce sin cortapisas de ningún tipo»⁴⁷¹.

III.12. Responsabilidad contable de los gestores públicos que ostentan cargos políticos y la politización del Tribunal de Cuentas

La exigencia de responsabilidad contable a los gestores públicos que ostentan cargos políticos relevantes y, en dicha condición causan menoscabo a los caudales o efectos públicos derivada no solo de la indebida utilización de los recursos públicos sino de la mala gestión de los mismos, como también de las decisiones y actos relativos a la forma de gestionar los recursos, no es muy frecuente y no porque no haya razones suficientes para ello, lo constantes escándalos de corrupción y mala gestión de los recursos públicos están a la orden del día, donde no han faltado las oportunidades para enjuiciar los supuestos de perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos causados por estos gestores públicos.

Una de las razones que se puede atribuir a la situación expuesta, es la falta independencia de los miembros del Tribunal de Cuentas del poder político y como consecuencia, la politización de este organismo. El origen se encuentra en que los

⁴⁷⁰ GONZÁLEZ SOLER, Olayo E.: *op. cit.*, p.4.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p.4.

miembros del Tribunal de Cuentas son nombrados por el poder político: «Seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años» (art. 30.1 LOTCu), y el Fiscal del Tribunal de Cuentas «se nombrará por el Gobierno» (art. 32 LOTCu). El Presidente del Tribunal de Cuentas será nombrado de entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en Pleno y por un período de tres años (art. 29).

Los Consejeros de Cuentas serán designados por las Cortes Generales [...] entre censores del Tribunal de Cuentas, censores jurados de cuentas, magistrados y fiscales, profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, abogados, economistas y profesores mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional. Los presidentes de las secciones de Fiscalización y de Enjuiciamiento serán designados por el Tribunal entre sus consejeros, a propuesta del Pleno (art. 31). El Fiscal del Tribunal de Cuentas, que pertenecerá a la carrera fiscal, se nombrará por el Gobierno en la forma determinada en el Estatuto del Ministerio Fiscal (art. 32).

Pero, los nombramientos políticos no se limitan a los niveles más altos, precisamente el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de diciembre de 2012, alerta sobre la politización del Tribunal de Cuentas expresando que ya hay más funcionarios nombrados por los partidos que de carrera.

Un reciente ejemplo de la politización del Tribunal de Cuentas, es la sentencia nº 5 de 13 de mayo de 2016, dictada por ese Tribunal, conocida como el Caso San Antonio (alquiler de los locales en Vitoria), que puede considerarse como una de las pocas excepciones en la que el Tribunal de Cuentas declara a unos políticos relevantes responsable de un perjuicio a los fondos públicos⁴⁷² (aunque en segunda instancia los absuelve).

⁴⁷² Como sería lo excepcional del fallo, en primera instancia, que provocó una serie de reacciones en determinados medios de comunicación en especial, porque se manifestaba la falta de independencia del Tribunal de Cuentas y se cuestionaba la forma de elección de los Consejeros de los Departamentos de Enjuiciamiento de esa Institución, que la Directora de Comunicación del Tribunal de Cuentas, debió, mediante un comunicado, salir a aclarar a la opinión pública que «el Tribunal de Cuentas ejerce sus funciones con plena independencia acorde al ordenamiento jurídico» y que «Los miembros del Tribunal de Cuentas titulares de los Departamentos de la Sección de Enjuiciamiento, al igual que el resto de Consejeras y Consejeros de la Institución, son elegidos por las Cortes Generales -seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado-, según un modelo común al resto de órganos constitucionales y de

La mencionada sentencia⁴⁷³, en el procedimiento de reintegro por alcance nº 80/15, del Ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz), Provincia de Álava, dictada por el Departamento Primero, con ponencia de la Excm. Sra. Dña. María Antonia Lozano Álvarez, Consejera del Tribunal de Cuentas, en la que se declaró responsables contables directos de un perjuicio a los fondos públicos del Ayuntamiento de Vitoria a Alfonso Alonso, (actualmente Ministro de Sanidad en funciones y presidente del PP vasco) y a Javier Maroto (en este momento vicesecretario nacional Acción Sectorial del PP), y al resto del equipo del gobierno municipal en 2007 por pagar, en un contrato de alquiler de local para oficinas, una renta superior al del mercado, condenándoles al pago de 393.862,31 euros. Los hechos se produjeron en 2007, cuando Alonso era alcalde de Vitoria y Marato el delegado de Hacienda.

Según la prensa⁴⁷⁴, los dirigentes del PP anunciaron en una nota la intención de recurrir la sentencia por cuanto veían una intencionalidad política en el fallo, dado que la Consejera de Cuentas ponente de la sentencia Sra. Dña. María Antonia Lozano Álvarez, a la que cuestionan porque «fue designada directamente por el PSOE a propuesta de IU».

Efectivamente recurren la sentencia y el Tribunal de Cuentas, absuelve, en apelación, a todos ellos, con ponencia de la actual consejera del Tribunal de Cuentas y antigua ministra de Justicia del PP, Margarita Mariscal de Gante, expresando que los pactos suscritos por el Ayuntamiento en el contrato entraba en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, y que el informe de la Unidad Técnica del Ayuntamiento, que estimaba que el alquiler debía tener un coste inferior, no era vinculante. Añade que la jurisdicción contable no puede entrar en razones de

relevancia constitucional, así como a la mayor parte de Tribunales de Cuentas de los países de nuestro entorno. En cualquier caso, tales miembros gozan de la misma independencia e inamovilidad y están sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces». En línea: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/EL-TRIBUNAL-DE-CUENTAS-RECUERDA-SU-COMPETENCIA-EXCLUSIVA-EN-EL-EJERCICIO-DE-LA-FUNCION-JURISDICCIONAL-EN-MATERIA-DE-ENJUICIAMIENTO-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CONTABLE-POR-EL-MANEJO-DE-FONDOS-PUBLICOS/>, [Consultado 2 de enero de 2017].

⁴⁷³ En este procedimiento de reintegro por alcance se ha ejercitado acción pública de responsabilidad contable. Según el periódico el País –País Vasco– el Partido Nacionalista Vasco (PNV) y el PSE (Partido Socialista Español) se personaron de forma conjunta ante el Tribunal de Cuentas del Estado para poder ejercer la acción pública contable y solicitar la apertura de juicio contable, 20 de mayo de 2015, en línea: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/05/20/paisvasco/1432116467_634411.html [Consultado, 12/01/2017].

⁴⁷⁴ El País España, 13 de mayo de 2016, en línea: http://politica.elpais.com/politica/2016/05/13/actualidad/1463142064_503363.html, [consultado 10/01/2016]

oportunidad o de eficacia en el uso de los fondos públicos, ya que debe limitarse a estudiar los criterios de legalidad.

El fallo, ha contado con el voto particular discrepante, del Presidente de la Sala de Justicia del TCU, Felipe García Ortiz, al estimar que sí existió «infracción legal» en el contrato, ya que se vulneraron los principios de buena administración que establece el artículo 111 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Dicho artículo, según recuerda este Consejero del Tribunal de Cuentas, prohíbe pactar cláusulas contrarias a estos principios, por lo que entiende que en la actuación de Maroto y Alonso hubo daños a los fondos públicos.

Según este voto, en ningún caso se justificó ni motivó la desproporción en el precio de actualización, por lo que considera que el mismo fue abusivo y existió un pago sin causa que ascendió a 189.097 euros. El Presidente de la Sala cree que Maroto, Alonso y el resto de los miembros de aquel Gobierno municipal deberían haber sido condenados por esta suma, estimando su recurso de forma parcial.

La anterior sentencia, pone en evidencia la politización del Tribunal de Cuentas, y la falta de independencia e imparcialidad con la que sus miembros desarrollan su función respecto a los políticos y como, sin ningún tapujo, se ponen al servicio del partido político que los nombra. Ahora, la cuestión no es solo que sean elegidos por los partidos políticos, el mayor problema es que los elegidos tienen un perfil político, la mayoría han sido senadores, diputados o han ocupado puestos importantes en los partidos políticos que los elige, ejemplo de esta afirmación es la Sra. Dña Margarita Mariscal de Gante, Consejera del Tribunal de Cuentas, quien mediante su ponencia, en apelación, absolviera a todos los enjuiciados (que son de su mismo partido, el PP), había sido Ministra de Justicia del PP.

El asunto es grave porque este Órgano no solo es el gran fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, incluida la contabilidad de los partidos políticos, sino que además es el encargado de enjuiciar las responsabilidades contables. De tal manera que como lo reitera ACED Y BARTRINA, la independencia y la imparcialidad son condiciones indispensables para que la función del Tribunal resulte eficaz, con el fin de que el juicio no aparezca desvirtuado por el halago

o el temor, lo que significaría la impunidad de los responsables y el envilecimiento de la sociedad⁴⁷⁵.

Precisamente, las notas características de la función jurisdiccional son, por una parte, su carácter público y por la otra, la independencia y la imparcialidad. La imparcialidad, según MENDIZÁBAL ALLENDE, se refiere al ámbito de materias sometidas a su conocimiento: no se puede ser juez y parte simultáneamente. La independencia ofrece dos vertientes: una, personal del titular, que para ser efectiva debe estar completada por una serie de garantías (inamovilidad), y otra funcional, en cuanto implica ausencia de vínculos jerárquicos, salvo los puramente procesales por vía de recurso. Conviene señalar que la independencia, característica inmanente de la función judicial, se predica formalmente respecto de los demás Poderes públicos⁴⁷⁶.

El no cumplimiento de estas características desvirtúa la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, pero hay que decir, como se evidenció en la sentencia mencionada, que esto ocurre respecto a los gestores públicos que ostentan la condición de políticos relevantes⁴⁷⁷, pues no es lo mismo con el resto de los funcionarios que no tienen dicha condición, tal es así, que la sentencia en cuestión fue publicitada por un gran número de periódicos españoles, al ser un hecho inusual, que el Tribunal de Cuentas declarara a unos políticos responsables de un perjuicio a los fondos públicos, aunque en segunda instancia fueron absueltos con ponencia de la Consejera perteneciente al mismo partido de los enjuiciados.

La realidad que se acaba de describir no hace más que acrecentar la desconfianza de la ciudadanía hacia el Tribunal de Cuentas, que en momentos actuales en los que se manifiesta con mayor intensidad el flagelo de la corrupción por el uso ilícito de los recursos públicos o contrarios a los principios de eficacia, eficiencia o económica, requiere a la luz del mandato constitucional en su doble campo de actuación, que el Tribunal de Cuentas ejerza con todo el rigor e independencia su función fiscalizadora y de enjuiciamiento contable.

⁴⁷⁵ Cfr. MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: «Función y esencia del Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 3, nº 8, 2001, p. 184.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 182.

⁴⁷⁷ Baste con consultar el portal del Tribunal de Cuentas, sección enjuiciamiento contable, a la fecha arroja un resultado de 838 Autos y 905 sentencias, en línea: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=ENJ> [Consultado 16 de marzo de 2017].

A nuestro modo de ver, de acuerdo con el análisis realizado en el capítulo anterior y en este, el Tribunal de Cuentas está dotado por la legislación contable y presupuestaria de suficientes mecanismos para desempeñar con eficiencia, eficacia, economía y transparencia sus funciones, sin embargo, se requiere modificar la LOTCu para prohibir la reelección de sus miembros y limitar la edad a 70 años⁴⁷⁸, de tal manera que una vez cumplan el período de nueve años sean removidos de sus cargos por agotamiento de su mandato, que permita la oxigenación y reemplazo generacional. Además y lo más importante, para evitar que se perpetúen las sospechas de que ejercen la función ya sea de control o enjuiciamiento contable, de forma selectiva, teniendo en cuenta que para ser elegidos o reelegidos deben iniciar campañas con el fin de obtener el apoyo político del Congreso de los Diputados y del Senado y una vez elegidos o reelegidos pagar el favor de la reelección, claro, esto es un círculo vicioso de nunca acabar, pero la no reelección contrarresta en algo esa percepción y evita también, que un Consejero, reelegido indefinidamente, se invista de poder e influya en las decisiones de los demás Consejeros.

Otro aspecto importante, como solución a la problemática planteada, sería tramitar una ley muy similar a la del Régimen de conflicto de intereses y de incompatibilidades contenido en el Título II de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo, en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal, para aplicar a los miembros del Tribunal de Cuentas, que impida que se presenten casos como la puerta giratoria, esto es, que un servidor público salga de una corporación para ingresar a otra, o con relación a determinados cargos públicos o privados y el denominado “yo te elijo, tú me eliges”, donde una persona nombra a otra, quien, a su vez, la designó previamente.

⁴⁷⁸ Uno de los problemas que afecta a Tribunal de Cuentas, aparte de los mencionados, es la longevidad de sus miembros y el tiempo que pueden permanecer en el cargo de Consejeros de Cuentas, por ejemplo, Ubaldo Nieto ha llegado a pasar los 80 años de edad y más de 30 años en el Tribunal de Cuentas y Juan Velarde Fuentes, más de 85 años de edad y en ese Órgano ha superado los 20 años. Ambos vinculados al PP.

CAPITULO IV

EL NUEVO RÉGIMEN SANCIONADOR EN LA LEY 19/2013 DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

IV.1. Introducción

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTBG)⁴⁷⁹, tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento (art. 1)⁴⁸⁰.

La LTBG reúne en un solo texto dos materias, por una parte, la transparencia administrativa y acceso a la información y por la otra, el buen gobierno⁴⁸¹. En este sentido la Exposición de Motivos de la LTBG subraya la importancia que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno tienen en la actualidad como ejes fundamentales de toda acción política. La LTBG incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas⁴⁸², reconoce y garantiza el

⁴⁷⁹ La Ley 19/2013 de 9 de diciembre, adopta la forma de ley ordinaria, habida cuenta de que el derecho de acceso a la información se encuentra reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución española.

⁴⁸⁰ La LTBG está dividida en cuatro títulos, el título preliminar referido al objeto de la ley (art.1), el título primero dedicado a la «transparencia de la actividad pública» (arts. 2 al 24), el título segundo alusivo al «Buen gobierno» (arts. 25 al 32) y el tercero al «Consejo de Transparencia y Buen Gobierno» (arts. 33 al 40).

⁴⁸¹ En la actualidad han cobrado fuerza conceptos como gobernanza o buen gobierno, con los que la comunidad internacional hace referencia –dicho sea en términos generales– al gobierno que promueve el interés general, los derechos humanos, la democracia, la participación ciudadana y el desarrollo sostenible, que combate la pobreza y la exclusión social y sobre todo y por lo que ahora interesa, que hace efectivas la transparencia, la integridad y la rendición de cuentas. ÁLVAREZ TOLCHEFF, Enrique: «La rendición de cuentas: [...]». p. 37.

⁴⁸² Al respecto señala la Exposición de Motivos de la LTBG: «La Ley amplía y refuerza las obligaciones de publicidad activa en distintos ámbitos. En materia de información institucional, organizativa y de planificación exige a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación de su grado de cumplimiento. En materia de información de relevancia jurídica y que afecte directamente al ámbito de las relaciones

acceso a la información, regulado como un derecho con un amplio ámbito de aplicación⁴⁸³, y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia jurídica⁴⁸⁴.

Desde esta triple perspectiva (publicidad activa, derecho de acceso a la información pública, buen gobierno), se proyecta la LTBG, tanto externamente, en la relación de los poderes públicos con los ciudadanos, favoreciendo un mayor conocimiento por parte de estos del contenido de su actividad y ampliando de este modo

entre la Administración y los ciudadanos, la ley contiene un amplio repertorio de documentos que, al ser publicados, proporcionarán una mayor seguridad jurídica. Igualmente, en el ámbito de la información de relevancia económica, presupuestaria y estadística, se establece un amplio catálogo que debe ser accesible y entendible para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos. Por último, se establece la obligación de publicar toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se cohonesten con los intereses de la ciudadanía.

Para canalizar la publicación de tan ingente cantidad de información y facilitar el cumplimiento de estas obligaciones de publicidad activa y, desde la perspectiva de que no se puede, por un lado, hablar de transparencia y, por otro, no poner los medios adecuados para facilitar el acceso a la información divulgada, la Ley contempla la creación y desarrollo de un Portal de la Transparencia. Las nuevas tecnologías nos permiten hoy día desarrollar herramientas de extraordinaria utilidad para el cumplimiento de las disposiciones de la Ley cuyo uso permita que, a través de un único punto de acceso, el ciudadano pueda obtener toda la información disponible».

⁴⁸³ Agrega la Exposición de Motivos de la LTBG: «La Ley también regula el derecho de acceso a la información pública que, no obstante, ya ha sido desarrollado en otras disposiciones de nuestro ordenamiento. En efecto, partiendo de la previsión contenida en el artículo 105.b) de nuestro texto constitucional, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrolla en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos. Pero esta regulación adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica.

Igualmente, pero con un alcance sectorial y derivado de sendas Directivas comunitarias, otras normas contemplan el acceso a la información pública. Es el caso de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público. Además, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, a la vez que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, se sitúa en un camino en el que se avanza con esta Ley: la implantación de una cultura de transparencia que impone la modernización de la Administración, la reducción de cargas burocráticas y el empleo de los medios electrónicos para la facilitar la participación, la transparencia y el acceso a la información».

⁴⁸⁴ Sobre este tema señala el Consejo de Estado en Dictamen 707/2012, del anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, manifestó: «El proyecto responde a la necesidad de establecer el régimen jurídico aplicable a los pilares sobre los que en la actualidad, y al decir de la memoria, debe descansar toda acción política, entendiéndose que la creación de un marco de referencia en materia de transparencia y responsabilidad política dentro del cual deba encauzarse la actuación de los poderes públicos contribuirá decisivamente a reforzar los cimientos democráticos de la sociedad y a acercar a los ciudadanos a los asuntos públicos».

sus posibilidades de control democrático lo que, a su vez, contribuirá a fomentar la participación ciudadana en los asuntos públicos, como internamente, en el ámbito propio y específico de la actuación de los altos cargos, intensificando la responsabilidad de los gestores públicos de máximo nivel en el ejercicio de sus funciones y fomentando su ejemplaridad pública⁴⁸⁵.

En este sentido, la LTBG, constituye un avance social muy importante y un cauce fundamental para mejorar la participación y el control social de las Administraciones públicas, de tal manera que los ciudadanos puedan tener la posibilidad de conocer por sí mismos y a través de los medios de comunicación social cómo se desarrolla la actividad pública para poder controlarla, detectar los supuestos de mal funcionamiento y exigir la mejora de la calidad de la gestión pública⁴⁸⁶.

En lo que respecta a buen gobierno, la Exposición de Motivos resalta que la Ley supone un avance de extraordinaria importancia, puesto que «principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta».

De esta manera se introduce un régimen sancionador, cuya finalidad va dirigida a establecer la responsabilidad aplicable a todos los sujetos que desarrollan funciones públicas de alto nivel, que garantice el control de sus actuaciones y que permita sancionarles por sus conductas irresponsables y contrarias al ordenamiento jurídico, que resultan inaceptables en un Estado de Derecho.

⁴⁸⁵ Consejo de Estado. Dictamen Número de expediente: 707/2012 (Presidencia) Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Fecha de aprobación 30/10/2014.

⁴⁸⁶ Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, como 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 crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos. Exposición de Motivos LTBG.

Este capítulo lo dedicaremos al estudio del Título II de la LTBG, denominado “Buen gobierno”, que se identifica en la LTBG con un régimen sancionador de carácter disciplinario⁴⁸⁷, aplicable a los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilado de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Se realizara un análisis crítico del régimen sancionador LTBG en el ámbito de su estructuración, procedimiento y aplicabilidad y las dificultades que puede tener este régimen en su efectividad y proponer líneas de mejoras que favorezcan la imparcialidad y efectividad del mismo.

El estudio realizará una exploración de los antecedentes y la conformación jurídica del Régimen sancionador de la LTBG, la normativa jurídica en que se apoya, Constitución española, doctrina, jurisprudencia y dictámenes del Consejo de Estado.

IV.2. Principios de buen gobierno

La LTBG, en el artículo 26 agrupa un conjunto de numerosas reglas de comportamiento que deben regir la actuación de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, enunciadas dentro del título "Principio de buen gobierno", clasificados en "principios generales y principios de actuación" a los cuales otorga rango de ley.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, crítica la división de los principios de buen gobierno que hace la LTGB en principios generales y principios de actuación, pues en su opinión «Realizando esa división lo que consigue, es una cierta confusión acerca de la naturaleza de dichos principios. Los principios de buen gobierno y la buena administración, en cuanto derivados del capital central del servicio objetivo al interés general son principios éticos puesto que la caracterización constitucional de la función del Poder ejecutivo, servicio objetivo al interés general, es eminentemente ética. Y

⁴⁸⁷ Los «principios del buen gobierno», en realidad constituyen el sustento sobre el que, posteriormente, se establece el régimen disciplinario que es exigible a este grupo de personas al que se refiere la LTBG en el ejercicio de su función. PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El buen Gobierno: Informaciones en materia de gestión económico-presupuestaria y régimen sancionador» en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre)*, GUICHOT Emilio (Coord.), Tecnos, Madrid, 2014, p. 294.

como ética es una ciencia social práctica, una ciencia del comportamiento, de la conducta, del quehacer, en este caso de los altos cargos»⁴⁸⁸.

Por su parte DESCALZO, considera que entre los aciertos de la tramitación parlamentaria de la LTBG merece destacarse «la modificación operada en la rúbrica del hoy artículo 26 LTBG para sustituir la referencia a los «principios éticos y de conducta» que se contenían en el artículo 23 del proyecto por la más precisa y correcta, desde el punto de vista jurídico, «principios de buen gobierno». De esta manera, dice, se evita cualquier posible confusión acerca de la verdadera naturaleza y eficacia jurídica de los principios contenidos en dicho precepto clasificados, a su vez, en principios generales y principios de actuación, lo que podría hacer pensar que nos encontrábamos, simple y sencillamente, ante una enumeración de admoniciones de tipo moral y sin valor ni efecto jurídico alguno⁴⁸⁹.

Los principios en opinión de RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ seguirán siendo principios y su naturaleza jurídica no cambia por el hecho de cambiarles el nombre, lo que les da la eficacia jurídica como coercitivos es la incorporación de dichos principios a una norma con rango de Ley, así lo afirma la Exposición de Motivos de la LTBG «Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley [...]»

Los principios de buen gobierno incorporados en el artículo 26 LTBG, tienen su precedente en el denominado «Código de Buen Gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado», aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005⁴⁹⁰.

La Exposición de Motivos de este Código de Buen Gobierno expone como antecedente «Desde la entrada en vigor de la Constitución Española, el ordenamiento jurídico español se ha enriquecido con diversas normas que conforman el marco en el que han de actuar los altos cargos, los funcionarios públicos y el resto del personal de

⁴⁸⁸ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: «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 y buen gobierno*, RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, Comares, Granada, 2014, p. 66.

⁴⁸⁹ DESCALZO, Antonio: *Op. cit.*, 2014, p. 280.

⁴⁹⁰ Publicado mediante Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, en el BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2005.

las Administraciones públicas para ejercer sus funciones de acuerdo al bloque de la legalidad, que garantiza la transparencia, eficacia y dedicación plena a sus funciones públicas y evita toda aquella actividad o interés que pudiera comprometer su independencia e imparcialidad o menoscabar el desempeño de sus deberes públicos».

Sin embargo, las normas imperativas y fundamentalmente los diferentes instrumentos de responsabilidad (administrativa o disciplinaria, penal, civil, contable) aplicable a las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas, parecen insuficientes en momentos actuales en que la corrupción está minando la credibilidad de estos y de las instituciones frente a la ciudadanía y como respuesta, al malestar de la sociedad, se ha considerado necesario introducir en el ámbito jurídico normas morales que guíen la conductas de estos en el ejercicio de sus funciones.

De ahí, que la exposición de motivos del Código de Buen Gobierno al que estamos haciendo alusión haya expresado: «No obstante, en el momento actual, se hace necesario que los poderes públicos ofrezcan a los ciudadanos el compromiso de que todos los altos cargos en el ejercicio de sus funciones han de cumplir no sólo las obligaciones previstas en las leyes, sino que, además, su actuación ha de inspirarse y guiarse por principios éticos y de conducta que hasta ahora no han sido plasmados expresamente en las normas, aunque sí se inducían de ellas y que conforman un código de buen gobierno. Se trata, pues, de establecer en dicho código el respeto a una amplia gama de exigencias entre las que se encuentran no sólo el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias, sino también de otras garantías adicionales, que configuran un pacto de los poderes públicos con los ciudadanos, en torno a los principios de funcionamiento de las instituciones en el seno de la democracia española».

«En tal sentido y, por lo que respecta a la Administración General del Estado, se trata de ofrecer a los ciudadanos un código de buen gobierno, donde se definan y expongan los valores de referencia que han de regir la actuación de los miembros del Gobierno y de sus altos cargos para responder a las demandas y exigencias de los ciudadanos en cuanto integrantes de la comunidad política en la que viven y ofrecer un

compromiso sólido de respeto, protección y fomento de todas las aspiraciones de los individuos en un marco de solidaridad, libertad y justicia»⁴⁹¹.

«Los valores de referencia no suponen un repertorio de principios éticos sin trascendencia jurídica alguna. Se trata, por el contrario, de principios inducidos de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico español, de forma que cada uno de ellos tiene su manifestación concreta en una norma que prevé la consecuencia jurídica de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Su exigencia, en todo caso, se producirá en los términos previstos en el ordenamiento jurídico, principalmente en la Constitución y en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, para los miembros de este»⁴⁹².

La elaboración de este Código responde fielmente a las líneas directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y otras organizaciones internacionales, por lo que supone una eficaz política de prevención y gestión de estos conflictos, acorde con experiencias similares adoptadas por otros países de tradición y raigambre democrática.

Respecto a la incorporación de los principios de buen gobierno en la LTBG, el Consejo de Estado en su Dictamen 707/2012, hace la siguiente consideración:

⁴⁹¹ Exposición de motivos del Código de Buen Gobierno.

⁴⁹² *Ibidem*. Debe tenerse en cuenta que Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, se modificó por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Estas fueron las modificaciones: Se modifica el apartado segundo del *artículo 4*; se modifica el *artículo 5*. Del Consejo de Ministros; se modifica el apartado segundo del *artículo 6*; se modifica el apartado segundo del *artículo 7*; se modifica el *artículo 8*. De la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios; se modifica el *artículo 9*. Del Secretariado del Gobierno; se modifica el *artículo 10*. De los Gabinetes; se modifica el *artículo 11*. De los requisitos de acceso al cargo; se modifica el *artículo 12*. Del nombramiento y cese; se modifica el *artículo 13*. De la suplencia; se modifica el *artículo 20*. Delegación y avocación de competencias; se modifica el *Título V. De la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno (artículo 22*. Del ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno; *artículo 23*. Disposiciones de entrada en vigor; *artículo 24*. De la forma y jerarquía de las disposiciones y resoluciones del Gobierno de la Nación y de sus miembros; *artículo 25*. Plan Anual Normativo; *artículo 26*. Procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos; *artículo 27*. Tramitación urgente de iniciativas normativas en el ámbito de la Administración General del Estado; *artículo 28*. Informe anual de evaluación) y se añade un *Título VI. Del control del Gobierno*, en el que se incluye el artículo 26 actual, que se renumera como artículo 29. Según el Preámbulo de la nueva Ley estas modificaciones introducidas en la actual Ley del Gobierno suponen una serie de trascendentes novedades. Así, se adecúa el régimen de los miembros del Gobierno a las previsiones de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. En cuanto al Presidente del Gobierno, a los Vicepresidentes y a los Ministros, se introducen mejoras técnicas sobre el procedimiento y formalidades del cese. Noticias Jurídicas, 2 de octubre de 2015, en línea: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10539-contenido-y-novedades-de-la-ley-40-2015-de-1-de-octubre-de-regimen-juridico-del-sector-publico/> [Consultado 9 de marzo de 2017].

«Ciertamente y aun cuando no pretenda ahora analizarse o siquiera esbozarse la compleja relación existente entre Derecho y Moral, no puede negarse que en todo ordenamiento jurídico existen determinados elementos axiológicos que impregnan el contenido de muchas normas, algo que es especialmente patente en el ámbito del derecho punitivo. Ahora bien, aun siendo ello cierto, no lo es menos 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 del reproche social que su incumplimiento puede conllevar».

En ese orden de ideas tenemos que el régimen sancionador de la LTBG incorpora unos principios denominados de buen gobierno divididos en «principios generales» y «principios de actuación», que han sido recogidos en gran parte de los principios éticos y principios de conducta del Código de Buen Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado⁴⁹³.

⁴⁹³ Apartado segundo, Código de Buen Gobierno: «*Principios éticos*».

- Los altos cargos promoverán los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos, y evitarán toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- La adopción de decisiones perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia 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.
- Se abstendrán de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público. Se entiende que existe conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.
- Velarán por promover el respeto a la igualdad entre hombres y mujeres, y removerán los obstáculos que puedan dificultarla.
- Se someterán a las mismas condiciones y exigencias previstas para el resto de los ciudadanos en las operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos que realicen.
- No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.
- No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de estos cargos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.
- Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.
- Se abstendrán de todo tipo de negocios y actividades financieras que puedan comprometer la objetividad de la Administración en el ejercicio a los intereses generales.
- Sus actividades públicas relevantes serán transparentes y accesibles para los ciudadanos con las únicas excepciones previstas en las leyes.

Estos principio no solo se han incorporado en el artículo 26 de LTBG, también se recogen, en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, a los que se les aplica dichos principios según lo dispone el artículo 3.1 de la citada ley, al prescribir «El ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia, además de las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a los siguientes principios: [...]»⁴⁹⁴.

-
- Asumirán la responsabilidad en todo momento de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente.
 - Asumirán la responsabilidad de sus actuaciones ante los superiores y no las derivarán hacia los subordinados sin causa objetiva.
 - Ejercerán sus atribuciones según los principios de buena fe y dedicación al servicio público y se abstendrán no solo de conductas contrarias a aquellos, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos que tuvieran.
 - Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes sobre la difusión de información de interés público, se mantendrán el sigilo, la reserva y la discreción en relación con los datos e informes que se conocieran por razón del cargo».

Apartado tercero, Código de Buen Gobierno: *Principios de conducta*.

1. El desempeño de los altos cargos exige la plena dedicación.
2. El desempeño de cargos en órganos ejecutivos de dirección de partidos políticos, en ningún caso menoscabará o comprometerá el ejercicio de sus funciones.
3. Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las limitaciones que establezcan normas específicas.
4. En el ejercicio de sus funciones extremarán el celo de modo que el desempeño de las obligaciones contraídas sea una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos. Esta ejemplaridad habrá de predicarse, igualmente, en el cumplimiento de las obligaciones que, como ciudadanos, les exigen las leyes.
5. Administrarán los recursos públicos con austeridad y evitarán actuaciones que puedan menoscabar la dignidad con que ha de ejercerse el cargo público.
6. 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 del Estado, en los términos previstos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente.
7. En el desempeño de sus funciones serán accesibles a todos los ciudadanos y extremarán la diligencia en contestar todos los escritos, solicitudes y reclamaciones que estos realicen.
8. El tratamiento oficial de carácter protocolario de los miembros del Gobierno y de los altos cargos será el de señor/señora, seguido de la denominación del cargo, empleo o rango correspondiente. En misiones oficiales en el extranjero les corresponderá el tratamiento que establezca la normativa del país u organización internacional correspondiente.
9. Se abstendrán de realizar un uso impropio de los bienes y servicios que la Administración General del Estado pone a su disposición por razón del cargo.
10. La protección del entorno cultural y de la diversidad lingüística inspirará las actuaciones de los altos cargos en el ejercicio de sus competencias, así como la protección y mejora de la calidad del medio ambiente.
11. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

⁴⁹⁴ Artículo 3 Ley 3/2015: *Ejercicio del alto cargo*.

1. 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.

Igualmente, se encuentran contemplados en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre⁴⁹⁵ (EBEP) , con la misma clasificación y nombre que tiene el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, artículo 53 “Principios éticos” y el artículo 54 “Principios de conducta”.

Descendido al caso particular de los principios contenidos en el artículo 26 LTBG, tenemos que dicho artículo dispone que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del Título II 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. Asimismo, adecuarán su actividad a los siguientes principios:

«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.

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.

2. Los principios enunciados en el apartado anterior informarán la normativa aplicable al ejercicio de las funciones y la actividad de los altos cargos. Servirán asimismo de criterios interpretativos a la hora de aplicar las disposiciones sancionadoras. Su desarrollo y las responsabilidades inherentes a su eventual incumplimiento se regularán por las normas vigentes sobre buen gobierno en su correspondiente ámbito de aplicación.

⁴⁹⁵ 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,

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.

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».

Finalmente, el apartado 3 del artículo 26 LTBG dispone «Los principios establecidos en este artículo informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en este título».

Respecto a los anteriores principios, el Consejo de Estado en el Dictamen 707/2012 se detuvo en el principio de actuación n° 6.º: «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» haciendo la siguientes observación: «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».

Conforme a lo apuntado, se deriva que la observación realizada por el Consejo de Estado no fue atendida por el legislador, dejándola en los términos mencionados en la LTBG. De todas maneras para la interpretación y aplicación del régimen sancionador de LTBG se hace necesario que en el desarrollo del Título II, se precise cuando se entiende que se «superan los usos habituales, sociales o de cortesía», o cuáles son los «favores o servicios en condiciones ventajosas que pueden condicionar el desarrollo de sus funciones».

Dicho esto, importa subrayar que los principios enunciados se configuran en la guía para la interpretación y aplicación del régimen sancionador más no se sanciona su incumplimiento. De ahí, que lo que es objeto de sanción en el régimen sancionador de la LTBG son las conductas que aparecen expresamente “tipificadas” como constitutivas de infracciones y no las que aparecen como principios de buen gobierno.

En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha considerado «el principio de tipicidad como una garantía material comprendida en el principio de

legalidad sancionadora contemplado en el artículo 25.1 de la Constitución, que “aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”⁴⁹⁶.

Esta garantía se concreta, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, en que el legislador y, en su caso, la Administración deben aprobar normas «concretas, precisas, claras e inteligibles»⁴⁹⁷. El principio de tipicidad no veda, sin embargo, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, «aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 de la Constitución se subordina -según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional- 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»⁴⁹⁸.

IV.3. El régimen sancionador en la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno - LTBG

Como hemos expuesto, el Título II de LTBG referido al *buen gobierno*, se estructura desde un conjunto de principios de buen gobierno clasificados en principios generales y principios de actuación que debe regir la labor de quienes son miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, en el ejercicio de sus funciones, cuya finalidad es buscar que las actuaciones de estos se ajusten a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad por sus decisiones y actuaciones, que precisamente, por las funciones que desempeñan deben ser modelo de ejemplaridad en su conducta.

⁴⁹⁶ STC 135/2010, de 2 de diciembre, y 104/2009, de 4 de mayo.

⁴⁹⁷ STC 181/2008, de 22 de diciembre; 151/1997, de 29 de septiembre; y 34/1996, de 11 de marzo.

⁴⁹⁸ Por todas, STC 208/2005, de 12 de septiembre. Cfr. Consejo de Estado. Dictamen 707/2012.

Estos principios como lo anuncia el artículo 26.3 LTBG, informan la interpretación y aplicación del régimen disciplinario, regulado en el citado Título II, el cual se configura en tres ámbitos: infracciones en materia de conflicto de intereses, infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y en el ámbito disciplinario (arts. 27, 28 y 29 LTBG).

Es este punto es preciso señalar que las infracciones en materia de conflicto de intereses, se rige por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y no por el régimen sancionador de la LTBG.

Respecto a las sanciones del régimen sancionador de la LTBG, el artículo 30 se refiere a infracciones leves, graves y muy graves, el procedimiento y los criterios para su aplicación. Además, contempla la coexistencia de responsabilidades y el procedimiento que se debe seguir cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delitos, o estén tipificadas como infracción en una norma administrativa especial, no considerándose norma especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el artículo 28 LTBG, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador.

El artículo 31 hace mención a los órganos competentes para incoar el procedimiento sancionador, así como para la instrucción del mismo y para la imposición de las sanciones.

Finalmente, el artículo 32 determina el plazo de prescripción de las infracciones y de las sanciones previstas en el régimen sancionador de la LTBG, de acuerdo con la tipificación de las mismas (muy graves, graves o leves), así como las causas de su interrupción y el procedimiento a seguir en estos casos.

De esta manera se cierra el Título II referido al tema de *buen gobierno*, de donde se puede establecer claramente que se trata de un régimen sancionador de naturaleza disciplinaria fundamentado en unos principios generales y de actuación, que son los que informan su interpretación y aplicación, es decir, el buen gobierno de la LTBG no contiene normas relacionadas con la organización y funcionamiento de la

Administración Pública que se encuentran en el artículo 103.1 CE, en el que se recogen los principios básicos que deben presidir la actividad de la Administración estatal a saber: servicio, objetividad, generalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, desarrollados en los artículos 3 y 4 de la LRJ-PAC, ahora artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁴⁹⁹.

Una de las razones que explica que se haga mención al *buen gobierno* en la LTBG, es el actual clima social de claro malestar, –cuando no de crispación– por los casos de mala gestión y/o corrupción detectados en el funcionamiento de los poderes

⁴⁹⁹ Es preciso señalar que la LRJ-PAC se derogó con efectos al 2 de octubre de 2016, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Los principios a que se refiere los artículos 3 y 4 de la LRJ-PAC se contienen ahora en el artículo 3 de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya vigencia inició el 2 de octubre de 2016. En la nueva redacción se incorpora el principio de transparencia y su nueva redacción es la siguiente:

Artículo 3 Ley 40/2015: *Principios generales*.

«1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

- a) Servicio efectivo a los ciudadanos.
- b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
- c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
- d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
- e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.
- f) Responsabilidad por la gestión pública.
- g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.
- h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
- i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
- j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas.

2. Las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados.

3. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades Locales, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

4. Cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única».

Entre los principios generales, que deberán respetar todas las Administraciones Públicas en su actuación y en sus relaciones recíprocas, además de encontrarse los ya mencionados en la Constitución Española de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, destaca la incorporación de los de transparencia y de planificación y dirección por objetivos, como exponentes de los nuevos criterios que han de guiar la actuación de todas las unidades administrativas.

públicos, principalmente, del urbanismo, los contratos del sector público y las ayudas públicas, a los que ni siquiera hace mención la Exposición de Motivos de la LTBG⁵⁰⁰.

DESCALZO, considera que la opción de la LTBG por identificar y concretar el buen gobierno en un código de conducta para los servidores públicos de naturaleza sancionadora supone en primer lugar, adoptar una interpretación estricta, de tono subjetivo, dentro de los otros muchos significados y acepciones que rodean a la noción de buen gobierno en los últimos tiempos, que han llevado a encuadrarlo, bien dentro de la llamada nueva gestión pública en el marco de la denominada gobernanza –que el Libro Blanco elaborado por la Comisión Europea en el año 2001 identifica con las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia–⁵⁰¹.

Por su parte, CASTILLO BLANCO, refiriéndose a los diferentes significados que rodean la noción de buen gobierno, señala: «la mayoría de los autores coinciden en señalar varias variables del buen gobierno: la participación de la ciudadanía, el consenso con los distintos actores presentes en las políticas públicas y la sensibilidad a las demandas de la ciudadanía y de sus grupos de interés; la legalidad de los procesos y procedimientos; la transparencia y el control en el ejercicio de la acción de gobierno que asegura que la corrupción es mínima durante el proceso de la toma de decisiones; la responsabilidad para que las instituciones y los sistemas sirvan a todos los grupos de interés dentro de un marco de tiempo razonable; la equidad para asegurar que todos los miembros de la sociedad sientan que forman parte de la misma y no se sienten excluidos de la inercia mayoritaria de su sociedad; la eficacia y la eficiencia consiguiendo los resultados que necesita la sociedad al tiempo que lo hacen utilizando de la mejor forma posible los recursos de los que disponen de forma sostenible para las necesidades presentes y futuras de la sociedad. Como vemos contenidos o ya presentes en la idea de buena administración o conexos a éstos»⁵⁰².

⁵⁰⁰ DESCALZO, Antonio: «Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflicto de intereses» en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre)*, GUICHOT, Emilio (Coord.), Técnos, Madrid, 2014, p. 249.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 251.

⁵⁰² CASTILLO BLANCO, Federico A.: «Garantías del Derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 172, julio–septiembre, 2015, p. 142.

CASTILLO BLANCO coincide con DESCALZO en que la acepción de buen gobierno que utiliza la LTBG es de carácter subjetiva, cuando dice: «En una acepción más restringida, que es básicamente la que inspira la mayoría de las normas hasta ahora dictadas en nuestro país, se entiende por buen gobierno aquella manera de actuar que debieran observar los líderes políticos, las instituciones públicas, la administración y los servidores públicos (así como todas aquellas personas que lleven a cabo una acción de gestión o de gobierno en entidades privadas que prestan servicios públicos), que fuere conforme con el ordenamiento jurídico y con nuestros referentes morales y éticos»⁵⁰³.

En ese orden tenemos que el buen gobierno de la LTBG, está conformado por un código de buena conducta inspirado en valores y principios metajurídicos «cuya única eficacia jurídica consiste en informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador»⁵⁰⁴, que visto en el contexto de la totalidad de la LTBG, se quedó corto por la relevancia que tiene el tema en tiempos actuales, al que se solo se le dedica un artículo (art. 26 LTBG), que contiene siete principios generales y nueve principios de actuación, mientras que el régimen sancionador contiene seis artículos (arts. 27 al 32).

IV.4. Ámbito subjetivo de aplicación régimen sancionador

El artículo 25 de la LTBG, establece a quienes va dirigida la aplicación del régimen sancionador previsto en el Título II de la citada Ley, así:

«1. En el ámbito de la Administración General del Estado 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, vinculadas o dependientes de aquella.

A estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses.

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.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 142.

⁵⁰⁴ DESCALZO, Antonio: *Op. cit.*, 2014, p. 253.

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 pudieran ostentar».

Ahora bien, para precisar quiénes son los sujetos objeto de aplicación del régimen sancionador de la LTBG, a continuación se hará referencia a cada uno de ellos.

IV.4.1. Miembros del Gobierno

El Gobierno es el encargado de dirigir 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 (art. 97 CE).

Según el artículo 98.1 CE, el «Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley».

El artículo 98, apartado 4 CE establece «La Ley regulará el estatuto de incompatibilidades de los miembros del Gobierno», en consecuencia, el legislador para dar cumplimiento a esta previsión legal procedió a su desarrollo normativo, en lo que se refiere a la determinación de sus miembros y estatuto de incompatibilidades de los mismos, promulgando la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En relación con la composición de Gobierno, el artículo 1.2 de la Ley mencionada dice «El Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros».

El preámbulo de la Ley citada, hace una precisión respecto al Vicepresidente, señalando «esta figura se mantiene, como no podía ser de otra manera, el carácter disponible de los Vicepresidentes, cuya existencia real en cada formación concreta del Gobierno dependerá de la decisión del Presidente».

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que el artículo 25 LTBG señala que se consideran altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la

normativa en *materia de conflicto de intereses*, de tal manera que según el artículo 1.2.a) de la Ley 3/2015 del alto cargo, los miembros del Gobierno se encuentran dentro de quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado. En consecuencia, el Presidente, el Vicepresidente o Vicepresidentes, y los Ministros como integrantes del Gobierno y como altos cargos de la Administración General del Estado, se encuentran en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG (art. 25 LTBG).

DESCALZO considera que el Presidente de Gobierno no se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG, aunque haga parte del Gobierno, pues en su opinión no forma parte de la “Administración General del Estado”, puesto que el 25.1 LTGB empieza diciendo «En el ámbito de la Administración General de Estado las disposiciones de este artículo se aplicarán a los miembros del Gobierno, [...]» y, se apoya en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Disposición derogada por la Ley 40/2015), puesto que no incluye al Presidente de Gobierno en el ámbito de dicha Administración y por tanto, dice, puede afirmarse que el Presidente de Gobierno no se encuentra sujeto al código de buen gobierno de la LTBG y por similares razones estima que también se extiende a los presidentes de las Comunidades Autónomas⁵⁰⁵.

En sus argumentos cita la STC 222/2006, de 6 de julio, que analiza la doble función ejecutiva y administrativa del Gobierno en la que se llega a la siguiente argumentación: «El Presidente de Gobierno carece de doble faz o condición que, según hemos visto, caracteriza a los demás miembros del Gobierno, ya que en modo alguno puede considerarse que quede integrado en la Administración General del Estado. El presidente de Gobierno se integra en el Gobierno que preside y, en tal sentido, le corresponde dirigir su acción y coordinar a sus miembros (art. 98 CE), proponiendo al Rey el nombramiento y el cese de los Ministros (art. 100 CE)⁵⁰⁶.

Sin embargo, me aparto de lo dicho por DESCALZO y me adhiero a la opinión del Consejo de Estado en su Dictamen 707/2012 de “Anteproyecto de Ley de

⁵⁰⁵ DESCALZO, Antonio: *Op. cit.*, 2014, p. 259-260.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 260.

transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”. Para el Consejo el Presidente de Gobierno se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG. Esta afirmación la hace cuando se refiere a las sanciones de destitución aplicable a los altos cargos, al expresar:

« [...] no puede atribuirse al Consejo de Ministros la competencia para imponer la mencionada sanción de destitución a ninguno de los miembros del Gobierno, habida cuenta de que el Presidente, que no se encuentra expresamente excluido del ámbito de aplicación definido en el artículo 22, únicamente puede cesar en los supuestos tasados y de conformidad con los procedimientos constitucionalmente establecidos en los artículos 101 y concordantes de la Constitución. En el caso de los Ministros, es claro que únicamente pueden ser separados de su cargo por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno (artículo 100 de la Constitución)».

Ahora, si el Presidente de Gobierno como miembro del Gobierno no hace parte del ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG como lo dice DESCALZO, si lo está como “alto cargo”, en aplicación de la normativa de conflicto de intereses, art. 1.2.a) Ley 3/2015⁵⁰⁷. Aparte, si se hubiese querido excluir al Presidente de Gobierno y a los presidentes de las Comunidades Autónomas del ámbito de su aplicación, se hubiese estipulado la excepción, expresamente, como se hizo con quienes ostentan la condición de cargo electo (art. 25.3 LTBG).

De todas maneras es un tema que amerita precisión, que debe ser objeto de desarrollo del Título II de la LTBG, en aplicación de lo dispuesto la disposición final séptima de la LTBG que prescribe «El Gobierno, en el ámbito de sus competencias, podrá dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de lo establecido en esta Ley».

⁵⁰⁷ Artículo 1 Objeto y ámbito de aplicación

1. La presente ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal.

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

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

IV.4.2. Secretarios de Estado

En cuanto a los Secretarios de Estado, estos no forman parte del Gobierno como se desprende de lo estipulado en los artículos 98.1 CE y 1.2 de la Ley 50/1997, dado que son órganos de colaboración muy cualificados del Gobierno, pero no miembros, si bien su importancia destaca sobre el resto de órganos de colaboración y apoyo en virtud de su fundamental misión al frente de importantes parcelas de actividad política y administrativa, lo que les convierte, junto con los Ministros, en un engarce fundamental entre el Gobierno y la Administración⁵⁰⁸.

Los Secretarios de Estado tiene la consideración de un *alto cargo* de la Administración General del Estado, de conformidad con la normativa en materia de conflicto de intereses, que corresponde a lo dispuesto en el artículo 1.2.a) de la Ley 3/2015⁵⁰⁹.

IV.4.3. Alto cargo de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella

Se considera alto cargo de la Administración General del Estado, todos aquellos a los que se refiere el artículo 1.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado⁵¹⁰.

«1.2. A los efectos previstos en esta ley, se consideran altos cargos:

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

⁵⁰⁸ Exposición de Motivos Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

⁵⁰⁹ Artículo 1 Objeto y ámbito de aplicación

1. La presente ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal.

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

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

⁵¹⁰ Con la promulgación de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, quedaron derogadas la Ley 5/2006 y el Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla 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.

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, el 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.

No tendrá la consideración de alto cargo quien sea nombrado 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».

IV.4.4. Alto cargo o asimilados en la normativa autonómica

El artículo 25.2 LTBG dispone que el régimen sancionador a que se refiere el Título II, será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica, tengan tal consideración.

Basados en lo dicho por el citado artículo, cada Comunidad Autónoma dictará la normas sobre definición de altos cargos, por ejemplo, la Generalidad de Cataluña ha dictado la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, de contenido similar al de la normativa estatal y en el artículo 2 dispone quien tienen la consideración de altos cargos, así:

- «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 Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña.
- 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»⁵¹¹.

«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»⁵¹².

« 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).

m) 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».

La consideración de altos cargos, contenida en esta norma tiene una particularidad, incluye como alto cargo, al jefe o jefa de la oposición si percibe retribución de los presupuestos de la Generalidad catalana (artículo 2. f) Ley 13/2005, de 27 de diciembre)⁵¹³.

Otro ejemplo, 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, establece en su artículo 2.1 quienes tienen la consideración de alto cargo, a efectos de esta ley:

⁵¹¹ Téngase en cuenta que, conforme establece la disposición adicional primera de la Ley [CATALUÑA] 11/2007, 11 octubre, de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales («D.O.G.C.» 18 octubre), la Corporación Catalana de Radio y Televisión pasa a denominarse Corporación Catalana de Medios Audiovisuales.

⁵¹² Letra k) del artículo 2 redactada por el artículo 31 de la Ley [Cataluña] 5/2007, 4 julio, medidas fiscales y financieras («D.O.G.C.» 6 julio).

⁵¹³ RAMOS DE MOLINS, Alfonso: «Título II Buen Gobierno (art. 25 a 32)», en *Transparencia y buen gobierno en Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid, 2014, p. 445.

«El Presidente de la Junta de Andalucía, el Vicepresidente o Vicepresidentes, los Consejeros y todos aquellos empleos de libre designación por el Consejo de Gobierno que implican especial confianza o responsabilidad y, particularmente, los siguientes:

- a)** Los Viceconsejeros, Secretarios Generales, Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos de las Consejerías y asimilados.
- b)** Los miembros del Gabinete de la Presidencia de la Junta de Andalucía.
- c)** Los Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía.
- d)** El Presidente, los Consejeros electivos que desempeñen sus funciones con carácter exclusivo y a tiempo completo y el Secretario General del Consejo Consultivo de Andalucía.
- e)** Los Presidentes, Consejeros Delegados y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía, o de las sociedades mercantiles con participación directa de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus Organismos Autónomos, superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno o si son nombrados por los propios órganos de gobierno de dichas entidades y sociedades.
- f)** Los Delegados del Consejo de Gobierno en las entidades y sociedades aludidas en el párrafo anterior.
- g)** Los Presidentes, Directores y asimilados de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía.
- h)** Los Presidentes, Directores y quienes ejerzan 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 cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de las mismas.
- i)** Los Delegados Provinciales de las Consejerías, Directores Provinciales de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía o asimilados.
- j)** Cualquier cargo nombrado por Decreto o Acuerdo del Consejo de Gobierno con rango igual o superior a Director General.
- k)** Los demás altos cargos de libre designación que sean calificados como tales en normas con rango de ley o reglamento.

2. A los efectos de la aplicación del régimen de declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones previsto en esta Ley, se consideran otros 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».

IV.4.5. Alto cargo o asimilados en la normativa local

El artículo 25.2 LTBG dispone que el ámbito de aplicación del Título II, de buen gobierno, será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa local que sea de aplicación, tenga tal consideración, incluidos los miembros de la Juntas de Gobierno Local. A este respecto, el artículo 23 de la LBRL dispone lo siguiente:

«La Junta de Gobierno Local se integra por el Alcalde y un número de Concejales no superior al tercio del número legal de los mismos, nombrados y separados libremente por aquél, dando cuenta al Pleno».

En cuanto a alto cargo, la LBRL no utiliza este concepto, sin embargo, en consideración a la normativa en materia de conflicto de intereses los que podrían tener esta calidad serían “los órganos superiores” y “directivos” puesto que estos, según el apartado 4 del artículo 130 LBRL, están 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. El artículo mencionado dice:

«1. Son órganos superiores y directivos municipales los siguientes:

A) Órganos superiores:

- a) El Alcalde.
- b) Los miembros de la Junta de Gobierno Local.

B) Órganos directivos:

- a) Los coordinadores generales de cada área o concejalía.

- b) Los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías.
 - c) El titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma.
 - d) El titular de la asesoría jurídica.
 - e) El Secretario general del Pleno.
 - f) El interventor general municipal.
 - g) En su caso, el titular del órgano de gestión tributaria.
2. Tendrán también la consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 bis, párrafo b).
3. El nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el Reglamento Orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.
4. Los órganos superiores y 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».

Con todo, es necesario advertir que el apartado 3 del artículo 130 que acabamos de mencionar, señala que el nombramiento de los coordinadores generales y los directores generales, deberá efectuarse entre «funcionarios de carrera» del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional [...], salvo la excepción allí expuesta. En este sentido, el «funcionario de carrera» una vez sea nombrado y acepte el nombramiento como coordinador general o director general pierde su estatus de «funcionario de carrera» y entra a formar parte de los «órganos directivos» quedando sometido al régimen de incompatibilidades

establecido en la Ley 53/1984, conforme lo dispone el apartado 4 del artículo 130 LBRL, y por lo mismo, entrarían en el ámbito de aplicación del artículo 25 de la LTBG.

Adicionalmente, la LBRL en la Disposición adicional decimoquinta sobre el Régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales, señala:

«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».

«Así mismo, les serán de aplicación 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, en los términos en que establece el artículo 75.8 de esta Ley». Debe advertirse que la Ley 5/2006, fue derogada por la Ley 3/2015, 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado⁵¹⁴.

⁵¹⁴ El derogado artículo 8 de la [Ley 5/2006, se remplazó por el artículo 15 en la Ley 3/2015 de 10 de abril](#) quedando su redacción en los siguientes términos: *Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese.*

1. Los altos cargos, 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. La prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario.

2. Quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación.

A estos efectos, se entenderán en todo caso incluidos los altos cargos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Consejo de Seguridad Nuclear.

3. Se entiende que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:

a) Cuando el alto cargo, 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.

4. Los altos cargos, regulados por esta ley, que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas a las cuales quisieran reincorporarse no incurrirán en la incompatibilidad prevista en el apartado anterior cuando la actividad que vayan a

«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».

Sin embargo, como señala RAMOS DE MOLINS, «es difícil definir que notas debe reunir un cargo local para considerarle “asimilado” a un alto cargo lo que, en la práctica implica un vacío en la regulación legal y una posible vulneración del principio de tipicidad, ya que no es posible determinar sino a través de una labor interpretativa, quien puede ser sujeto activo de las infracciones en materia de buen gobierno, con una posible vulneración de los principios de *Lex certa* y *lex previa*»⁵¹⁵.

IV.4.6. Condición de cargo electo

El apartado 3 del artículo 25 LTBG establece que el régimen sancionador aplicable a los sujetos descritos en el ámbito de aplicación «no afectara, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar».

desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste.

5. Durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos 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. Las entidades en las que presten servicios deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses.

6. Quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio.

7. Cuando la Oficina de Conflictos de Intereses estime que la actividad privada que quiere desempeñar quien haya ocupado un alto cargo vulnera lo previsto en el apartado 1, se lo comunicará al interesado y a la entidad a la que fuera a prestar sus servicios, que podrán formular las alegaciones que tengan por convenientes.

En el plazo de un mes desde la presentación a la que se refiere el apartado 6, la Oficina de Conflictos de Intereses se pronunciará sobre la compatibilidad de la actividad a realizar y se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad en la que fuera a prestar sus servicios.

8. Durante los dos años posteriores a la fecha de cese, quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo y reingresen a la función pública y tengan concedida la compatibilidad para prestar servicios retribuidos de carácter privado, les será de aplicación lo previsto en este artículo».

⁵¹⁵ RAMOS DE MOLINS, Alfonso: *Op. cit.*, 2014, p. 449.

Cuando la norma dice “no afectará a la condición de cargo electo” cabe preguntarse cómo podría afectar la aplicación del régimen sancionador de la LTBG a un cargo que tenga la condición de electo; para ello, dirigimos la atención a las sanciones previstas en mencionado régimen que se encuentran tipificadas en infracciones muy graves, graves y leves y, se puede establecer que lo que podría afectar la condición de «cargo electo» sería la aplicación de una sanción por la comisión de una infracción “muy grave” que tienen como consecuencia:

- La destitución del cargo que ocupen, salvo que ya hubiesen cesado.
- No podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años.

En estos casos, el alto cargo aunque está en el ámbito de aplicación de la LTBG, no se le podrá aplicar las sanciones a las que hemos aludido, por afectar la condición de cargo electo, pues su destitución, recuerda el Consejo de Estado⁵¹⁶, no puede en ningún caso derivar de lo previsto en una norma administrativa, por más que se trate de una ley y cita como ejemplo, el Alcalde (que se encuentra en el ámbito de aplicación de la LTBG), su destitución únicamente puede acordarse mediante una moción de censura, o cuestión de confianza de conformidad con lo dispuesto en los artículos 197⁵¹⁷ y 197 bis⁵¹⁸ de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, del Régimen Electoral General, o en los casos de disolución del Ayuntamiento o de la propia Entidad Local.

⁵¹⁶ Dictamen 707/2012.

⁵¹⁷ Ley Orgánica 5/1985. Artículo 197. Moción de censura del Alcalde.

1. El Alcalde puede ser destituido mediante moción de censura, cuya presentación, tramitación y votación se regirá por las siguientes normas:

a) La moción de censura deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquier Concejales cuya aceptación expresa conste en el escrito de proposición de la moción.

En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.

Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato. [...]».

⁵¹⁸ Ley Orgánica 5/1985, artículo 197 bis «1. El Alcalde podrá plantear al Pleno una cuestión de confianza, vinculada a la aprobación o modificación de cualquiera de los siguientes asuntos: a) Los presupuestos anuales. b) El reglamento orgánico. c) Las ordenanzas fiscales. d) La aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal. [...]».

De igual manera, en el régimen sancionador de la Ley 3/2015 del alto cargo, no procede la aplicación de esta sanción, ya que esta debe hacerse a través del procedimiento y por las causas que establece la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y no a través de un proceso sancionador, por lo se remite a lo dicho en estos apartes.

Sin embargo, esto no impide que si los hechos están tipificados como infracción contable se remita al órgano competente para su investigación, toda vez que su naturaleza jurídica es patrimonial (resarcitoria). De la misma manera, si la infracción pudiera ser constitutiva de delito, se ponga los hechos en conocimiento del Fiscalía General del Estado.

No obstante, esta circunstancia deja un mal sabor, se supone que la intención del legislador era precisamente buscar mecanismos efectivos sancionatorios a quienes ostentan la calidad de cargo electo dado que es en estos cargos donde actualmente se presentan los mayores escándalos de corrupción, que son más propensos a aceptar o a solicitar sobornos a cambio de financiación ilegal para los partidos políticos, a pesar que el Consejo de Estado en el Dictamen 707/2012, de anteproyecto de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, advirtió la imposibilidad de aplicar la destitución al cargo electo se mantuvo en la LTBG, lo que, en mi sentir, es una burla para la ciudadanía, porque se sabía de antemano que dicha sanción era inaplicable.

IV.5. Infracciones en el régimen sancionador

La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas emana del artículo 25.1 de la CE⁵¹⁹ y de lo preceptuado en las Leyes 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. En la Ley 39/2015, como su nombre lo indica se

⁵¹⁹ Artículo 25.1. CE: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

establece el procedimiento administrativo sancionador, su regulación se encuentra dispersa a lo largo de la Ley, sin agruparlas como hacía la Ley 30/1992.

En la Ley 40/2015, artículos 25 a 31 se contiene los principios rectores de la potestad sancionadora, referidos a los principios de legalidad, de irretroactividad, de tipicidad, de responsabilidad, de proporcionalidad. También se establece la prescripción, tanto de las infracciones como de las sanciones y la concurrencia de sanciones.

En cuanto a la concurrencia de sanciones, el artículo 31.1 Ley 40/2015 dispone «No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento».

Esta ley advierte que los principios del régimen administrativo sancionador se aplicarán al régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración, pero no 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 (art. 25.4).

Ahora, el artículo 25.1 de la LTBG referido al principio de legalidad, prescribe lo siguiente:

«1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario».

El Tribunal Constitucional en sentencia 18/1981, recuerda que «la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del TS y del TEDH), en ya numerosas Sentencias se ha declarado -dado que el principio de legalidad del art. 25.1 se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental, SSTC 77/1983 y 3/1988- que dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos “legislación vigente” del art. 25.1 de la C.E., sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento (SSTC 8/1981, 159/1986, 2/1987, 42/1987, 133/1987, 3/1988, 101/1988, 29/1989, 69/1989, 150/1989 y 219/1989)».

De este modo, la función de garantía que está llamada a desempeñar el «tipo» de infracción se cumple, en términos generales, cuando la previsión normativa permite una predicción razonable del ilícito y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la conducta que la norma considera como ilícita; esto es, puede considerarse suficiente la tipificación cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra (SSTS de 5 diciembre 1990 -EDJ 1990/11166- y 20 diciembre 1999 -EDJ 1999/46819-). La exigencia de taxatividad en la predeterminación comporta que el legislador conforme los preceptos legales (integrados, en su caso, con el desarrollo reglamentario) de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida (STC 159/1986 -EDJ 1986/159-; y STS de 20 diciembre 1999).

Dentro de este contexto, el régimen sancionador de la LTBG busca que los servidores públicos que están en el ámbito de su aplicación, ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad.

Para cumplir este objetivo, la potestad sancionadora en la LTBG ha predeterminado las conductas infractoras que permite identificar las específicas obligaciones, cuya conculcación conlleva a enmarcar la conducta como infractora a la luz de la tipificación contenida en los artículos 27, 28 y 29 LTBG, proyectadas en tres ámbitos:

- 1.- Infracciones en materia de conflictos de intereses
- 2.- Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria
- 3.- Infracciones en el ámbito disciplinario

A juicio del Consejo de Estado⁵²⁰, muchas de las infracciones tipificadas en el proyecto en el artículo 25 (en la LTBG art. 28) son reproducción idéntica o similar de las contenidas en el artículo 177 de la Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria [concretamente, las previstas en las letras a) a e)], o concreción de lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera [en particular, las de las letras f) a o)]; las del artículo 26 [en la LTBG art. 29, infracciones disciplinaria], están en gran parte tomadas del Estatuto Básico del Empleado Público⁵²¹.

IV.5.1. Infracciones en materia de conflicto de intereses

La LTBG en el artículo 27 se refiere a las infracciones y sanciones en materia de conflictos de intereses expresando «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 conflicto de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación».

Es decir, que las infracciones en «materia de conflicto de intereses» se rige por el régimen sancionador de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del

⁵²⁰ Dictamen que estudió el régimen de infracciones y sanciones previsto en el anteproyecto de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno.

⁵²¹ Dictamen Consejo de Estado 707/2012.

alto cargo de la Administración General del Estado y no, con el régimen sancionador previsto en la LTBG.

La Ley 3/2015 tiene como objetivo incluir en una única norma las disposiciones relativas al nombramiento de los altos cargos, introduciendo nuevos mecanismos que garanticen la idoneidad del candidato, que permitan un análisis previo de la posible existencia de conflictos de intereses y que aseguren el control del órgano que tiene asignadas las competencias en materia de incompatibilidades.

Los conflictos de interés son un riesgo de corrupción, no un acto de corrupción, común a todas las organizaciones públicas, si bien, las autoridades y empleados públicos, en tanto que ciudadanos, tienen intereses particulares legítimos, es inevitable que en algún momento de su carrera profesional se encuentren en cualquier situación en que alguno de estos intereses pueda entrar en conflicto con su deber público, de manera que el juicio profesional podría llegar a verse influido realmente, potencialmente o aparentemente por aquel interés⁵²².

El problema no es que los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales se encuentren ante un conflicto de interés, la cuestión es, no gestionarlos adecuadamente para evitar cualquier sesgo en la decisión pública, de tal manera que se asegure la imparcialidad como servidores públicos, necesaria para actuar con objetividad en la consecución del interés general y para preservar la confianza ciudadana en las instituciones.

Precisamente, para mitigar el riesgo de corrupción se dictó la Ley 3/2015, en el Título II regula el régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades a los que estarán sujetos aquellos que sean nombrados altos cargos. Por un lado, se recoge una definición de lo que se entiende por conflicto de intereses y se introduce, como importante novedad, un sistema de alerta temprana para la detección de los posibles conflictos⁵²³. La Oficina de Conflictos de Intereses, como órgano especializado en la

⁵²² Cfr. Oficina Antifrau de Catalunya Barcelona. 2016, La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña, *Col·lecció Testimonis Parlamentaris*, p. 15, en línea: <http://www.parlament.cat/document/cataleg/182556.pdf> [Consultado 9 de febrero de 2017].

⁵²³ Ley 3/2015: «Artículo 12. Sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de intereses.

materia, 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. Asimismo, se prevé que se aprueben y apliquen 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 cargo⁵²⁴.

Con este sistema de alerta temprana se manifiesta la vocación preventiva de la Ley 3/2015 en el caso de situaciones que puedan originar conflicto de intereses, de tal manera que si se cumple la función preventiva se evitará que estas situaciones lleguen a ser reprimidas bajo el régimen sancionador de la nombrada Ley.

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 incumplimientos⁵²⁵.

1. Los altos cargos deben ejercer sus funciones y competencias sin incurrir en conflictos de intereses y, si considera que lo está, debe abstenerse de tomar la decisión afectada por ellos.

2. Los altos cargos que tengan la condición de autoridad se abstendrán de intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente cuando, por afectar a sus intereses personales, definidos en el artículo 11, concurren las causas previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, podrán ser recusados en los términos previstos en la mencionada ley.

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.

3. Los órganos, organismos o entidades en los que presten servicios altos cargos que no tengan la condición de autoridad deben aplicar procedimientos adecuados para detectar posibles conflictos de interés y para que, cuando estén incurso en estos conflictos, se abstengan o puedan ser recusados de su toma de decisión. Estos procedimientos y el resultado de su aplicación deberán ser comunicados anualmente a la Oficina de Conflictos de Intereses».

4. 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, esta abstención será comunicada por el alto cargo en el plazo de un mes al Registro de Actividades de altos cargos para su constancia. 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.

5. El alto cargo podrá formular en cualquier momento a la Oficina de Conflictos de Intereses cuantas consultas estime necesarias sobre la procedencia de abstenerse en asuntos concretos». Recordemos que la Ley 30/1992 fue derogada por la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, por lo que la remisión a la Ley 30/1992 ha de entenderse a las Leyes 39 y 40 de 2015.

⁵²⁴ Cfr. Preámbulo Ley 3/2015.

⁵²⁵ VILLORIA, Manuel: «Incompatibilidades y conflictos de interés en la administración local», p.12, en línea:

La regulación de los conflicto de intereses de los altos cargos, en palabras de RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, representa una expresión de los principios éticos establecidos en el Acuerdo de Consejo de Ministros. Se trata, dice, fundamentalmente, de evitar que el interés público pueda entrar en alianzas espurias con los intereses privados. Para ello, los titulares de los cargos públicos han de conducirse con arreglo a una serie de criterios que les prevenga frente a situaciones de confusión o mixtura entre lo público y lo privado⁵²⁶.

En relación con lo que se entiende por conflicto de intereses el artículo 11 de la Ley 3/2015 lo define en los siguientes términos:

«Definición de conflicto de intereses.

1. 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.
2. 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.

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 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.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aOEGS2oXv2gJ:cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/Villoria_Incompatibilidades.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab [Consultado 9 de febrero de 2017].

⁵²⁶ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas (adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril)*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 103.

f) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración».

Por su parte, el artículo 98.3 de la CE dispone «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».

A su vez, el apartado 4 del artículo 98 CE, establece que una Ley regulará el estatuto de incompatibilidades de los miembros del Gobierno, cuyo desarrollo normativo se hizo mediante la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el artículo 14 desarrolla el régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno así:

«1. 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.

2. Será de aplicación, asimismo, a los miembros del Gobierno el régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado».

Aunque el Secretario de Estado no es miembro del Gobierno, la Ley 50/1997 extiende las incompatibilidades a estos en el artículo 15.4 anunciando «Es de aplicación a los Secretarios de Estado el régimen de incompatibilidades previsto para los altos cargos de la Administración General del Estado».

IV.5.1.1. Normativa vigente en materia de conflicto de intereses

El régimen de incompatibilidades de los altos cargos se reguló por primera vez tras la Constitución de 1978 en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, que surgió con la finalidad de garantizar la independencia y la imparcialidad de los altos cargos en el ejercicio de sus funciones, y con la que, según rezaba su exposición de motivos, se cubrían vacíos y se establecían unos principios más progresistas en materia de

incompatibilidades que los expuestos en la Ley 20/1982, de 9 de junio, de incompatibilidades en el sector público, además de evitar "toda posible colisión de intereses, no sólo en las relaciones del sector público con el privado, sino también entre esferas distintas de aquél"⁵²⁷.

Esta Ley fue modificada por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo⁵²⁸, por la que se modifican determinados artículos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley de Contratos del Estado, y de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores la cual fue derogada por la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que optó por una técnica de delimitación subjetiva diferente a la Ley anterior, ya que recurrió a criterios objetivos para la definición del alto cargo, al enumerar aquellos a los que se atribuye tal condición y considerar también como alto cargo a los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en la Administración General del Estado cuyo nombramiento se efectuara por decisión del Consejo de Ministros⁵²⁹.

La Ley 12/1995 mantuvo su vigencia hasta su derogación por 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 se propuso perfeccionar el régimen jurídico de la actuación de los altos cargos, mediante el establecimiento de una regulación más completa que la anterior, introduciendo cautelas y nuevas exigencias en garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo. A tal fin profundizó en el control parlamentario previo al nombramiento de los titulares de determinados puestos e incrementó el control sobre los intereses patrimoniales que pueda tener el alto cargo y su esfera familiar. Extendió el régimen de incompatibilidad al desempeño de actividades privadas tras el cese del alto cargo, creó la Oficina de Conflictos de Intereses como órgano dotado de plena autonomía funcional

⁵²⁷ Dictamen Consejo de Estado 1435/2013. Anteproyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, p. 4.

⁵²⁸ Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal y se introduce un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias.

⁵²⁹ Dictamen Consejo de Estado 1435/2013, p. 4.

en el desempeño de sus atribuciones y reforzó el régimen sancionador, asociando penalizaciones efectivas al incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley⁵³⁰.

La evolución descrita se completa con la aprobación de la actual Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, muchos de cuyos contenidos son concurrentes con los previstos en el régimen sancionador de la LTBG, como se verá enseguida.

Conforme a los antecedentes expuestos, la normativa que actualmente se aplica en materia de conflicto de intereses y de incompatibilidades a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal es la Ley 3/2015, de 30 de marzo y, también, el régimen sancionador de la LTBG.

La Ley 3/2015 aclara, refuerza y amplía el marco jurídico contenido en la derogada Ley 5/2006 con vistas a garantizar que el ejercicio del cargo se realice con las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas⁵³¹.

Con la Ley 3/2015 se unifica las disposiciones relativas al nombramiento de los altos cargos, introduciendo nuevos mecanismos que garanticen la idoneidad del candidato, que permitan un análisis previo de la posible existencia de conflictos de intereses y que aseguren el control del órgano que tiene asignadas las competencias en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses.

Por otro lado, aclara lo relacionado con las incompatibilidades que serán aplicables a los altos cargos incluidos en su ámbito de aplicación. De este modo, dice la Exposición de Motivos de dicha Ley, se solucionan problemas que han ido manifestándose durante la aplicación práctica de la normativa en esta materia.

Adicionalmente, en el ámbito de aplicación de esta Ley, se incluyen expresamente los altos cargos de los nuevos organismos creados: Presidente,

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁵³¹ Exposición de Motivos Ley 3/2015.

Vicepresidente y resto de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Asimismo, también se incluye a los presidentes, directores generales y asimilados del sector público administrativo, fundacional o empresarial.

Es preciso tomar en consideración que el régimen sancionador de la Ley 3/2015 debe ponerse en relación con el Título II de la LTBG, cuyo artículo 25 dispone que el contenido del título referido se aplicará 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, vinculadas o dependientes de aquélla. A tales efectos, el precepto citado especifica que se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses⁵³².

El régimen sancionador de la Ley 3/2015 se contiene en el Capítulo IV. Se inicia con el artículo 25 dedicado a las infracciones, el artículo 26 se refiere a las sanciones, el artículo 27 a los órganos competentes para ordenar la incoación del expediente, la instrucción del mismo y la imposición de sanciones, se concluye con el artículo 28 alusivo a la prescripción de infracciones y sanciones.

Por demás, el artículo 3.1 de la Ley 3/2015 dispone que el ejercicio de alto cargo queda sometido a la observancia, además de 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.

⁵³² Cfr.: Consejo de Estado: Dictamen 1435/2013 (Presidencia). Anteproyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

- 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».

Agrega el apartado 2 del citado artículo «Los principios enunciados en el apartado anterior informarán la normativa aplicable al ejercicio de las funciones y la actividad de los altos cargos. Servirán asimismo de criterios interpretativos a la hora de aplicar las disposiciones sancionadoras. Su desarrollo y las responsabilidades inherentes a su eventual incumplimiento se regularán por las normas vigentes sobre buen gobierno en su correspondiente ámbito de aplicación».

De tal manera que estos principios, más los del régimen sancionador de la LTBG, informarán la interpretación y aplicación tanto del régimen sancionador de la Ley 3/2015 así como el de la LTBG.

IV.5.1.2. Ámbito subjetivo de aplicación de las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses

Las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses están previstas en el artículo 25 de la Ley 3/2015, aplicable a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal⁵³³.

El artículo 1.2 de la citada ley, hace una relación detallada de quiénes se consideran altos cargos en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal, a los se hizo alusión precedentemente en el tema de los altos cargos en ese ámbito, igualmente en el de las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales. Además, la referida Ley, como se mencionó anteriormente, incluyen expresamente los altos cargos de los nuevos organismos creados.

⁵³³ El artículo 1.1 de Ley 3/2015 dispone que «la presente ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal».

IV.5.1.3. Clasificación de las infracciones

En materia de conflicto de intereses, la Ley 3/2015 prevé un sistema de infracciones y sanciones de los altos cargos, sin perjuicio del régimen sancionador previsto en la LTBG. La Ley 3/2015 introduce como principios rectores, criterios de mérito y capacidad, así como de honorabilidad, para el nombramiento de los altos cargos, que deben servir con objetividad a los intereses generales, desempeñar sus funciones con integridad, absteniéndose, por lo tanto, de incurrir en conflictos de intereses; objetividad; transparencia y responsabilidad y austeridad (arts. 2 y 3).

En cuanto al régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades a los que estarán sujetos aquellos que sean nombrados altos cargos, la Ley 3/2015 reafirma como regla general la dedicación exclusiva al cargo (art. 13), que solo cederá ante supuestos concretos y destaca la incompatibilidad entre la percepción de retribuciones como miembro del Gobierno o Secretario de Estado y miembro de las Cortes Generales, el reforzamiento de las limitaciones en participaciones societarias y la distinción de dos niveles de limitación al ejercicio de actividades económicas privadas, tras el cese, siendo más intenso el que afecta a los altos cargos de organismos y órganos supervisores o reguladores. Además la Ley concreta la forma en la que los altos cargos deben efectuar su declaración de actividades económicas y la de bienes y derechos⁵³⁴.

Dicha ley, dispone una serie de limitaciones patrimoniales en participaciones societarias y de limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese, que son de aplicación a todos los altos cargos. Regula además la obligación de declaración de actividades y de bienes y derechos de los altos cargos, así como el contenido de cada declaración; el artículo 18, que cierra el referido título, regula el control y gestión de valores y activos financieros⁵³⁵.

El incumplimiento a estas disposiciones se sanciona de acuerdo con la clasificación de las infracciones establecidas en el artículo 25 Ley 3/2015, en muy graves, graves y leves. En términos generales se reproduce las infracciones que contenía

⁵³⁴ Cfr.: Consejo de Estado: Dictámenes. Número de expediente: 1435/2013 (Presidencia). Anteproyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. 6/2/2014.

⁵³⁵ Cfr.: Consejo de Estado: Dictámenes. Número de expediente: 1435/2013.

el artículo 17 de la derogada Ley 5/2006, como novedad, se introduce en Ley 3/2015 dos nuevas infracciones, una “muy grave”, artículo 25.1.d) «El falseamiento o el incumplimiento de los requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo» y otra “grave”, artículo 25.2.c) «El incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta ley».

1. Infracciones muy graves

El artículo 25.1 de la Ley 3/2015, alude a las infracciones muy graves, así:

«1. A los efectos de esta Ley, y sin perjuicio del régimen sancionador previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se consideran infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley»⁵³⁶.

⁵³⁶ Artículo 13 *Dedicación exclusiva al cargo*. 1. 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. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las excepciones siguientes: a) El ejercicio de las funciones de un alto cargo será compatible con las siguientes actividades públicas: 1.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. 2.ª El desarrollo de misiones temporales de representación ante otros Estados, o ante organizaciones o conferencias internacionales. 3.ª El desempeño de la presidencia de las sociedades a las que se refiere el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando la naturaleza de los fines de la sociedad guarden conexión con las competencias legalmente atribuidas al alto cargo, 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. No se podrá pertenecer a más de dos consejos de administración de dichos organismos, empresas, sociedades o entidades, salvo que lo autorice el Consejo de Ministros. Será precisa también esta autorización para permitir a un alto cargo de los incluidos en esta ley ejercer la presidencia de las sociedades a que se refiere el párrafo anterior. En los supuestos previstos en los párrafos anteriores, 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. Las cantidades devengadas por cualquier concepto que no deban ser percibidas serán ingresadas directamente por el organismo, ente o empresa en el Tesoro Público. 4.ª 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. Esta excepción comprende las tareas de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas. b) Los miembros del Gobierno o los Secretarios de Estado podrán compatibilizar su actividad con la 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. No obstante, no podrán percibir remuneraciones más que en virtud de uno de los dos cargos, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan legalmente. c) El ejercicio de un puesto de alto cargo será sólo compatible con las siguientes actividades privadas y siempre que con su ejercicio no se comprometa la imparcialidad o independencia del alto

- «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»⁵³⁷.
- «d) El falseamiento o el incumplimiento de los requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo».

2) *Infracciones graves*

Según el artículo 25.2 Ley 3/2015 se consideran infracciones graves:

- a) La no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello⁵³⁸.

cargo en el ejercicio de su función, sin perjuicio de la jerarquía administrativa: 1.^a Las de mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en la presente ley. 2.^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. 3.^a La participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o en fundaciones, siempre 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 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.

⁵³⁷ Artículo 18. *Control y gestión de valores y activos financieros*. 1. 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, calculada por el valor a los efectos del Impuesto sobre el Patrimonio. Esta contratación se mantendrá mientras dure el desempeño del alto cargo. La entidad con la que contraten efectuará la administración con sujeción exclusivamente a las directrices generales de rentabilidad y riesgo establecidas en el contrato, que será suscrito de acuerdo con las previsiones de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, sin que pueda recabar ni recibir instrucciones de inversión de los interesados. Sin perjuicio de las responsabilidades de los interesados, el incumplimiento por la entidad de las obligaciones señaladas tendrá la consideración de infracción muy grave a los efectos del régimen sancionador que como entidad financiera le sea aplicable. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación 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. 3. Los interesados entregarán copias de los contratos suscritos a la Oficina de Conflictos de Intereses para su anotación en los Registros, así como a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

⁵³⁸ Artículo 16. *Declaración de actividades*. 1. 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, 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. Cada vez que el interesado inicie una nueva actividad económica durante el período de dos años desde su cese se declarará al Registro una vez dictada la resolución prevista en el

- 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.

3) Infracciones leves

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 25.3 Ley 3/2015 se consideran 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.

IV.5.1.4. Sanciones por la comisión de infracciones

El régimen sancionador de la Ley 3/2015, Título IV, artículo 26 dedicado a las sanciones y sus consecuencias jurídicas, clasifica las sanciones de acuerdo con la infracción en muy grave, graves y leves⁵³⁹. El artículo 26 prescribe:

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 correspondiente⁵⁴⁰.
2. La sanción por infracción muy grave comprenderá, además

artículo 15. 2. Para cumplir con lo previsto en el apartado anterior, el alto cargo remitirá al mencionado Registro un certificado de las dos últimas declaraciones anuales presentadas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 3. 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. 4. 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.

⁵³⁹ La LTBG recoge las sanciones en términos similares a las establecidas en el régimen sancionador de la Ley 3/2015. Así mismo, el periodo de 5 a 10 años, por el que no podrán ser nombradas para ocupar un alto cargo, las personas que hayan cometido las infracciones como graves o muy graves,

⁵⁴⁰ En términos similares se contempla esta sanción en la LTBG (art. 30.2.a) y 30.3), con una precisión muy importante, agrega al artículo 26.1 Ley 3/2015 «una vez haya adquirido firmeza administrativa la resolución correspondiente», con lo cual la publicación solo procede una vez este en firme la sanción.

- 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 aparejada⁵⁴¹.
- 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 IV 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 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 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.

Respecto a la sanción del apartado 4 del artículo 26, como se expuso precedentemente, cuando se hizo referencia al ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG (cargo electo) se manifestó que esta sanción no procede cuando el alto cargo ostenta la calidad de «cargo electo» en virtud de que el artículo 25.3 LTBG prescribe: «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 pudieran ostentar», puesto que la inhabilitación o cesación respecto a los altos cargos que tengan la condición de «cargo electo», debe

⁵⁴¹Artículo 6. *Compensación tras el cese*. 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 y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo siguiente. 2. La Oficina de Conflictos de Intereses supervisará que durante el período en que se perciba la compensación mencionada en el apartado primero se mantienen las condiciones que motivaron su reconocimiento. 3. 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.

derivar de lo previsto en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, mediante una moción de censura (art.197) o por cuestión de confianza (art. 197 bis) o en los casos de disolución del Ayuntamiento o de la propia Entidad Local y no a través de un proceso administrativo.

IV.5.1.5. Órganos competentes para incoar el expediente, la instrucción y sanción en materia de conflicto de intereses

El órgano competente para ordenar la incoación del expediente cuando los altos cargos tengan la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado será el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. El procedimiento se debe seguir conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre y su normativa de desarrollo en relación con el procedimiento administrativo sancionador.

En los demás supuestos el órgano competente para ordenar la incoación será el Ministro de Hacienda y Función Pública (art. 27.1 Ley 3/2015). El régimen sancionador de LTBG, se refiere en iguales términos cuando se trata de los altos cargos aquí mencionados⁵⁴².

La instrucción de los correspondientes expedientes se realizará por la Oficina de Conflictos de Intereses (art. 27.2 Ley 3/2015). De la misma manera lo hace el régimen sancionador de la LTBG⁵⁴³.

Corresponde al Consejo de Ministros la imposición de sanciones por faltas muy graves y, en todo caso, cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado. La imposición de sanciones por faltas graves corresponde al Ministro Hacienda y Función Pública. La sanción por faltas leves corresponde al Secretario de Estado de Administraciones Públicas (art. 27.3 Ley 3/2015).

⁵⁴² LTBG, artículo 31. 2. Órgano competente y procedimiento. El órgano competente para ordenar la incoación será: «a) Cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado, 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, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas».

⁵⁴³ El artículo 31.3 LTBG dice lo siguiente: «En los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado anterior, la instrucción de los correspondientes procedimientos corresponderá a la Oficina de Conflictos de Intereses».

El régimen sancionador LTBG se refiere en similares términos respecto al órgano competente para la imposición de sanciones cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado y para la imposición de sanciones por faltas graves (art. 31.4.a) y art. 31.4.b) LTBG), difiere en que esta Ley no hace alusión a la gravedad de la falta solo al sujeto al que se le aplica la sanción.

El régimen sancionador de la Ley 3/2015, no hace mención al órgano competente cuando el procedimiento se dirija contra altos cargos de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, mientras que el régimen sancionador de LTBG dispone que corresponde a los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de Administraciones en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento o, en su caso, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate (art. 31.4.c) LTBG).

Finalmente, para asegurar la transparencia del control del régimen de incompatibilidades previsto en esta ley, y sin perjuicio de las competencias que se atribuyen a otros órganos, 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 de declarar, así como de las infracciones que se hayan cometido en relación con este Título y de las sanciones que hayan sido impuestas e identificará a sus responsables.

IV.5.1.6. Prescripción de infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses

El artículo 28 Ley 3/2015 se refiere a la prescripción de infracciones y sanciones así: «1. El plazo de prescripción de las infracciones previstas en este Título será de cinco años para las infracciones muy graves, tres años para las graves y un año para las leves. 2. Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las impuestas por infracciones graves a los tres años y las que sean consecuencia de la comisión de infracciones leves prescribirán en el plazo de un año. 3. 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 dispuesto en el artículo 132 de

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre». Como se indicó anteriormente, la Ley 30/1992 se derogó. El artículo 132 se reemplazó por el artículo 30 de la Ley 40/2015⁵⁴⁴.

El régimen sancionador de la Ley 3/2015 amplió el plazo de prescripción de las infracciones y las sanciones, igualándolos a los plazos del régimen sancionador establecido en el artículo 32 de la LTBG, cuyo plazo para prescripción de las infracciones, como hemos visto, es de cinco años para las infracciones muy graves, tres años para las graves y un año para las leves.

El artículo 22 de la Ley 5/2006, derogada por la Ley 3/2015, remitía a los plazos de prescripción establecido en el también derogado Título IX de la LRJ-PAC, que eran menores que los de la LTBG, tal y como se aprecia en lo estipulado en el derogado artículo 132 de la LRJ-PAC que decía: *Prescripción*.1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

El artículo 132 LRJ-PAC se reemplazó por el artículo 30 de la Ley 40/2015, su actual redacción es la siguiente «*Prescripción*.1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescri-

⁵⁴⁴ *Artículo 30. Prescripción.*

1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

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.

birán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año. 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».

En el régimen sancionador de la LTBG, el artículo 32 hace alusión a la prescripción de las infracciones y las sanciones, en los mismos plazos y en los mismos términos que los establecidos en el artículo 28 Ley 3/2015.

IV.5.2. Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria

Las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, se rigen por las disposiciones del régimen sancionador de la LTBG, cuyas infracciones se encuentran señaladas en el artículo 28 de la citada ley. A efecto de hacer el análisis correspondiente dividiremos las infracciones en dos grupos. El primero, relacionado con las infracciones contenidas en el artículo 177 de la LGP; el segundo, las infracciones derivadas de una serie de medidas preventivas, correctoras y coercitivas previstas en los artículos 18 al 26 de la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, elevadas a la categoría de infracciones en el régimen sancionador de la LTBG.

IV.5.2.1. Infracciones recogidas del sistema de responsabilidad de la Ley General Presupuestaria

El régimen sancionador de la LTBG ha transcrito varias de las infracciones previstas en el sistema de responsabilidad de la LGP (art. 177), las cuales se encuentran relacionadas en los literales a) hasta al e) y el p) del artículo 28 LTBG⁵⁴⁵.

Las infracciones contenidas en el artículo 177 de la LGP precisa una conducta por *dolo o culpa graves*, mientras que la infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, recogidas en los literales mencionados del artículo 28 LTBG requiere una conducta meramente *culpable*, es decir, que así se hayan transcrito textualmente varias infracciones de la LGP al régimen sancionador de la LTBG, no tienen la misma condición, dado que la conducta no tiene el calificativo de *dolosa o gravemente culposa*.

Según el artículo 28 LTBG, constituyen infracciones muy graves en materia de gestión económico-presupuestaria las siguientes:

«a) La incursión en alcance en la administración de los fondos públicos [...]».

Esta conducta se encuentra descrita como sancionable en el artículo 177.1 a) de la LGP⁵⁴⁶, aunque, literalmente, debe destacarse que desaparece la expresión de malversación a que alude el artículo 177.1 a), si bien es cierto que la remisión final a la normativa contable reduce el efecto real de esta omisión que habrá que entender incluida en el contexto general de la definición del concepto de alcance.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Destaca el Preámbulo de LTBG «En el ámbito económico-presupuestario resulta destacable que se impondrán sanciones a quienes comprometan gastos, liquiden obligaciones y ordenen pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la normativa presupuestaria, o no justifiquen la inversión de los fondos a los que se refieren la normativa presupuestaria equivalente. Además, establece la previsión de que los autores de infracciones muy graves no puedan ser nombrados para ocupar determinados cargos públicos durante un periodo de entre 5 y 10 años».

⁵⁴⁶ Artículo 177. *Hechos que pueden generar responsabilidad patrimonial*.1. Constituyen infracciones a los efectos del artículo anterior: a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.

⁵⁴⁷ PALOMAR OLMEDA, Alberto: «La articulación general de la responsabilidad derivada de la gestión de fondos públicos», en “Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública” Mesa redonda, Madrid, 18 de febrero de 2014, p. 221, en línea: <http://www.pap.minhap.gob.es/sitios/140aniversario/Documents/MesaRedondaAlbertoPalomarOlmeda.pdf> [Consultado octubre 10 de 2015].

La infracción contenida en el artículo 28.a) LTBG es de carácter disciplinario, mientras que la que se contiene en el artículo 177.1 a) de la LGP, constituye un supuesto de responsabilidad contable, de carácter resarcitorio, regulado por la LFTCu y la LOTCu⁵⁴⁸, esto es, *alcance y la malversación*, considerados los más típicos e importantes, que son objeto de los procedimientos de reintegro por alcance de competencia del Tribunal de Cuentas.

El artículo 40.1 LFTCu prescribe que para que una conducta genere responsabilidad contable se requiere que los obligados a rendir cuentas hayan actuado con «dolo, culpa o negligencia graves»⁵⁴⁹. Aquí, al igual que la responsabilidad contable de la LGP exige una conducta calificada «dolo, culpa o negligencia graves», mientras que la del régimen disciplinario de la LTBG solo requiere una conducta «culpable».

«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»⁵⁵⁰.

c) Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en

⁵⁴⁸ La responsabilidad contable que se rige por la LFTCu y LOTCu se extiende a todos «quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos» [artículo 2 de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu)], o a «quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos» (artículo 15.1 y 2 de la LOTCu), o a los que causen «menoscabo de los caudales o efectos públicos» (artículo 38 de la LOTCu) o, como reconoce el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal Ley 7/1988, de 5 de abril (LFTCu), a «todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos», y que afecta al sector público.

⁵⁴⁹ LFTCu. «Artículo 49.1. 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 público o, en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable».

⁵⁵⁰ La LGP la consagra esta conducta como sancionable en el artículo 177. b) «Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro».

la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable»⁵⁵¹.

RAMOS DE MOLINS indica que, cuando la Ley remite no sólo a lo previsto en la LGP sino a cualquier otra norma presupuestaria que resulte aplicar, conlleva a que en las Comunidades Autónomas habrá de estarse a lo dispuesto en sus propias normas presupuestarias si bien la mayoría de ellas recogen un régimen de responsabilidad semejante al estatal⁵⁵² y, respecto de las entidades locales principalmente a las disposiciones del Título IV (presupuesto y gasto público) del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004)⁵⁵³.

«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».

Esta conducta no aparece descrita en la LGP. El mencionado precepto no se contenía en la redacción inicial ya que se incorporó en la tramitación en el Congreso de los Diputados y, adicionalmente, no se considera como una causa de resarcimiento de los contemplados en el artículo 177 LGP⁵⁵⁴. Según PALOMAR OLMEDA, la justificación última de esta especificación se debe a que la intervención previa opera como un acto condicionante del compromiso de la respectiva obligación mientras que en el resto de formas de compromiso de la respectiva obligación las supuestas patologías derivan de un acto posterior y de su ajuste a la finalidad o la forma de compromiso que tienen una visualización posterior y no operan como condicionantes del ejercicio de la respectiva actuación⁵⁵⁵.

«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

⁵⁵¹ Esta conducta también es sancionable en la LGP, artículo 177.c) «Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable».

⁵⁵² A título de ejemplo los artículos 83 y ss. de la Ley de finanzas públicas catalana prevé la compatibilidad de ambas exigencias de responsabilidades, la patrimonial y la disciplinaria.

⁵⁵³ RAMOS DE MOLINS, Alfonso: *Op. cit.*, 2014, p. 474.

⁵⁵⁴ PALOMAR OLMEDA, Alberto: *Op. cit.*, 2014, p. 221.

⁵⁵⁵ PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El buen Gobierno: ...» *Op. cit.*, pp. 315-316.

Presupuestaria, o, en su caso, la normativa presupuestaria equivalente de las administraciones distintas de la General del Estado»⁵⁵⁶.

«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».

El artículo 137 LGP dispone que las entidades integrantes del sector público estatal rendirán al Tribunal de Cuentas, por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado, la información contable regulada en la sección 1.ª del capítulo III de este título.

PÉREZ TÓRTOLA, manifiesta que «La obligación de rendir cuentas que se establece en la legislación del Tribunal de Cuentas y en la que regula los diversos Órganos Autonómicos de Control Externo también se recoge en las leyes reguladoras de la gestión económico-financiera del Sector Público. La establecen para el ámbito estatal, la Ley General Presupuestaria; para el ámbito autonómico todas las Leyes financieras de las Comunidades Autónomas; y para el ámbito municipal, la Ley de Haciendas Locales»⁵⁵⁷.

IV.5.2.2. Infracciones derivadas de medidas preventivas, correctoras y coercitivas contenidas en la Ley 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Antes de señalar las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria del régimen sancionador de la LTBG, relacionadas con la Ley 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera⁵⁵⁸, es preciso subrayar que esta

⁵⁵⁶ Esta conducta está descrita como un hecho que genera responsabilidad en la LGP, artículo 177. e) «No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones».

⁵⁵⁷ Cfr. PÉREZ TÓRTOLA, Ana: «Rendición de cuentas y responsabilidad contable», *V Jornadas Eurosai-Olacefs*, Lisboa, mayo, 2007, pp. 3-4, en línea: <http://www.tcontas.pt/eventos/EurosaiOlacefs/Docs/1ST/Espanha/WS1ES-span1.pdf> [Consultado 5 de octubre de 2015].

⁵⁵⁸ «La garantía de la estabilidad presupuestaria es una de las claves de la política económica que contribuirá a reforzar la confianza en la economía española, facilitará la captación de financiación en mejores condiciones y, con ello, permitirá recuperar la senda del crecimiento económico y la creación de empleo. Este convencimiento llevó en septiembre de 2011 a reformar el artículo 135 de la Constitución Española, introduciendo al máximo nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico una regla fiscal que

Ley no recoge un cuadro de infracciones en materia de sostenibilidad económico-financiera y estabilidad presupuestaria, sino que regula una serie de medidas preventivas, correctoras y coercitivas para hacer efectivos los principios contenidos en la Ley 2/2012 y las obligaciones que de estas se derivan para los gestores públicos⁵⁵⁹, como si lo hace la LGP, Título VII, artículos 176 al 182, dedicado al régimen de responsabilidad derivado de las infracciones de esta Ley que supongan un daño o perjuicio a la Hacienda Pública estatal o a las entidades integrantes del sector público estatal.

Varias de las medidas preventivas, correctoras y coercitivas que se encuentran en el Capítulo IV, artículos 18 al 26 de la Ley 2/2012 las recoge la LTBG y las eleva a la categoría de infracciones en el artículo 28 que van desde el apartado f) hasta el o) de la LTBG, que a continuación mencionamos:

«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 de la citada Ley».

El artículo 12.5 Ley 2/2012 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. Este precepto se completa en el artículo 32 con la indicación: «En el supuesto de que la liquidación presupuestaria se

limita el déficit público de carácter estructural en nuestro país y limita la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El nuevo artículo 135 establece el mandato de desarrollar el contenido de este artículo en una Ley Orgánica antes del 30 de junio de 2012. Con la aprobación de la presente Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas se da pleno cumplimiento al mandato constitucional». «A diferencia de la normativa anterior, la Ley 2/2012 regula en un texto único la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social. Esto mejora la coherencia en la regulación jurídica, supone una mayor claridad de la Ley y transmite una idea de igualdad en las exigencias presupuestarias, de responsabilidad y lealtad institucional entre todas las Administraciones Públicas». Exposición de motivos Ley 2/2012.

⁵⁵⁹ Cfr.: RAMOS DE MOLINS, Alfonso: *Op. cit.*, 2014, p. 472.

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 lo que se hace es trasladar al estatuto personal de los responsables políticos de las organizaciones públicas un conjunto de obligaciones que – como tales– están ya establecidas para las organizaciones públicas en la Ley 2/2012. Se trata así de sujetivar el acervo de obligaciones que ya corresponden a la Entidad pública correspondiente, lo que constituye una medida paralela a las que la propia norma contempla en relación con la entidad en cuestión respecto de la misma organización⁵⁶⁰.

El incumplimiento de esta obligación, constituye infracción graves según lo dispone en mencionado apartado f) del artículo 28 LTBG.

«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».

Este apartado, se refiere a lo determinado en el artículo 13 Ley 2/2012, esto es, después de determinar los límites de la deuda pública, prohíbe superar estos límites salvo por las circunstancias y en los términos previstos en su artículo 11.3 (catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria). Adicionalmente, determina en su apartado 4 la necesidad de que el Estado o las Comunidades Autónomas hayan de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ PALOMAR OLMEDA, Alberto: «La articulación...», p. 223.

⁵⁶¹ HERRERO PRIETO, Alejandro: «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.

El tipo infractor se muestra así como relativamente sencillo de entender puesto que prescinde de otras consideraciones y se centra en determinar si existe o no autorización administrativa en los términos expuestos en el artículo 13 Ley 2/2010. La contracción de la operación de endeudamiento sin la existencia expresa de aquella autorización es lo que genera la concurrencia del tipo infractor⁵⁶².

Si se llegare a incumplir estas obligaciones constituyen una conducta infractora según el precitado apartado g) del artículo 28 LTBG.

«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».

El artículo 19 Ley 2/2012 se refiere a la denominada advertencia de riesgo de incumplimiento, que consiste según los términos del citado artículo:

«1. En caso de apreciar un riesgo de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, formulará una advertencia motivada a la Administración responsable previa audiencia a la misma. Formulada la advertencia el Gobierno dará cuenta de la misma para su conocimiento al Consejo de Política Fiscal y Financiera, si la advertida es una Comunidad Autónoma, y a la Comisión Nacional de Administración Local, si es una Corporación Local. Dicha advertencia se hará pública para general conocimiento.

2. 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 y Administraciones Públicas. Si no se adoptasen las medidas o el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas aprecia que son insuficientes

Aproximación al ordenamiento jurídico autonómico», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, mayo, 2014, p. 6.

⁵⁶² PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El buen Gobierno: ...», *Op. cit.*, p. 318

para corregir el riesgo, se aplicarán las medidas correctivas previstas en los artículos 20 y 21 y 25, apartado 1.a).»

«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».

El artículo 20.3 Ley 2/2012 hace mención a una medida automática de corrección, que se adopta para evitar el riesgo, o resulta insuficiente para corregirlo, o cuando se constate un incumplimiento de los objetivos de estabilidad, deuda o regla de gasto, entonces se aplican las medidas automáticas de corrección⁵⁶³, entre ellas la prevista en este artículo, que dice:

«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 del informe regulado en este apartado, 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».

Su incumplimiento está previsto como infracción en el antedicho apartado h) artículo 28 LTBG.

⁵⁶³ OSORIO CRESPO, Enrique: «La disciplina presupuestaria en las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales», en *Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad fiscal*, BAREA TEJEIRO, José y otros, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013, p. 118.

«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».

El artículo 23 Ley 2/2012 se refiere a la formalización o la puesta en marcha de los planes económico-financieros (art. 21 Ley 2/2012) y/o de los planes de reequilibrio (art. 22 Ley 2/2012). El plazo máximo para su formulación es de dos meses desde la concurrencia del presupuesto que justifica su adopción y su puesta en marcha no puede exceder de tres desde la constatación del incumplimiento de que concurren las causas previstas en el artículo 11.3⁵⁶⁴.

El incumplimiento de los plazos mencionados para la presentación y puesta en marcha del correspondiente plan constituye una conducta infractora prevista en este apartado.

«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».

El artículo 27 de la Ley 2/2012, bajo el título «Instrumentación del principio de transparencia», determina que los Presupuestos de cada Administración Pública se acompañarán de la información precisa para relacionar el saldo resultante de los ingresos y gastos del Presupuesto con la capacidad o necesidad de financiación calculada conforme a las normas del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas podrá recabar de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales la información necesaria para garantizar el cumplimiento de las previsiones de esta Ley, así como para atender cualquier otro requerimiento de

⁵⁶⁴ PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El buen Gobierno: ...», p. 319.

Artículo 11. Instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria. «3. 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».

información exigido por la normativa comunitaria. Esta parece ser la obligación principal de suministro de información, cuyo incumplimiento, previo requerimiento, determina la infracción que se tipifica en el apartado k) del artículo 28 LTBG⁵⁶⁵.

Respecto al incumplimiento de las obligaciones de publicación y suministro de información prevista en la normativa presupuestaria y económico-financiera, siempre previo requerimiento, hace que el tipo infractor de la norma se convierta en una norma de difícil determinación a la hora de resultar acotada. En cuanto a la información anterior que haya de ser objeto de publicación, se debe estar a lo que determina una norma de desarrollo emitida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Nacional de Administración Local, en sus ámbitos respectivos⁵⁶⁶.

OSORIO CRESPO, resalta como elemento clave para el cumplimiento de los requerimientos legales en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y, por tanto, para garantizar la disciplina presupuestaria de las Administraciones Públicas, *la transparencia*, «principio, que la Ley Orgánica 2/2012 no se limita a proclamar sino que procede a concretar su instrumentación. Ninguna medida puede adoptarse ni ningún control puede efectuarse sobre la utilización de fondos públicos y sobre la credibilidad de sus cuentas sin una política rigurosa de transparencia que permita conocer con exactitud, fiabilidad y publicidad la información económico-financiera de las diferentes Administraciones Públicas. Es por ello que la Ley, consciente además de que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción pública, regula con detalle en un capítulo entero la obligación de las Administraciones Públicas de remitir al Estado toda la información necesaria para garantizar el cumplimiento de las previsiones establecidas en la Ley y la normativa europea. Todo ello, amparado en el principio de lealtad institucional

⁵⁶⁵ Cfr. HERRERO PRIETO, Alejandro: «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*, nº 33, mayo, 2014, p. 7.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 8.

que debe presidir las relaciones entre Administraciones, y que respaldan dichas obligaciones en materia de transparencia»⁵⁶⁷.

«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».

Artículo 24.3 de la Ley 2/2012 se refiere a una medida correctiva, relacionada con los Informes de seguimiento de los planes económico-financieros y de los planes de reequilibrio. El apartado 3 del citado artículo prescribe:

«En el caso de que en los informes de seguimiento se verifique una desviación en la aplicación de las medidas, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas 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 verifica que persiste el incumplimiento del objetivo de estabilidad, se aplicarán las medidas coercitivas del artículo 25».

Dice PALOMAR OLMEDA, la infracción no es otra que el incumplimiento de ambos deberes: el de justificación de la desviación y, en su caso, el de la adopción de las medidas contempladas para la actualización y efectividad del plan correspondiente⁵⁶⁸.

«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».

⁵⁶⁷ OSORIO CRESPO, Enrique: *Op. cit.*, 2013, p. 122.

⁵⁶⁸ PALOMAR OLMEDA, Alberto: «La articulación...», *Op. cit.*, p. 227.

Los artículos 21 y 22 de la Ley 2/2012 hace alusión a medidas correctivas en el supuesto que se constate el incumplimiento de los objetivos de estabilidad, deuda o regla de gasto. En este caso, el artículo 21, establece que la Administración responsable debe formular 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 artículo⁵⁶⁹.

Por su parte, el artículo 22 hace mención al *Plan de reequilibrio*, cuando la administración que hubiera incurrido en los supuestos previstos en los artículos 11.3 y 13.3. de esta Ley⁵⁷⁰, 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.

«ñ) 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 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril».

El artículo 26.1 Ley 2/2012 alusivo a una medida *coercitiva de cumplimiento forzoso*, 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

⁵⁶⁹ «Artículo 21. *Plan económico-financiero*. 1. 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. 2. El plan económico-financiero contendrá como mínimo la siguiente información: a) Las causas del incumplimiento del objetivo establecido o, en su caso, del incumplimiento de la regla de gasto. b) Las previsiones tendenciales de ingresos y gastos, bajo el supuesto de que no se producen cambios en las políticas fiscales y de gastos. c) La descripción, cuantificación y el calendario de aplicación de las medidas incluidas en el plan, señalando las partidas presupuestarias o registros extrapresupuestarios en los que se contabilizarán. d) Las previsiones de las variables económicas y presupuestarias de las que parte el plan, así como los supuestos sobre los que se basan estas previsiones, en consonancia con lo contemplado en el informe al que se hace referencia en el apartado 5 del artículo 15. e) Un análisis de sensibilidad considerando escenarios económicos alternativos. 3. En caso de estar incursos en Procedimiento de Déficit Excesivo de la Unión Europea o de otros mecanismos de supervisión europeos, el plan deberá incluir cualquier otra información adicional exigida».

⁵⁷⁰ Ley 2/2012: Artículo 13. *Instrumentación del principio de sostenibilidad financiera* 3. 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».

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.

Cuando se trate de una entidad local, el Gobierno o la Comunidad Autónoma a la que corresponda la tutela financiera, requerirá al Presidente de la Corporación Local para que proceda a adoptar el acuerdo de no disponibilidad, a constituir el depósito o a ejecutar las medidas propuestas por la Comisión de Expertos.

De no atenderse dicho requerimiento, el Gobierno o la Comunidad Autónoma procederá a la ejecución forzosa de las mismas, y de persistir este incumplimiento podrá proceder a la disolución de la Corporación Local en la forma prevista en la normativa reguladora del régimen local, puesto que se consideraría la gestión como gravemente dañosa para los intereses generales (art. 26.2 Ley 2/2012)⁵⁷¹.

«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».

El artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, prevé que el Gobierno de la Nación requiera al Presidente de la Comunidad Autónoma para que lleve a cabo, en el plazo que se indique, 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 el caso de que estos requisitos no se hayan cumplimen-

⁵⁷¹ OSORIO CRESPO, Enrique: *Op. cit.*, 2013, p. 121.

tado. Este nuevo incumplimiento después del requerimiento que ha de realizar el Gobierno de la Nación constituye infracción típica y diferente de las anteriores, prevista en la letra ñ). Asimismo, teniendo en cuenta que el Gobierno de la Nación puede dar instrucciones al amparo del propio artículo 26.1 de la Ley 2/2012, para la ejecución de estas medidas, el incumplimiento de estas instrucciones también es infracción típica al amparo del referido apartado o) del artículo 28 LTBG⁵⁷².

IV.5.2.3. Sanciones en materia de gestión económico-presupuestaria

En cuanto a las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, es preciso señalar que todas están calificadas como “muy graves” según lo determina el artículo 28 de LTBG, de tal manera, que en esta materia no hay ninguna infracción “grave” o “leve”.

Las infracciones “muy graves” serán sancionadas en los términos señalados en el artículo 30 de la LTBG, de la siguiente manera:

- «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.
- c) Destitución 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».

Respecto a la sanción estipulada en el apartado c), el artículo 25.3 LTBG establece que la aplicación del régimen sancionador de la LTBG, a los sujetos que se encuentren en el ámbito de su aplicación no afectará, en ningún caso, a la «condición de cargo electo», por lo que al igual que se expuso en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG (cargo electo) y en el régimen sancionador de la Ley 3/2013, no procede la aplicación de esta sanción a quien ostente la calidad de cargo electo, ya que esta debe hacerse a través del procedimiento y por las causas que establece la Ley

⁵⁷² HERRERO PRIETO, Alejandro: *Op. cit.*, p. 9.

Orgánica del Régimen Electoral General y no a través de un proceso sancionador, por lo se remite a lo dicho en estos apartes⁵⁷³.

Adicional a las anteriores sanciones, el artículo 30.8 LTBG dispone que en todo caso la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevara 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».

En este punto debe señalarse que los literales a) y b) del artículo 28 LTBG, no se refieren a sanciones sino a medidas que acompañan a la sanción, del tal manera que desde el punto de vista técnico jurídico no es una sanción.

IV.5.3. Infracciones disciplinarias

El régimen sancionador de la LTBG constituyen un régimen disciplinario propio aplicable miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. La denominación de «infracciones disciplinarias» en el artículo 29 LTBG, no significa que sean estas las únicas infracciones que se someten al régimen disciplinario contenido en el Título II (art. 25 al 32) de la LTBG, toda vez que como se dijo anteriormente este régimen está estructurado en tres ámbitos: infracciones en materia de conflicto de intereses, en materia de gestión económico-presupuestaria y el aquí mencionado, es decir, el disciplinario.

⁵⁷³ Como lo recuerda RAMOS DE MOLLINS «Es por esta razón que parte del régimen sancionador, sobre todo la principal sanción contemplada, la inhabilitación tiene nula efectividad respecto de los cargos electos, no sólo porque no pueden ser cesados mediante un procedimiento sancionador (piénsese por ejemplo en un alcalde), sino que tampoco puede ser inhabilitado para serlo posteriormente». Agrega que, «las causas de inhabilitación como causas de inelegibilidad (privación del derecho de sufragio pasivo) de los cargos electos solo pueden estar reguladas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General por imperativo constitucional (con carácter general en el art. 6 y ss., sin perjuicio de la regulación pormenorizada respecto a cada tipo de elección)», véase, RAMOS DE MOLINS, Alfonso: *Op. cit.*, 2014, pp. 487-488.

La mayoría de las infracciones disciplinarias que contempla el artículo 29 LTBG fueron recogidas de las infracciones «muy graves» del artículo 95.2 de la derogada Ley 7/2007, 12 de abril, del Estatuto Básico de Empleado Público y actualmente trasladadas en los mismos términos en el también artículo 95.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre⁵⁷⁴, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Respecto a las infracciones graves y la leves, no están desarrolladas en el EBEP, dado que el artículo 95 del anterior y actual EBEP exige la concurrencia de una norma autonómica que las desarrolle⁵⁷⁵, que según PALOMAR OLMEDA la norma es la Instrucción de la Secretaria General de la Administración Pública de 2007 y, en esencia,

⁵⁷⁴ Artículo 95. *Faltas disciplinarias* «1. Las faltas disciplinarias pueden ser muy graves, graves y leves. 2. Son faltas 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 la función pública. 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) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas. d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. e) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función. f) 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. g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. h) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito. i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico. j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro. k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga. m) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga. n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad. ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. o) El acoso laboral. p) También serán faltas muy graves 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. 3. Las *faltas graves* serán establecidas por 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, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad. b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos. c) El descrédito para la imagen pública de la Administración. 4. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las *faltas leves*, atendiendo a las anteriores circunstancias».

⁵⁷⁵ EBEP. Artículo 95. *Faltas disciplinaria*. [...] «3. Las *faltas graves* serán establecidas por 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, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad. b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos. c) El descrédito para la imagen pública de la Administración. 4. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a *las faltas leves*, atendiendo a las anteriores circunstancias».

la aplicación del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado⁵⁷⁶.

A diferencia del anterior y actual EBEP el régimen sancionador de la LTBG si desarrolla las infracciones disciplinarias graves y leves, contenidas en el artículo 29, con las infracciones muy graves.

1. Son 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.
- 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.
- f) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.
- g) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General la violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.

⁵⁷⁶ PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El control...», *Op. cit.*, p. 108.

- 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».

2. 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.

- 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.
- 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».

3. Son infracciones leves:

- 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.

Varios autores cuestionan el trasvase de la infracciones del EBEP al régimen sancionador de la LTBG, entre ellos, CASTILLO BLANCO, con quien comparto su apreciación, dice lo siguiente «Las infracciones que se autotitulan de disciplinarias y que, coinciden en lo esencial, con las normas disciplinarias ya establecidas para los funcionarios públicos. Causa enorme estupor, al menos en algunos casos, cuando tipos disciplinarios se refieren a cargos electos y, de nuevo plantea problemas interpretativos, en el caso de los electo locales, por ejemplo como son las infracciones en el régimen de incompatibilidades»⁵⁷⁷.

Agrega este autor «Las vaguedades e inseguridad jurídica, que ya se han constatado en el ámbito funcional y dado el trasvase de tipos que de la legislación funcional se ha realizado, se trasladan ahora al ámbito de la representación política y al ejercicio de los cargos públicos. Ningún esfuerzo imaginativo que no se salva, dada la experiencia que hay en el campo disciplinario de los empleados públicos, con la remisión a los principio generales y de actuación que se regulan en la norma»⁵⁷⁸.

IV.6. Sanciones en el régimen sancionador de la LTBG

Donde cobra verdadera importancia el régimen sancionador de LTBG es en las sanciones a imponer 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, vinculadas o dependientes de aquella, en caso en que incurran en alguna de las infracciones establecidas en los artículos 27, 28 y 29 de la LTBG, especialmente en el caso de las infracciones muy graves, por ejemplo, se establece la previsión de que los autores puedan ser destituidos del cargo que ocupen y que no puedan ser nombrados para ocupar cargos públicos durante un periodo de entre 5 y 10 años.

⁵⁷⁷ CASTILLO BLANCO, Federico A.: «Garantías del Derecho ...», p. 153.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 153.

El artículo 30 LTBG establece las sanciones de acuerdo con la gravedad de la infracción en leves, graves y muy graves, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el régimen sancionador de la LTBG está estructurado en tres ámbitos: infracciones en materia de conflicto de intereses, en materia de gestión económico-presupuestaria y en el ámbito disciplinario, por lo que la aplicación de las sanciones difiere dependiendo del ámbito en el que se apliquen.

Adicionalmente, debe destacarse que en el ámbito de las infracciones en materia de conflicto de intereses, se sancionan de conformidad con la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo y al que se hizo referencia precedentemente, mientras que las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y las infracciones denominadas «disciplinarias» se encuentran reguladas por el régimen sancionador de la LTBG.

Las sanciones por las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, todas están calificadas de *muy graves* y en el ámbito de las infracciones disciplinarias se clasifican en *muy graves*, *graves* y *leves* (art. 29 LTBG). Dado que muchas de las infracciones, por ejemplo en materia de gestión económica fueron trasvasadas de LGP y del EBEP, sin embargo, como ya lo anticipamos, las conductas se califican de manera distinta en el régimen sancionador de la LTBG, por lo que cambian su condición.

En el caso de las infracciones *muy graves*, se impondrán las siguientes sanciones⁵⁷⁹:

- 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.
- c) La destitución 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.

⁵⁷⁹ Artículo 30.3. y 4. LTBG.

Cando se trate de infracciones *graves* se impondrá al infractor alguna de las sanciones señaladas en los apartados a) y b) antes mencionados.

Las infracciones *leves* serán sancionadas con una amonestación.

Varias de las infracciones disciplinarias descritas en el artículo 29 LTBG también están contenidas como infracciones en materia de conflicto de intereses, por ejemplo, el artículo 29.1.h) de la LTBG tipifica como infracción disciplinaria *muy grave*, «la prevalencia de la condición de alto cargo para obtener un beneficio indebido para sí o para otro». Por su parte la Ley 3/2015 contempla esta misma conducta como infracción *muy grave* en el artículo 25.a) cuando dice «incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley» A su vez, el artículo 11.2 Ley 3/2015 prescribe: «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.[...]».

Otra infracción «La intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas», contenida como infracción *grave* en el artículo 29.2.b) LTBG, igualmente se encuentra como infracción *grave* en el artículo 25.2.c) de la Ley 3/2015 en estos términos: «El incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta ley»⁵⁸⁰.

También la infracción *grave* del artículo 29.2.e) LTBG referida al «incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad». En la Ley 3/2015, artículo 25.3, se establece como infracción *leve* «Se considera infracción leve la declaración extemporánea de actividades o de bienes y

⁵⁸⁰ Ley 3/2015, artículo 12.2. «Los altos cargos que tengan la condición de autoridad 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, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, podrán ser recusados en los términos previstos en la mencionada ley».

derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el requerimiento que se formule al efecto»⁵⁸¹.

IV.7. Criterios para imponer las sanciones en el régimen sancionador

Según el artículo 30.5 LTBG «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, [...]». Hay que advertir que la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) se derogó por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que entró en vigor el 2 de octubre de 2016. El artículo 130 LRJ-PAC se reemplazó por el artículo 29 de la Ley 40/2015 y respecto al principio de proporcionalidad se contempla en el apartado 3 del citado artículo, en los siguientes términos:

«En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa».

Además de estos criterios, el artículo 30.5 LTBG dice que también se tendrán en cuenta los siguientes:

⁵⁸¹ Ley 3/2015, artículo 16. Declaración de actividades. «1. 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, según corresponda, [...]». Artículo 17. Declaración de bienes y derechos. «1. Los altos cargos presentarán al Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión y cese, respectivamente, [...]».

- «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».

En relación con la graduación de las sanciones RAMOS DE MOLINS pone de relieve: «Nótese que se incluyen hasta doce criterios de valoración para graduar la imposición de la sanción, siendo especialmente relevante respecto a las infracciones muy graves respecto de la sanción de inhabilitación que puede abarcar de 5 a 10 años por lo que queda en manos del órgano sancionador un amplísimo abanico de posibilidades a la hora de graduarlo (la sanción de cese en el puesto es automática)»⁵⁸².

En cuanto a las infracciones que pudieran ser constitutivas de delito, prevalece la vía penal, de manera que en este caso 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 (art. 30.6. LTBG).

IV.8. Naturaleza jurídica del régimen sancionador

Si bien el régimen sancionador de la LTBG, en materia de gestión económico-presupuestaria transcribió varias de las infracciones del régimen de responsabilidad de

⁵⁸² RAMOS DE MOLINS, Alfonso: *Op. cit.*, 2014, p. 489.

la LGP y del de la LFTCu y LOTCU, el campo de aplicación, la naturaleza jurídica y las consecuencias jurídicas de cada uno de estos es distinta.

La naturaleza jurídica del régimen sancionador de la LTBG, es de carácter disciplinario, dirigido a los miembros del Gobierno, los Secretarios de Estado y el resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella, que busca que estos ajusten sus actuaciones a los principios éticos y de actuación que deben regir su labor, así como a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad, bajo el cumplimiento de un conjunto de normas establecidas en la LTBG a las que deben someterse y su incumplimiento, conlleva una serie de sanciones de carácter disciplinario a imponer por parte de la Administración Pública.

Por su parte, el sistema de responsabilidad contable de la LGP, que contempla las infracciones de los artículos 176 a 182, su naturaleza jurídica es de carácter patrimonial (resarcitoria), toda vez que impone la obligación de indemnizar «a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad» y, respecto a la infracción «*La incursión en alcance en la administración de los fondos públicos [...]»*, recogida del apartado a) del artículo 177.1 de la LGP, constituye un supuesto de responsabilidad contable, también de carácter resarcitorio, regulado por la LFTCu y la LOTCu esto es, *alcance y la malversación*.

Es necesario recordar que para que se configure la responsabilidad contable de la LGP y responsabilidad contable por alcance, regulada por la LFTCu y LOTCu se requiere no solo la infracción y el nexo de causalidad, sino la concurrencia de una conducta «calificada»; en la LGP *dolosa o gravemente culposa* y en la de la LFTCu y LOTCu, una conducta con *dolo, culpa o negligencia graves*.

Mientras en el régimen sancionador de la LTBG, para que se constituya una infracción en materia de gestión económico-presupuestaria, la conducta debe ser meramente “*culpable*”, esto quiere decir, que no pueden coexistir las responsabilidades contable de la LGP ni la de la LFTCu y LOTCu con el régimen sancionador de la LTBG en materia de las infracciones de gestión económico-presupuestaria, pues si la

conducta es meramente «culpable» excluye la posibilidad de una responsabilidad contable puesto que como se dijo esta solo se configura si además de la infracción y nexo de causalidad la conducta es calificada, en la LGP *dolosa o gravemente culposa* y en la de la LFTCu *dolo, culpa o negligencia graves*.

En mi opinión, el régimen sancionador de la LTBG, en materia de gestión económico presupuestaria, es más drástico que el de responsabilidad contable regulado por la LGP y el de la LFTCu y LOTCu, por una parte, porque solo requiere una conducta «culpable» y por la otra, todas las infracciones contenidas en el artículo 28 LTBG se califican de «muy graves» que conlleva a la aplicación de la máxima sanción, la destitución 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 y la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente e indemnizar a la Hacienda Pública, con independencia de la responsabilidad penal que les pueda corresponder, entre tanto, el sistema de responsabilidades de la LGP y de la LFTCu y LOTCu, la conducta tiene que ser «calificada», «dolo, negligencia o culpa graves» y las consecuencias jurídicas únicamente son de carácter patrimonial, consistente en que el infractor está obligado a «indemnizar a la Hacienda Pública Estatal, o, en su caso a la respectiva entidad», con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder

Desde esta perspectiva, al infractor le puede resultar menos gravoso cometer la infracción mediando «dolo, negligencia o culpa graves», toda vez que pasa a la competencia del régimen de responsabilidad de la LGP lo cual conlleva a que se aplique las sanciones previstas en este régimen y en consecuencia, la máxima sanción que se impone es de carácter resarcitorio, al no ser que la conducta también genere consecuencias de responsabilidad penal, que también le puede resultar más favorable respecto al régimen sancionador de la LTBG fundamentalmente, por la inhabilitación para ocupar puesto de alto cargo o asimilado durante un período de entre cinco a diez años, si la pena es menor a estos periodos.

Ahora, en el caso de que el hecho constituya una infracción penal, no se da la coexistencia con el régimen sancionador de la LTBG sino la prevalencia de la vía penal,

caso en el cual la Administración se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador y pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado, mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal conforme lo dispone el artículo 30.6 LTBG⁵⁸³.

IV.9. Hechos tipificados como infracción en una norma administrativa especial

El artículo 30.7 LTBG determina «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».

Esta disposición da carácter preferente a los procesos de responsabilidad o sancionatorios que estén regulados en norma administrativa especial. En este punto conviene advertir, que el régimen sancionador de la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo, es una norma administrativa especial al igual que el régimen sancionador de la LTBG, por lo que el *non bis in idem* obliga aplicar nada más que una de las normas. ALARCON SOTOMAYOR señala que cuando se trata de dos normas administrativas sancionadoras en concurso, no hay ninguna regla general para estos casos, pero se recurrió para resolver estos conflictos al artículo 133 de la LRJ-PAC y el artículo 5.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. En estos casos, prevalece la norma que determine la sanción administrativa que primero se imponga (criterio cronológico). La imposición de la primera sanción prohíbe el castigo ulterior por el mismo ilícito, con independencia del carácter de la segunda norma en conflicto de

⁵⁸³ Artículo 30.6 «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».

que contemple un tipo más especial que la primera o prevea una sanción de mayor gravedad⁵⁸⁴.

En relación con el artículo 133 de la LRJ-PAC, es oportuno advertir que esta Ley se derogó por la Ley 39/2015 y el artículo 133 se remplazó por el artículo 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y su nueva redacción es la siguiente:

«*Concurrencia de sanciones.* 1. 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. 2. Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción». El derogado artículo 133 solo hacía mención al apartado 1 del actual artículo 31, en el actual se agregó el apartado segundo.

«La derogada Ley 30/1992 dedicaba su Título IX a la "potestad sancionadora", pero únicamente recogía los principios básicos a que debía someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, etc.) y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia (derecho a conocer los hechos imputados, su calificación y posibles sanciones, a la actividad probatoria, a la presunción de inocencia, etc.). Sin embargo, fuera de la consagración de esos principios que informaban (e informan) el derecho sancionador, la Ley 30/1992 no regulaba "un procedimiento administrativo sancionador". Para ello, se debía acudir al Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, ahora derogado»⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía: *La garantía non bis indem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 86-87.

⁵⁸⁵ LÓPEZ MARTINEZ, Julián: «106 Preguntas y Respuestas sobre los aspectos más destacados de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común», *Editorial jurídica Sepin*, referencia: SP/DOCT/19579, 2015, en línea:

«A partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, el procedimiento sancionador también se regirá por sus disposiciones comunes. El Título IV regula el procedimiento administrativo común, y dentro de él se han establecido las particularidades del sancionador, hasta ahora reglado de forma independiente en el ya mencionado RD 1398/1993. Es decir, el procedimiento administrativo sancionador seguirá el mismo esquema del procedimiento administrativo común, con los matices y especialidades que se prevén en la propia norma (p. ej., Artículo 63. Especialidades en el inicio de los procedimientos de naturaleza sancionadora; Artículo 85. Terminación en los procedimientos sancionadores; Artículo 89. Propuesta de resolución en los procedimientos de carácter sancionador; Artículo 90. Especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores; etc.)»⁵⁸⁶.

IV.10. Formas de iniciación del procedimiento sancionador

El procedimiento sancionador de la LTBG, se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente a través de las siguientes formas:

- a) Por propia iniciativa.
- b) Como consecuencia de orden superior.
- c) Petición razonada de otros órganos.
- d) Denuncia de los ciudadanos.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como norma marco, señala en el artículo 54 que los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de parte interesada. A su vez, el Artículo 62.1 de la misma Ley establece «Los procedimientos sancionadores se iniciaran *siempre de oficio* [...]» Dentro de este contexto el procedimiento sancionador de la LTBG, dispone que *su iniciación procede solo de oficio*, esto es, a instancia de la Administración que ha de tramitar y resolver, con lo cual, por expresa disposición legal,

http://www.icali.es/PORTAL_ICALI/archivos/ficheros/1444322448127.pdf [Consultado 12 de febrero de 2017].

⁵⁸⁶ «Dicho esto, debe indicarse que ciertos procedimientos sancionadores se regirán por su normativa específica; en concreto, los instruidos en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería (Disposición Adicional Primera de la Ley 39/2015). Esta existencia de procedimientos sancionadores específicos no es una gran novedad, pues ya estaban previstos hasta la fecha, como bien señalaban las Disposiciones Adicionales Quinta a Octava bis de la Ley 30/1992». *Ibidem*, [Consultado 12 de febrero de 2017].

en principio, no se admite «solicitud de parte interesada». En este sentido señala RUIGÓMEZ MOMENÉ, si en nuestro Derecho existe un procedimiento de oficio característico, ese es el procedimiento sancionador, regla que también se aplica en la normativa de las Comunidades Autónomas reguladora de sus respectivos procedimientos sancionadores generales, como en distinta normativa sectorial⁵⁸⁷.

PALOMAR OLMEDA indica que con carácter general puede decirse que - normalmente- mientras la iniciación del expediente a instancia de parte es voluntaria la de oficio es obligatoria para el órgano administrativo al que la Ley le atribuye la competencia para el ejercicio de la función en cuestión. Se trata en este último caso, de una manifestación en el plano instrumental de la potestad que el Ordenamiento Jurídico atribuye al respectivo órgano administrativo para tutelar un determinado sector o ámbito de competencia⁵⁸⁸.

Aquí vale la pena hacer una pequeña digresión sobre el supuesto en que los procedimientos se puedan iniciar a solicitud de parte, en este caso, no hay que incluir la *denuncia*, pues aunque el procedimiento pueda iniciarse como consecuencia de una actuación de un particular, no obstante ha de iniciarse de oficio, pues en opinión de COBO OLVERA el denunciante por regla general no goza de un interés que le atribuya la cualidad de interesado⁵⁸⁹.

IV.10.1. Iniciación del procedimiento por propia iniciativa

La Ley 39/2015 en el artículo 59 define lo que se entiende por propia iniciativa así: «Se entiende por propia iniciativa, la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación».

⁵⁸⁷ RUIGÓMEZ MOMENÉ, Adolfo: «El inicio del procedimiento sancionador», en Manual del Derecho Administrativo Sancionador, 3ª ed., Tomo 1. Parte General Especial 1, Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 390.

⁵⁸⁸ PALOMAR OLMEDA, Alberto: *Procedimiento Administrativo*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 205.

⁵⁸⁹ COBO OLVERA, Tomás: *El procedimiento administrativo sancionador tipo (legislación, jurisprudencia, doctrina y formularios. Incluye contenidos On-line)* 4ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, p. 147.

Los procedimientos administrativos, dice COBO OLVERA, se inician por orden del órgano competente para dictar la resolución resolviendo el procedimiento, aunque el acto acordando el mencionado inicio del procedimiento corresponde al órgano instructor, siempre distinto al órgano decisorio. El órgano decisorio de los procedimientos debe disponer de los elementos que justifiquen el inicio de los mismos, bien porque cuente con ellos directamente o los haya recabado de los órganos que dispongan de los mismos. Pero en definitiva, subraya, el inicio del procedimiento por propia iniciativa del órgano competente, excluye que la causa de dicho inicio se produzca por intervención de terceros, a través de alguna de las formas que se señalan posteriormente⁵⁹⁰.

IV.10.2. Iniciación del procedimiento como consecuencia de orden superior

Como lo manifiesta la Ley 39/2015 en el artículo 60.1 se entiende por orden superior, la emitida por un órgano administrativo superior jerárquico del competente para la iniciación del procedimiento.

Dentro de la estructura orgánica de la Administración cada órgano tiene atribuida una concreta competencia que en principio no puede ser ejercida por otro, incluso en el supuesto de órganos jerárquicamente dependientes. De esta forma, expresa GONZALEZ NAVARRO, el superior jerárquico del órgano competente para la incoación del procedimiento no tiene otro camino, si considera que debe acordarse la incoación del procedimiento, que hacer uso de su jerarquía ordenando al que fuere competente a que dicte ese acuerdo. Pero en definitiva, la incoación del procedimiento la decide el órgano competente y no el superior que carece de dicha competencia⁵⁹¹.

IV.10.3. Iniciación del procedimiento por petición razonada de otros órganos

El artículo 61.1 Ley 39/2015 dice «Se entiende por petición razonada, la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 147.

⁵⁹¹ Cfr. COBO OLVERA, Tomás: *Op. cit.*, p. 147.

administrativo que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación».

En palabras de PARADA VAZQUEZ, hay que entender que el titular de la competencia no puede ser forzado a iniciar un procedimiento por la sola moción de otros órganos, subordinados o no⁵⁹². En este sentido el apartado 2 del artículo 61 de la Ley 39/2015 concluye «La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento»

IV.10.4. Por denuncia y el debate de la posición jurídica del denunciante

Respecto a la iniciación del procedimiento por denuncia, el artículo 62 de la Ley 39/2015 define la 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».

De las formas de iniciación del procedimiento sancionador la denuncia es tal vez la que más genera debate, toda vez que constituye una de las herramientas más contundentes a disposición de los ciudadanos para combatir la corrupción, respecto a la posición del denunciante en el procedimiento sancionador, teniendo en cuenta que por disposición legal este se iniciará *siempre de oficio* y se plantea, si como denunciante es titular de un derecho o interés legítimo y por lo tanto legitimado como interesado en el procedimiento sancionador.

La discusión se plantea fundamentalmente en dos supuestos, el primero, en caso que la Administración acuerda el archivo de la denuncia, motivo por el cual los tribunales tienen que resolver si el denunciante tiene legitimación para impugnar en vía

⁵⁹² Cfr. COBO OLVERA, Tomás: Op. cit., p. 148.

contencioso-administrativa la decisión administrativa de archivo o sobreseimiento de la denuncia. En el segundo, respecto a la no imposición por la Administración de la sanción que el denunciante estima pertinente. En este caso los tribunales tienen que resolver si el denunciante está legitimado para combatir ante el contencioso-administrativo la resolución sancionadora.

La polémica surge porque, en principio, no se le reconoce al denunciante legitimación en el proceso sancionador⁵⁹³, cuyos argumentos los expresa RUIGÓMEZ MOMENÉ, así: «el denunciante se caracteriza por ser quien pone en conocimiento de la Administración unos hechos que pudieran ser constitutivos de infracción. Tal conducta o actuación es meramente instrumental, y como tal, no presupone en quien la realiza la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo en el procedimiento sancionador que pudiera incoarse. Tampoco se adquiere por virtud de la denuncia el derecho a la incoación del procedimiento ni la intervención en el mismo. El hecho de ser mero denunciante constituye una cualidad por completo diferenciada, complementaria o no, pero diferenciada de la de ser titular de un derecho o interés legítimo y de ser por ello merecedor de la consideración jurídica de interesado en el procedimiento». Por ello, dice, puede concluirse que el mero denunciante no puede recurrir un eventual archivo de actuaciones ni de otro modo intervenir en el procedimiento sancionador. Tampoco puede recurrir la resolución sancionadora, pues no es más que un tercero simple y carece por lo tanto de cualidad de parte legítima y cita las siguientes sentencias: Por todas, SSTS de 9 (RJ 2002, 10722) y 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 124) respectivamente, de 11 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 609) o de 12 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6929) y las STS de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991, 6306), STS de 15 de junio de 2002 (RJ 2002, 7094), (RJ 1991, 6306), (RJ 1991, 6306)»⁵⁹⁴.

⁵⁹³ El interés legítimo, dice la STS de 26-09-1997 «equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa de prosperar esta. Es decir, la relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, con la que se define la legitimación activa, comporta el que la anulación del acto que se recurre, sea en vía administrativa o contenciosa, produzca de un modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado, pero cierto (STS-01-10-1990)». En otras sentencias, afirma el TS que el interés legítimo en general, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, no es un mero interés en el respeto de la legalidad, es necesario que el demandante esté revestido de una cualificación específica, es decir, de una especial relación con el objeto del proceso que viene a concretada en la titularidad de un interés directo, personal y legítimo que pueda resultar afectado por la resolución que se dicte (SSTS de 24-5-1985 y 22-11-1-1996).

⁵⁹⁴ RUIGÓMEZ MOMENÉ, Adolfo: *Op. cit.*, 2013, pp. 397-398.

«Esta doctrina está extendida también entre los Tribunales Superiores de Justicia, como la STSJ Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 1999: «a) La facultad de denunciar un hecho de oficio por la Administración no concede al denunciante la condición de parte interesada, ni la posibilidad por tanto de recurrir, incluso cuando (...) el hecho ha causado o puede haber causado un perjuicio directo al denunciante; b) El ejercicio de acciones disciplinarias sólo concluye en su caso con la imposición de una sanción al denunciado, pero no con la reparación material al denunciante, ni en el sentido de una indemnización ni en el de la revocación de la actuación jurisdiccional realizada; c) El mero interés moral que, por tanto, resta al denunciante, de que se sancione al denunciado, no es suficiente para fundamentar su legitimación»⁵⁹⁵.

Este criterio jurisprudencial se ha ido matizado en los últimos años y en algunos casos se reconoce legitimación al denunciante de forma restrictiva «partiendo de que la respuesta a la legitimación activa del recurrente denunciante debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una denegación indiferenciadas para todos los casos, ha de entenderse que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda y determinación de ese interés, cuya alegación y prueba cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se la arroga, estimándose que el referente de tal interés no puede ser solo un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, ya que únicamente tiene, en su caso, una relación instrumental con las satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva y no meramente formal, y en principio ha de ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél. La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en un expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir en efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse contestación adecuada»⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, pp. 397-398.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, pp. 397-398.

En el caso del archivo del expediente sancionador o sobreseimiento de la denuncia, por ejemplo, se reconoce la posibilidad abstracta de denunciados legitimados para pedir que se condene a la Administración a tramitar el procedimiento sancionador⁵⁹⁷. Aquí exponemos algunos de los argumentos de las sentencias que así lo declaran:

La STS de 22 de mayo de 2002 (recurso núm. 2119/1996), ante la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia que confirmó la decisión del Director General de la Defensa de la Competencia de archivar una denuncia, declara por el contrario que «no puede rechazarse las (denuncias) que tengan un cierto fundamento sobre la realidad de las conductas denunciadas, debiendo abrirse el procedimiento en el que, con intervención y audiencia de los implicados, puedan practicarse las pruebas de cargo y de descargo por todos los intervinientes y deducirse con pleno conocimiento sobre la realidad de los hechos denunciados».

En otro caso, tras reconocer que se trataba de una denunciante interesada dice que ello «le permite intervenir en el procedimiento haciendo alegaciones y aportando los elementos probatorios que estime oportunos para acreditar las circunstancias fácticas que han de fundar la decisión que se tome. En consecuencia, debemos anular el acto por el cual se resuelve el recurso de alzada, que sin entrar en el fondo de la cuestión debatida, se limita a no admitir a trámite las alegaciones presentadas por la interesada» STS de 3 de junio de 1998 (recurso núm. 5085/1990).

Los Tribunales Superiores de Justicia de algunas Comunidades Autónomas también recogen declaraciones significativas a este respecto: La STSJ de Madrid de 29 de marzo de 2002 (recurso núm. 1676/1998), ordena la iniciación de un procedimiento sancionador a solicitud del denunciante que se consideraba perjudicado por la supuesta infracción cuya denuncia había sido archivada por la Administración. En concreto, la denuncia formulada por la actora se concreta en el desabastecimiento de carburante que había sufrido su gasolinera por parte de Cepsa, SA, operador que reconoció el hecho y lo explicó diciendo que no existía producto en esa fecha en toda la Comunidad

⁵⁹⁷ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel: «Ejercicio obligado o facultativo de la potestad sancionadora. Legitimación para exigir su ejercicio» Capítulo XII, en *Derecho Administrativo Sancionador*, LOPEZ MENU-DO, Francisco (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 474.

Autónoma. Según el Tribunal esta declaración «constituye un indicio serio de infracción (sobre la normativa de existencias mínimas de seguridad según la Ley del Sector Petrolero), sin que al respecto se hubiesen practicado diligencias previas tendentes a acreditar la realidad o no de tales indicios». Ante ello, la Sala entiende que «si resulta legalmente exigible la incoación de expediente sancionador con el objeto de acreditar en su caso la realidad de los indicios antes expuestos en aplicación de las competencias de control y sancionadoras atribuidas normativamente a la Administración [...], sin prejuzgar lógicamente las conclusiones y resultados que pueda derivarse del citado procedimiento».

La STSJ de Castilla y León 257/2000, de 15 de julio, se reconoce expresamente el interés del denunciante y ordena incoar y resolver oportunamente el expediente sancionador cuyo argumento es el siguiente: «Por cuanto queda expuesto la Sala aprecia la existencia de indicios racionales de actuación contraria a los intereses del recurrente, por lo que se procede anular las resoluciones impugnadas y retrotrae el expediente disciplinario, conforme a lo previsto en el Reglamento de Procedimiento Disciplinario aprobado por la Asamblea de Decanos el 25-6-1993, debiendo tener presente en este punto el carácter esencialmente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa».

Ahora bien, en relación a segundo supuesto, esto es cuando el denunciante no comparte la sanción impuesta por la Administración e impugna la resolución sancionadora por entender que se impuso una sanción menor de la que legalmente correspondía o porque la Administración no impuso ninguna sanción. REBOLLO PUIG⁵⁹⁸ considera que si se reconoce legitimación para interponer recursos contra las decisiones relacionadas con la sanción impuesta o con la decisión de no sancionar, probablemente había también legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo sancionador, al menos si el sujeto se persona en el procedimiento mostrando la voluntad de ser tenido como parte. En este sentido cita las siguientes sentencias:

La STS de 16 de mayo de 2007 (Ar. 8354). Un ciudadano había denunciado ante la Confederación Hidrográfica del Ebro el vertido de aguas residuales por parte de un hotel sin contar con la preceptiva autorización. La confederación impuso una multa de

⁵⁹⁸ REBOLLO PUIG, Manuel: «Ejercicio ...», *Op. cit.*, p. 481.

300 euros. Planteado el recurso contencioso-administrativo por el denunciante, rechaza la legitimación activa con este argumento:

«[...] ni el derecho genérico al medio ambiente adecuado que proclama el artículo 45.1 de la CE, ni la necesaria interpretación de las normas procesales conforme al principio *pro actione*, ni la profesión médica del demandante, ni, en fin, el valor prevalente de defensa del medio ambiente [...], puede otorgar al demandante un interés en una mayor sanción».

Más aún, la Sala dice que esa falta de legitimación de mero denunciante en expedientes sancionador tiene «un hondo designio social a fin de evitar que la potestad sancionadora de la Administración se puede convertir en una mera disputa entre personas privadas»⁵⁹⁹.

La razón por la que no se admite legitimación para impugnar la resolución sancionadora relacionada con la no imposición de una sanción o no se imponga sanción mayor a la impuesta por la Administración, obedece a que si la Administración no sanciona (porque dicta una resolución absolutoria o de archivo o porque sencillamente no hace nada), los tribunales contencioso-administrativos no pueden ellos mismos imponer la sanción administrativa, pues de modo alguno pueden sustituir a aquella en dicho ejercicio, por ejemplo si hay un hecho que puede ser constitutivo de infracción, impone a la Administración tramitar un procedimiento sancionador, pero nada más, así lo asevera la SAN de 24 de octubre de 2007, (recuso núm. 126/2006) al señalar:

«[...] no procede que esta Sala imponga sanciones administrativas a propósito de la impugnación de un acto administrativo de archivo de actuaciones, pues la función constitucional y legalmente atribuida a esta Sala de control de la legalidad de la actuación administrativa y de la potestad reglamentaria, ex artículo 106.1 de la CE y artículo 9.4 LOPJ, impiden que sustituya a la Agencia Española de Protección de Datos en su función e imponga de plano las sanciones, lo que dicho sea de paso, lesionaría la más elementales y básicas garantías en materia sancionadora».

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 481.

En similares términos STSJ de Cantabria, de 12 de junio de 1998 (Ar. 2253): «La cuestión central del presente recurso se contrae a la determinación de la existencia o no de infracciones urbanísticas en la construcción llevada a cabo por [...], de tal forma que si bien esta Sala, caso de constatar aquellas, no podrá imponer sanción alguna por las mismas, ya que ello supondría el ejercicio de una potestad sancionadora de la que tan sólo está investido el Ayuntamiento [...] sí puede ordenarse el levantamiento del archivo del expediente de disciplina urbanística y la imposición del Ayuntamiento de las sanciones que en su caso correspondan».

En resumidas cuentas, puede decirse que la tendencia de la doctrina jurisprudencial es no rechazar radicalmente la posibilidad de la legitimación del denunciante en el proceso sancionador, pero de forma restrictiva, es decir, no de manera general sino que se debe estudiar cada caso en particular para establecer si existe o no un interés legítimo del denunciante, de tal manera que se pueda determinar si la imposición de la sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse contestación adecuada.

Parece que los cambios en la línea interpretativa de la doctrina jurisprudencial tienen la finalidad de evitar la impunidad y la corrupción, dado que la denuncia es uno de los medios más utilizado por los ciudadanos para poner en conocimiento de las autoridades y organismos de control el menoscabo de los causales públicos. La ciudadanía actualmente se interesa en el manejo del gasto público, la reciente crisis económica en que han sido frecuentes los recortes del gasto en servicios sociales, el aumento del paro y «la coexistencia de élites políticas que han aprovechado su cargo y funciones para obtener beneficios ilícitos ha llevado a una mayor concienciación social sobre la gravedad del problema, así como a una más rotunda oposición colectiva a la corrupción»⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar: «Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. en particular, el caso de la oficina antifraude de Cataluña» *Revista Catalana de dret públic*, n° 53, 2016, p. 17, en línea: <http://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/viewFile/316152/406267> [Consultado 13 de enero de 2017].

CASTILLO BLANCO, precisamente pone de relieve un aspecto muy importante respecto al interés de ciudadano cuando éste denuncia, que comparto íntegramente, se refiere a los contenidos del buen gobierno establecidos en la LTBG, señalando que el fundamento de la legitimación, en este concreto supuesto, no está simplemente ceñido a la imposición de una sanción, sino que más allá de ello está ligado a las consecuencias de restitución del patrimonio público en el sentido amplio aquí defendido, que recordemos es de todos –y por tanto su restauración también nos afecta a todos– y propone reinterpretar el alcance y contenido de la figura del denunciante acorde con reconocimiento normativo europeo y estatutario que la buena administración impone, al menos, dice, reconociéndosele un «derecho» a la exigencia de las actuaciones necesarias para determinar si es necesario proceder a investigar las responsabilidades previstas en la norma⁶⁰¹.

BLANES CLIMENT, señala otra alternativa, que los ciudadanos no sólo deberían poder denunciar, como expresamente contempla el artículo 31.1 de la LTBG. Se les debería reconocer además la acción pública para que cualquier ciudadano pudiera exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativo la observancia de las infracciones previstas en el código de buen gobierno⁶⁰².

Otra posibilidad, la representa el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que tiene entre sus funciones «Instar el inicio del procedimiento sancionador previsto en el Título II de esta Ley» y en el caso que el órgano competente decida no incoar el procedimiento deberá motivar su decisión (art. 38 LTBG). El Consejo puede hacer uso de esta función, bien por iniciativa propia o en el supuesto que un ciudadano solicite mediante denuncia el inicio del expediente sancionador y el órgano competente decida no incoar el procedimiento sancionador o guarde silencio. Ante esta circunstancia el ciudadano podrá acudir ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno para que este inste el inicio del procedimiento sancionador y si el órgano competente decide no incoarlo el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, puede recurrir la decisión ante el contencioso-administrativo. Igual cuando el Consejo lo hace por iniciativa propia.

⁶⁰¹ CASTILLO BLANCO, Federico A.: «Garantías del Derecho ... », *Op. cit.*, p. 158.

⁶⁰² BLANES CLIMENT, Miguel Ángel: *Op. cit.*, 2014, p. 609.

Sin embargo, el apartado 2 del artículo 61 de la Ley 39/2015 le quita fuerza al artículo 38 LTBG cuando dice «la formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento».

No obstante, si el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, no comparte la decisión de no procedencia de la iniciación del procedimiento, podrá recurrir esta decisión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, según lo dispone el artículo 31.5.LTBG cuando dice:

«Las resoluciones que se dicten en aplicación del procedimiento sancionador regulado en este título serán recurribles ante el orden contencioso-administrativo».

Para tal efecto, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, según el artículo 33.2 LTBG, cuenta con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines.

IV.11. Órgano competente para ordenar el inicio del procedimiento sancionador

El órgano competente para ordenar la incoación del procedimiento sancionador de la LTBG cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado, será el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 31.a) LTBG).

Cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración General del Estado distintas de los anteriores, el órgano competente para ordenar el inicio del procedimiento será el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 31.b) LTBG).

Si los presuntos responsables son personas al servicio de la Administración autonómica o local, la orden de incoación del procedimiento se dará por 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 (art. 31.c LTBG)

El principal cuestionamiento al procedimiento sancionador de la LTBG, es la falta de independencia de quien tiene a cargo la propuesta de inicio de investigación, como también la del órgano competente que le compete ordenar la iniciación del procedimiento sancionador, lo que hace poco viable la efectividad de este procedimiento. Aspecto este, que trataremos más adelante.

IV.12. Órgano instructor en el procedimiento sancionador

La Oficina de Conflictos de Intereses es la competente para iniciar la instrucción de los correspondientes procedimientos, cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado, o cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración General del Estado distintas de los anteriores, y cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración autonómica o local la instrucción corresponderá al órgano competente en aplicación del régimen disciplinario propio de la Comunidad Autónoma o Entidad Local correspondiente.

La Ley 3/2015 es la encargada de regular lo relacionado con la «Oficina de Conflictos de Intereses» en el artículo 19.1 determina «La Oficina de Conflictos de Intereses, adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, actuará con plena autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones». Ahora Ministro de Hacienda y Función Pública, de conformidad con el Real Decreto 415/2016, de 4 de noviembre, por el cual se reestructura los departamentos ministeriales.

«2. El Director de la Oficina de Conflictos de Intereses, que tendrá rango de Director General, será nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, 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. [...]»

Como se observa, el órgano instructor por una parte, *está adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública*, que es el órgano que dentro del procedimiento sancionador solicita la investigación cuando se trate de un miembro del Gobierno o de Secretario de Estado y el que también, ordena la investigación cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración General del Estado.

Por la otra parte, el Director del órgano instructor, es decir, el Director de la Oficina de Conflictos de Intereses, es nombrado por el *Consejo de Ministros*, a propuesta del *Ministro de Hacienda y Función Pública*. Esto se traduce en que quien nombra al director del *órgano instructor* es quien a su vez tiene la competencia para ordenar la investigación del proceso sancionador contra los miembros del Gobierno (entre ellos los Ministros) y los Secretarios de Estado.

Aunque la norma establece la autonomía funcional de la Oficina de Conflictos de Intereses, como órgano instructor, la realidad es que la forma como está concebida, deriva la dificultad de imparcialidad para instruir el procedimiento sancionador, debido a que el nombramiento del Director de la Oficina de Conflictos de Intereses lo hace el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, todos ellos hacen parte del ejecutivo y además también se encuentran en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG.

La mayor dificultad para lograr la imparcialidad deriva fundamentalmente, que el órgano instructor, encabezado por el director de la Oficina de Conflicto de Intereses, se encuentra bajo la dependencia jerárquica del órgano sancionador, esto es del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y el Consejo de Ministros, en el caso de los altos cargos tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado alto cargo de la Administración General del Estado, quienes a su vez están en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG.

Ahora bien, cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración autonómica o local, la orden de incoación del procedimiento se dará por 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. Estos se encontrarán en simi-

lares condiciones mientras no haya independencia para instruir el procedimiento, porque se encuentran en un grado de dependencia o subordinación con los que están en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG.

IV.13. Órgano competente para imponer las sanciones

El procedimiento para la imposición de sanciones se establece en Capítulo V de la Ley 39/2015 y la competencia para la imposición de sanciones, según el artículo 31.4 LTBG corresponderá:

- «a) Al *Consejo de Ministros* cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado.
- b) Al *Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas* cuando el responsable sea un alto cargo de la Administración General del Estado.
- c) Cuando el procedimiento se dirija contra altos cargos de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de Administraciones en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento o, en su caso, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate».

Aquí seguimos en el mismo círculo vicioso, el Consejo de Ministros tiene la competencia para sancionar cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado y el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando el responsable sea un alto cargo de la Administración General del Estado.

El artículo 30 LTBG señala las sanciones por infracciones en materia disciplinaria y las clasifica de acuerdo a la gravedad de la infracción en leves, graves y muy graves, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el régimen sancionador de la LTBG está estructurado en tres ámbitos: infracciones en materia de conflicto de intereses, en materia de gestión económico-presupuestaria y en el ámbito disciplinario, por lo que la aplicación de las sanciones difiere dependiendo del ámbito en el que se apliquen.

IV.14. Falta de objetividad y neutralidad para garantizar la imparcialidad en el procedimiento sancionador

El ejercicio de la potestad sancionadora debe cumplir unos requisitos elementales, el primero de los cuales se refiere a la separación entre los órganos de instrucción y de decisión. Este principio se encuentra recogido en el artículo 63.1 de la Ley 39/2015 que dispone que los procedimientos de naturaleza sancionadora establecerá la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos.

La finalidad de alcanzar una mayor imparcialidad mediante este principio plantea serias dificultades en el ámbito administrativo ya que, como apunta SANTAMARÍA PASTOR, en unas ocasiones los instructores suelen encontrarse bajo la dependencia jerárquica de los órganos sancionadores⁶⁰³. Esta es precisamente la situación que acabamos de exponer, por lo que considero que el régimen sancionador de la LTBG concebido como novedoso y refuerzo sancionador aplicable a los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, pierde todas sus virtudes cuando se llega al tema del procedimiento sancionador

Por ejemplo, si el alto cargo tiene la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado, requiere la propuesta de *inicio del procedimiento* sancionador por parte del Ministro de Hacienda y Función Pública, quien también hace parte del Consejo de Ministros, órgano competente para *ordenar el inicio del procedimiento* sancionador y además como Ministro, es miembro de Gobierno. Es decir, que el Ministro de Hacienda actúa en una doble condición en la etapa de inicio del procedimiento sancionador quien solicita y hace parte de los que ordenan el procedimiento sancionador.

Esta situación se acentúa aún más y se evidencia la falta de independencia cuando se trata del Presidente de Gobierno, por la condición de Jefe y superior jerárquico respecto a los que tienen la competencia para proponer el inicio del procedimiento san-

⁶⁰³ Cfr. VIDA FERNANDEZ, José: «El procedimiento administrativo (I): Concepto, régimen jurídico y elementos», p. 5, en línea: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-actividad-aapp/materiales-de-clase/OCW-OAAP-Leccion-6.pdf> [Consultado 19 de febrero de 2017].

cionador, ordenar y sancionar. Es poco viable que el Ministro de Hacienda y Función Pública solicite la investigación del Presidente de Gobierno y menos factible que el Consejo de Ministros decida ordenar su investigación, no solo porque el investigado ostenta la calidad de Jefe y superior jerárquico sino que además, es quien los ha propuesto para que sean nombrados como Ministros⁶⁰⁴ y de la misma manera, a propuesta del Presidente de Gobierno pueden ser cesados por el Rey.

La dificultad para lograr la imparcialidad también se presenta respecto a los demás sujetos que se encuentran en el ámbito de aplicación del régimen sancionador, por ejemplo al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas le concierne solicitar la investigación de sus compañeros ministros y a su vez, hace parte del Consejo de Ministros y por lo mismo, integra el órgano competente para ordenar la iniciación del procedimiento sancionador y también para la imposición de sanciones cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado. Situación similar se presenta con el Consejo de Ministros. Agregando que todos, hacen parte del ejecutivo, sin que se perciba garantía de imparcialidad y por lo mismo se dude de la eficacia del procedimiento sancionador⁶⁰⁵.

Circunstancia similar se presenta, cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración autonómica o local, la orden de incoación del procedimiento se dará por 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, ya sea porque se encuentran en una situación de subordinación o ante quienes ostentan un alto cargo y por lo mismo, se pierde la independencia para ordenar el inicio el procedimiento sancionador contra estos.

Si bien, *la instrucción* de los correspondientes procedimientos corresponde a un órgano distinto del órgano sancionador, en el caso de que el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado o, cuando los presuntos res-

⁶⁰⁴ Los Ministros son nombrados y cesados por el Rey, a propuesta de su Presidente (art. 12.2 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

⁶⁰⁵ El sentido jurídico de «eficacia» hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Sentencia Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-873 de 30 septiembre de 2003.

ponsables sean personas al servicio de la Administración General del Estado, la instrucción corresponde a la *Oficina de Conflictos de Intereses*, adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública, cuyo director es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, de donde se deduce que el órgano instructor está bajo la dependencia jerárquica del órgano sancionador, pues la competencia para la imposición de sanciones corresponde al *Consejo de Ministros* cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado, y al *Ministro de Hacienda y Función Pública* le corresponde, cuando el responsable sea un alto cargo de la Administración General del Estado, aunque el artículo 19.1 de la Ley 3/2015 pregone que la Oficina de Conflictos de Intereses actuará con plena autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones.

La situación descrita lleva a que el procedimiento sancionador de la LTBG en sus diferentes etapas carezca de objetividad y neutralidad para garantizar su imparcialidad, lo que podría conducir a un posible conflicto de intereses según lo dispuesto en el artículo 11.1 y 2 de la Ley 3/2015 que dice:

«Definición de conflicto de intereses.

1. 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.
2. 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».

Comparte esta opinión BLANES CLIMENT cuando dice: El fallo del sistema se encuentra en la falta de independencia del titular de la competencia para sancionar estos comportamientos. El artículo 31.4 de la LTBG atribuye al competencia sancionadora al Consejo de Ministros o al Ministro de Hacienda y Función Pública, según los casos, por lo que resulta poco complicado que el propio Gobierno sancione a un miembro del mismo»⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ BLANES CLIMENT, Miguel Ángel: *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson Reuters, Navarra, 2014, pp. 608-609.

Ahora, cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración autonómica o local, la orden de incoación del procedimiento se dará por 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. Estos se encontrarán en similares condiciones mientras no haya independencia para instruir el procedimiento, porque se encuentran en un grado de dependencia o subordinación con el órgano sancionador quienes a su vez, se encuentran en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG.

IV.15. Imposibilidad de imponer sanciones de destitución a los miembros del Gobierno y cargo electo

La sanción más fuerte en el procedimiento sancionador de la LTBG, es la destitución del cargo, sin embargo, cuando se trata del Presidente de Gobierno o de los ministros, esta medida es inaplicable a la luz de lo dispuesto en la CE, en el caso del Presidente de Gobierno el artículo 101 de la CE dispone que solo cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente. Por su parte, los Ministros solo pueden ser separados de sus cargos por el Rey, a propuesta de su Presidente conforme lo señala el artículo 100 CE.

Este es uno de temas que cuestionó el Consejo de Estado en el Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que subrayó que no puede atribuirse al Consejo de Ministros la competencia para imponer la mencionada sanción de destitución a ninguno de los miembros del Gobierno, habida cuenta que el Presidente, que no se encuentra expresamente excluido del ámbito de aplicación, únicamente puede cesar en los supuestos tasados y de conformidad con los procedimientos constitucionalmente establecidos en los artículos 101 y concordantes de la Constitución. En el caso de los Ministros, es claro que únicamente pueden ser separados de su cargo por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno (artículo 100 de

la Constitución), no obstante esta observación no fue tomada en cuenta en la redacción final de la LTBG.

La misma suerte corre el régimen sancionador de la Ley 3/2015, puesto que está estructurado exactamente igual al régimen sancionador de la LTBG, difiere únicamente en las infracciones que hacen referencia al tema de conflicto de intereses.

Respecto a cargo electo, como se advirtió, la condición de cargo electo no permite la destitución del cargo. En este caso, el alto cargo aunque está en el ámbito de aplicación de la LTBG, no se le podrá aplicar las sanciones a las que hemos aludido, por afectar la condición de cargo electo, pues su destitución, recuerda el Consejo de Estado⁶⁰⁷, no puede en ningún caso derivar de lo previsto en una norma administrativa, por más que se trate de una ley y cita como ejemplo, el Alcalde (que se encuentra en el ámbito de aplicación de la LTBG), su destitución únicamente puede acordarse mediante una moción de censura, o cuestión de confianza de conformidad con lo dispuesto en los artículos 197⁶⁰⁸ y 197 bis⁶⁰⁹ de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, del Régimen Electoral General, o en los casos de disolución del Ayuntamiento o de la propia Entidad Local.

Lo que lleva a decir, en palabra de RAMOS DE MOLINS «Es por esta razón que parte del régimen sancionador, sobre todo la principal sanción contemplada, la inhabilitación tiene nula efectividad respecto de los cargos electos, no sólo porque no

⁶⁰⁷ Consejo de Estado. Dictamen 707/2012

⁶⁰⁸ Ley Orgánica 5/1985. Artículo 197. Moción de censura del Alcalde. 1. El Alcalde puede ser destituido mediante moción de censura, cuya presentación, tramitación y votación se regirá por las siguientes normas: a) La moción de censura deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquier Concejales cuya aceptación expresa conste en el escrito de proposición de la moción. En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias. Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato. [...].»

⁶⁰⁹ Ley Orgánica 5/1985. Artículo 197 bis. «1. El Alcalde podrá plantear al Pleno una cuestión de confianza, vinculada a la aprobación o modificación de cualquiera de los siguientes asuntos: a) Los presupuestos anuales. b) El reglamento orgánico. c) Las ordenanzas fiscales. d) La aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal. [...].»

pueden ser cesados mediante un procedimiento sancionador (piénsese por ejemplo en un alcalde), sino que tampoco puede ser inhabilitado para serlo posteriormente»⁶¹⁰.

Las causas de inhabilitación como causas de ineligibilidad (privación del derecho de sufragio pasivo) de los cargos electos solo pueden estar reguladas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General por imperativo constitucional (con carácter general en el art. 6 y ss., sin perjuicio de la regulación pormenorizada respecto a cada tipo de elección)⁶¹¹.

Las situaciones expuestas, hacen inviable la efectividad del régimen sancionador de la LTBG, primero porque la sanción de destitución del cargo no se puede aplicar a los ya mencionados, segundo, fundamentalmente por la falta de imparcialidad de los órgano que tienen atribuida la competencia de incoar, instruir y sancionar a los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

IV.16. Quien sustituye al Ministro de Hacienda y Función Pública

El artículo 31.1. LTBG establece 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 denuncia de los ciudadanos. Para tal efecto, el Ministro de Hacienda y Función Pública es el competente para proponer ante el Consejo de Ministro el inicio del procedimiento sancionador cuando se trata de miembros de Gobierno o Secretario de Estado, (art. 31.2.a).

En este punto, el régimen sancionador de la LTBG, tiene un vacío legal en el supuesto en el que el investigado sea Ministro de Hacienda y Función Pública, toda vez que éste es el único facultado para hacer la propuesta de inicio del expediente sancionador cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado y, siendo el Ministro de Hacienda y Función Pública un miembro del Gobierno, el régimen sancionador de la LTBG guardo silencio cuando este fuese el investigado, pues no dijo quien, en este caso, es el competente para proponer el inicio del procedimiento sancionador; de tal manera que contra el Ministro de Hacienda y Función Públi-

⁶¹⁰ RAMOS DE MOLINS, Alfonso: *Op. cit.*, 2014, p. 487.

⁶¹¹ *Ibidem*, p.487-488.

ca no hay posibilidad de iniciar el procedimiento sancionador de la LTBG toda vez que la propuesta de solicitud del inicio del procedimiento constituye un requisito de procedibilidad para incoar el procedimiento sancionador, según lo dispone el artículo 31.2.a) LTBG⁶¹².

IV.17. Que ha supuesto el régimen sancionador de la LTBG

El régimen sancionador de la LTBG surge como una respuesta para combatir el problema de la corrupción política que tiene azotada a España y a la ausencia de un régimen sancionador propio para los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, que sancione prácticas corruptas.

Como uno de los mecanismos jurídicos para mitigar este flagelo se dicta la LTBG y en Título II referido al tema de *buen gobierno*, que establece un régimen sancionador de naturaleza disciplinaria, que identifica el buen gobierno con un código de conducta para los servidores públicos de naturaleza sancionadora, a través de normas jurídicas que impone pautas de comportamiento inspiradas en valores y principios metajurídicos.

Sin embargo, el régimen sancionador de la LTBG, se quedó en lo que parecería ser un catálogo de buenas intenciones del legislador, al ser inviable la aplicación de las sanciones más efectivas (la destitución o cesación del cargo y la inhabilitación del 5 a 10 años) a los cargos electos y a los altos cargos, como el Presidente de Gobierno, Ministros de Gobierno.

Por otra parte, la falta de imparcialidad y objetividad de los órganos para iniciar, instruir y sancionar en el procedimiento sancionador, toda vez que todos ellos forman parte del ejecutivo y además, están en el ámbito de aplicación de la LTBG, lo que hace inviable la efectividad y eficacia del régimen sancionador de la LTGB, de tal manera que en su reglamentación debe buscarse en primer lugar, un órgano sancionador independiente, como el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y unas sanciones posibles, aspecto este que trataremos en el acápite de conclusiones y propuestas.

⁶¹² Tampoco hay posibilidad de iniciarle el procedimiento sancionador de la Ley 3/2015, toda vez que está concebido en similares términos, según su artículo 27 de la citada ley.

CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, a partir de 2 de octubre de 2016 se recoge en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en los aspectos sustantivos y, en los procedimentales en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En términos generales, la nueva regulación, no difiere en lo sustancial de lo que establecía la derogada LRJ-PAC. Se mantiene los requisitos y características esenciales, conservando la obligatoriedad de la Administración Pública de exigirla de oficio, de sus autoridades y personal a su servicio cuando hubiese indemnizado al lesionado.

En cuanto al procedimiento, se encuentra disperso en la Ley 40/2015 y en la Ley 39/2015, lo que ha supuesto una desmejora que genera confusión y complicación a la hora de su aplicación dado que se establece dos procedimientos, por una parte, el que señala la Ley 40/2015, artículo 36.4 y por el otro, al que remite este mismo artículo, es decir, al procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015, que en algunos casos, los tramites no coinciden o traen plazos diferentes.

La acción de regreso afronta una total inercia debido a la inactividad de las Administraciones Públicas para ejercerla, de nada ha servido la modificación legislativa que las obliga a «exigirla de oficio».

La apatía para ejercer la acción de repetición se evidenció en las escasas sentencias que se encontraron al respecto, con lo que demostró que la Administración rara vez ejerce la acción de regreso, por lo que el funcionario culpable queda impune y el servicio sigue funcionando igual de mal y el erario público menoscabado innecesariamente.

La principal causa de la ineficacia de la acción de regreso es la desidia de la Administración Pública para ejercerla. Adicionalmente, en nuestro análisis, se identificaron tres motivos por los que, posiblemente, la Administración Pública no hace exigible la acción de regreso: 1) El desplazamiento de la responsabilidad civil del agente público por la responsabilidad disciplinaria. 2) Cubrimiento de la responsabilidad civil del agente público por póliza de seguros y 3) El carácter directo y objetivo del sistema de responsabilidad de la Administración Pública.

El desplazamiento de la responsabilidad civil del agente público por la responsabilidad disciplinaria, le puede significar a la Administración más efectividad, por la amenaza de la separación del servicio o despido disciplinario para regular la conducta del agente público, que la acción de repetición que cumple una función meramente reparadora del daño causado. Sin embargo, no se puede considerar que la responsabilidad disciplinaria reemplace la acción de regreso puesto que esto significaría, legalmente, dejar inmune al funcionario de su responsabilidad civil para que sea cubierta con el patrimonio de los contribuyentes.

Se ha convertido en una práctica habitual de la Administración Pública la suscripción de contratos de seguro de responsabilidad civil, que cubra en todo o en parte la eventualidad del pago de la indemnización por su responsabilidad patrimonial o por la responsabilidad civil de sus agentes que en ejercicio de sus funciones ocasionan daños y perjuicios a terceros o la propia Administración, lo cual le puede resultar a la

Administración más barato, que asumir su pago directamente y además, le representa agilidad en el trámite de la reclamación y una disminución en los costes de gestión.

Todas las ventajas que puede reportar para la víctima y para la Administración la concertación de un seguro de responsabilidad civil, para cubrir la responsabilidad de sus agentes, en definitiva termina favoreciendo la impunidad e irresponsabilidad civil del agente público, porque la Administración Pública pierde la legitimidad para exigirle la responsabilidad civil.

El juego combinado de la responsabilidad directa y objetiva origina indirectamente la irresponsabilidad del agente público puesto que por una parte, la víctima no puede demandarle directamente para exigirle la responsabilidad civil y por otra, no se requiere que se identifique quien causó el daño ni que se demuestre si actuó con dolo o culpa o negligencia graves.

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que la acción de repetición, como mecanismo jurídico para exigir la responsabilidad civil de la autoridad y personal al servicio de las Administraciones Públicas no ha sido eficaz en el alcance de sus objetivos y, por tanto, no se ha constituido en un medio eficiente para la recuperación de los cuantiosos recursos y el menoscabo de las finanzas del Estado, cuya razón fundamental es la inactividad de las Administraciones Públicas para ejercerla.

Respecto a los controles sobre la gestión económico-financiera del sector público, se puede establecer que el diseño institucional español tiene mecanismos diversos de control y fiscalización para asegurar de manera eficaz y eficiente una gestión pública adecuada y tratar de prevenir prácticas corruptas en el manejo de los recursos públicos, a través de los órganos de control interno de competencia de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y el control externo, atribuido al Tribunal de Cuentas, que comparte con los Órganos de Control Externo (OCEX).

Sin embargo, son frecuentes los señalamientos como órganos permisivos e ineficaces, fundamentalmente por los constantes escándalos de corrupción política, vinculados a la financiación irregular de los partidos políticos, las campañas electorales,

urbanismo, contratación y subvenciones, como una de las principales causas del menoscabo de los caudales públicos.

Respecto al enjuiciamiento contable, uno de los problemas detectados se relaciona con los procedimientos para el enjuiciamiento contable, en aquellos casos en los que se ventile una responsabilidad contable por causas distintas al alcance o malversación, toda vez que tiene un doble procedimiento para su exigibilidad, con reglamentación y jurisdicciones diferentes; el procedimiento de juicio de cuentas regulado por la LOTCu y por la LFTCu ante la jurisdicción contable y por la otra, el procedimiento del expediente administrativo de responsabilidad contable, que se inicia en vía administrativa por la propia Administración afectada, regulado por las normas establecidas en la LGP.

Por otra parte, se detectó que uno de los problemas que enfrenta el Tribunal de Cuentas es su politización, respecto a los gestores públicos que ostentan cargos públicos relevantes, lo que conlleva a la falta de independencia e imparcialidad con la que sus miembros desarrollan sus funciones.

El origen de la politización se encuentra en que los miembros del Tribunal de Cuentas son nombrados por el poder político (Congreso de los Diputados y Senado) y en el nombramiento de funcionarios del Tribunal de Cuentas por los partidos políticos, desplazando a los de carrera.

La politización del Tribunal de Cuentas se constató, en relación con la exigencia de responsabilidad contable a los gestores públicos que ostentan cargos políticos relevantes, que en dicha condición causan menoscabo a los caudales o efectos públicos, como se puso de manifiesto con la sentencia n° 5 de 13 de mayo de 2016, conocida como el Caso San Antonio, que puede considerarse como una de las pocas excepciones en la que el Tribunal de Cuentas declara a unos políticos relevantes responsables de un perjuicio a los fondos públicos (aunque en segunda instancia los absuelve).

La realidad que acaba de describirse no hace más que acrecentar la desconfianza de la ciudadanía hacia el Tribunal de Cuentas, que en momentos actuales en los que se manifiesta con mayor intensidad el flagelo de la corrupción por el uso ilícito de los

recursos públicos o contrarios a los principios de eficacia, eficiencia o económica, requiere a la luz del mandato constitucional en su doble campo de actuación, que el Tribunal de Cuentas ejerza con todo el rigor e independencia su función fiscalizadora y de enjuiciamiento contable.

En relación con el régimen sancionador de la LTBG surge como respuesta para combatir el problema de la corrupción política que tiene azotada a España y a la ausencia de un régimen sancionador propio para los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

El régimen sancionador de la LTBG en el ámbito de las infracciones en materia conflicto de intereses no se regula por la LTBG sino que remite a la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que contiene su propio régimen sancionador.

El régimen sancionador de la LTBG concebido como novedoso, pierde todas sus virtudes cuando se llega al tema del procedimiento sancionador, diseñado de manera tal, que es inviable su aplicabilidad y en consecuencia su efectividad.

Para iniciar el procedimiento sancionador, si el alto cargo tiene la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado, se requiere, como requisito de procedibilidad, la propuesta o solicitud de inicio del procedimiento sancionador por parte del Ministro de Hacienda y Función Pública al Consejo de Ministros, que le competente ordenar la iniciación del procedimiento sancionador (todos ellos hacen parte del Gobierno y por lo tanto, se encuentran en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG).

Es poco viable que el Ministro de Hacienda y Función Pública solicite al Consejo de Ministros, el inicio del procedimiento sancionador contra alguno de sus compañeros ministros y menos que el Consejo de Ministros ordene su investigación, aquí es válida la expresión “hoy por ti y mañana por mí”.

Menos factible es si se trata del Presidente de Gobierno, que está en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG, no solo porque el investigado ostenta

la calidad de jefe y superior jerárquico sino que además, es quien los ha propuesto para que sean nombrados como Ministros y de la misma manera, a propuesta del Presidente de Gobierno pueden ser cesados por el Rey.

El órgano instructor, es la Oficina de Conflictos de Intereses y su Director es nombrado por el *Consejo de Ministros*, a propuesta del *Ministro de Hacienda y Función Pública*. Esto se traduce en que quien nombra al director del órgano instructor es quien a su vez tiene la competencia para ordenar la investigación del proceso sancionador contra los miembros del Gobierno (entre ellos los Ministros).

Aunque se establece la autonomía funcional de la Oficina de Conflictos de Intereses, la realidad es que la forma como está concebida, dificulta la imparcialidad para instruir el procedimiento sancionador, debido a que la postulación y el nombramiento del Director de la Oficina de Conflictos de Intereses depende de quienes se encuentran en el ámbito de aplicación del régimen sancionador de la LTBG y además, se encuentra bajo la dependencia jerárquica del órgano sancionador.

El órgano sancionador, corresponderá al *Consejo de Ministros* cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado y al *Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas* cuando el responsable sea un alto cargo de la Administración General del Estado.

La sanción más fuerte en el procedimiento sancionador de la LTBG, es la destitución del cargo, sin embargo, tiene nula efectividad cuando se trata del Presidente de Gobierno o de los ministros, esta medida es inaplicable a la luz de lo dispuesto en la CE, como tampoco se puede aplicar al cargo electo.

Las situación expuesta, hacen inviable la efectividad del régimen sancionador de la LTBG, en primer lugar, no existe una separación real entre el órgano instructor y el sancionador, con lo cual se vulnera los requisitos elementales del ejercicio de la potestad sancionadora, que dispone que los procedimientos de naturaleza sancionadora establecerá la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos.

En segundo lugar, el procedimiento sancionador de la LTBG en sus diferentes etapas carece de objetividad y neutralidad para garantizar su imparcialidad, lo que también podría conducir a un posible conflicto de intereses según la Ley 3/2015.

En tercer lugar, el régimen sancionador de la LTBG tiene un vacío legal en el supuesto que el investigado sea Ministro de Hacienda y Función Pública, quien es el único que está facultado para hacer la propuesta de inicio del expediente sancionador, pues no se previó quien lo reemplazaría cuando el investigado fuera el propio ministro.

Como posibles soluciones se hacen las siguientes propuestas:

- Respecto a la inactividad de la Administración para ejercer la acción de repetición, se podría utilizar el nuevo régimen sancionador de la LTBG, dado que el campo de aplicación incluye a los «Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados», por «el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas», que constituye una infracción disciplinaria muy grave, que se sanciona, con la declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial que corresponda, la no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización y la destitución 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.
- Por otra parte, mediante la modificación legislativa, llenar varios vacíos legales, que a continuación se mencionan:

- Definir los conceptos de dolo, culpa o negligencia graves, para los efectos propios de la acción de repetición, pues estos tampoco fueron definidos en las nuevas Leyes Ley 39 y 40 de 2015.
- Precisar el plazo para ejercer la acción de regreso toda vez que tampoco fue determinado en las Leyes 39 y 40 de 2015. Hay tres teorías, el plazo de un año en aplicación de las reglas generales sobre la acción para exigir la responsabilidad civil contenida en el artículo 1968.2 del Código Civil. Otro sector de la doctrina, considera que como se trata de un supuesto de responsabilidad debe ser de un año tomando como referencia el plazo de prescripción en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, que es de un año (art. 67.1 Ley 39/2015) y otros estiman que debe ser el plazo de 4 años establecido en el artículo 15 de la LGP, para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública, al considerar que no se trata de un supuesto de responsabilidad sino de un caso de derecho de crédito de la Administración.

Mi propuesta. El plazo para ejercer la acción de regreso debe ser de un año en aplicación del artículo 1968.2 del Código Civil, dado que se trata de un supuesto para exigir la responsabilidad civil y además, un plazo de 4 años, si bien favorece a la Administración al contar con más tiempo para recuperar los caudales públicos, es un plazo excesivo que no contribuye a la debida diligencia de la Administración y adicionalmente, no es coherente con una buena administración tener a un funcionario en vilo durante tanto tiempo.

- Unido a lo anterior, también se debe definir el plazo para que la Administración haga efectivo el pago de la indemnización al lesionado, puesto que el pago de la indemnización es lo que habilita a la Administración para ejercer la acción de regreso, de tal manera que si la administración no lo hace en el plazo establecido, los intereses que se generen por la mora en el pago de la indemnización se imputen a la Administración y no al agente público infractor en la acción de regreso. El plazo podría ser como máximo un año, a partir de la fecha de firmeza de la sentencia.
- Teniendo en cuenta, que por lo general, las cuantías de las indemnizaciones que tienen que pagar las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios ocasionados

son muy altas se podría fijar unos parámetros que haga posible el reintegro de las indemnización por parte del agente responsable, fijando unos máximos y unos mínimos en los montos a reintegrar, que deben obedecer a la gravedad de la culpa, el cargo o la función que desempeña o desempeñaba y la afectación al bien jurídico tutelado, aunque somos conscientes de la dificultad para fijarlos.

- Como posible solución, a la doble vía para exigir la responsabilidad contable, por infracciones distintas al alcance y la malversación, consideramos que lo más adecuado sería implantar un proceso único para hacer exigible las responsabilidades contables ante la jurisdicción contable y regulado por la LOTCu y la LFTCu y no compartida como se encuentra hoy, sobre la base que la responsabilidad contable es única cualquiera que sea el hecho del que se deriva, por lo que no debería existir diferencia ni en los trámites ni en las sentencias de condena, pues, en todo caso, ambas se traducen en la fijación de una indemnización que comprende la totalidad de los daños y perjuicios causados a los caudales o efectos públicos más los intereses y costas en su caso.
- Respecto a la politización del Tribunal de Cuentas, una forma de mitigarla podría ser modificando la LOTCu para limitar el nombramiento de los consejeros a nueve años sin derecho a reelección, de tal manera que una vez cumplan este período sean removidos de sus cargos por agotamiento de su mandato y limitar la edad a 70 años, pues la longevidad de sus miembros y el tiempo que pueden permanecer en el cargo de Consejeros de Cuentas es otro inconveniente que afecta las funciones del Tribunal de Cuentas, así se permitiría la oxigenación y reemplazo generacional y lo más importante, se evitaría que se perpetúen las sospechas que ejercen la función ya sea de control o enjuiciamiento contable, de forma selectiva.
- Tramitar una ley muy similar a la del régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades contenido en el título II de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo, para aplicar a los miembros del Tribunal de Cuentas, que impida que se presenten casos como la puerta giratoria, esto es, que un servidor público salga de una corporación para ingresar a otra, o con relación a

determinados cargos públicos o privados y el denominado “yo te elijo, tú me eliges”, donde una persona nombra a otra, quien, a su vez, la designó previamente.

- Respecto al régimen sancionador de la LTBG, es imprescindible modificar la LTBG, para establecer un órgano independiente de la Administración y del Gobierno para incoar e instruir el procedimiento sancionador, podría ser el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, incluyendo esta función, toda vez que cuenta con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines.
- Otra modificación a la LTBG, es la relacionada con las sanciones a imponer. En el caso de los ministros, establecer mediante la modificación legislativa, la obligatoriedad de que al Presidente de Gobierno, solicite al Rey el cese del ministro que incurra en infracciones sancionadas como “muy graves”.
- Respecto a los cargos electos como alcaldes, una posibilidad sería mediante modificación legislativa establecer la “moción de censura obligatoria”, cuando se le sancione por infracciones calificadas en el régimen sancionador de la LTBG como “muy graves”. La Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establece (art. 197) que el alcalde puede ser destituido de su cargo mediante *moción de censura* adoptada por mayoría absoluta del número legal de concejales.
- Determinar quien reemplaza al Ministro de Hacienda y Función Pública, cuando este sea el investigado, en caso de que no se deje la competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: «Comisiones Rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1905, 2001, pp. 3635-3666
- AHUMADA RAMOS Francisco Javier de: *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas: Elementos estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía: *La garantía non bis indem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008.
- ALCALDE HERNÁNDEZ, Carlos: «Transparencia y acceso a la información económico-financiera del sector público», *Revista Española de Control Externo*, Vol. XIV, nº 42, septiembre, 2012, pp. 17-40.
- ALESSI, Renato: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosh, Barcelona, 1970.
- ALONSO CARBAJO, Félix: «Extensión y límites de la jurisdicción contable en la Jurisprudencia», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 15, nº 45, 2013, pp. 111-127.

- ÁLVAREZ TOLCHEFF, Enrique: «La falta de rendición de cuentas o la rendición con graves defectos como supuesto de responsabilidad contable». Seminarios 1994-1995. Ediciones Tribunal de Cuentas. Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ TOLCHEFF, Enrique: «La rendición de cuentas: una expresión antigua de vida renovada» *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Fiscalización*, 2º Semestre, nº 6, 2010, pp. 32-38.
- ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal: «¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El debate sobre el fundamento de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en España», *Revista de Derecho Público*, nº 114, 2008, pp. 16-20.
- AZNAR LÓPEZ, Manuel: El Tribunal de Cuentas, en *La gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las Garantías y la Vías de Actuación para su Efectividad*, PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (Dir.): Thomson Reuter, Navarra, 2013, pp. 791-890.
- BANAKAR, Reza: *Theory and Method in Socio-Legal research*, Ed. Hart, Oxford, 2005.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- BARCELONA LLOP, Javier: «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista Española de Derecho Administrativo REDA*, nº 105, 2000, pp. 37-57.
- BARRETO NIETO, Luis Hernando y RIVERA Sneider: *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*, Milla Ltda., Bogotá, 2009.
- BELADIEZ ROJO, Margarita: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BELTRAN VILLAVA, Miguel: *La acción pública en el régimen democrático*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000
- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel: *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- BENOIT, Francis Paúl: *El Derecho Administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.
- BLASCO ESTEVE, Avelino: La responsabilidad patrimonial de la Administración, en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones*

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, SANTAMARÍA, Juan Alfonso et al., Carperi, Madrid, 1993.

BLANQUER, David: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas – Ponencia especial de estudios del Consejo de Estado*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997.

BONELL COLMENERO, Ramón: «El Tribunal de Cuentas», *SABERES Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Vol. 4, 2006, pp. 1-15

BORREL MACIA, Antonio: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Bosch, Barcelona, 1958.

CALDERÓN, Gladys Ester: «Responsabilidad de los funcionarios públicos», *Revista Auditoría Pública*, nº 54, 2011, pp. 71-90.

CALVO ORTEGA, Rafael: *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario (Parte General) II. Derecho Presupuestario*, Navarra, Thomson Civitas, 2008.

CANSINO RUBIO, Miguel: «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Documentación Administrativa DA*, nº 254-255, 1999, pp. 339-385.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: *Funcionarios y Laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial)*, 2010, p. 4, <http://www.vitoria-gasteiz.org/> [Consultado el 14 de julio de 2014]

CASANA MERINO, Fernando: “Los diferentes órdenes jurisdiccionales competentes para el enjuiciamiento de los daños causados en los caudales o efectos públicos. La concurrencia de tres jurisdicciones en relación con el conocimiento de la responsabilidad contable: la penal, la del Tribunal de Cuentas, y la contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 119/ 2003.

CASANA MERINO, Fernando: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

CASTILLO BLANCO, Federico A.: «Garantías del Derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 172, julio –septiembre, 2015, pp.123-160.

COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, Madrid, 1998.

CORTELL GINER, Robert P.:«Supuestos de responsabilidad contable» *Revista Auditoría Pública*, nº 50, 2010, pp. 47 – 60.

CORTELL GINER, Robert P.: «Aspectos críticos de la responsabilidad contable», *Revista Auditoría Pública*, nº 43, 2007, pp. 51-66.

- CORTELL GINER, Robert P.: «Subvenciones y responsabilidad contable», *Revista Auditoría Pública* nº 38, 2006, pp. 79-84.
- CORTELL GINER, Robert P.: «La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: Principios generales», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 2, nº 4, 2000, pp. 105-128.
- CORTELL GINER, Robert P.: «Notas crítica sobre la pieza separada», *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, nº. 11, 1997, pp. 43-46.
- CORTELL GINER, Robert P.: Responsabilidad contable directa y subsidiaria, *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, nº 9, 1997, pp. 40-44.
- CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos: *Rafael Muñoz Ramírez Empresario y docente en Homenaje al Dr. Rafael Muñoz Ramírez*, Editorial Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, Madrid, 2010, pp. 55-71.
- CUBILLOS RODRÍGUEZ, Carlos: «Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública», *Revista española de control externo*, Vol. 4, nº 11, 2002, pp. 37-70.
- CUBILLOS RODRIGUEZ, Carlos: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, Editorial: Comares, Granada, 1999.
- DE ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación de daños)*, Civitas, Madrid, 1995.
- DELGADO MARTÍNEZ, Manuel Javier: «La responsabilidad de la Administración derivada de los delitos y faltas cometidos por sus funcionarios o la autoridad», *Mágina, Revista Universitaria, UNED: Centro Asociado de la provincia de Jaén "Andrés de Vandelvira"*, 1996, pp.66-78.
- DESCALZO, Antonio: «Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflicto de intereses» Varios Autores, en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre)*, (Coord. Emilio Guichot), Técno, Madrid, 2014, pp. 247-289.
- DIEGO BAUTISTA, Óscar: *Ética para corruptos: una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*, Desclée de Brouwer, Vizcaya, 2009.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: «Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, Antonio (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 205-234.

- DÍAZ ZURRO, Alicia: «El control externo visto desde el control interno», *Revista Española de Control Externo*, nº 12, t. 1, septiembre, 2002, pp. 89-112.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *El delito de tráfico de influencias ante la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica)*, La Ley, Madrid, 2014.
- DUGUIT, León: *Las transformaciones del Derecho Público*, Francisco Beltrán, Madrid, 1913.
- ENTRENA FABRÉ, Rafael: *El delito de malversación*, Tirant Lo Bllanch, Valencia, 1999.
- FABIÁN CAPARROS, Eduardo A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- FARIÑA BUSTOS, Luciano: «Mesa Redonda: El Tribunal de Cuentas y los OCEX», *Revista Española de Control Externo*, nº 12, t. 1, septiembre, 2002, pp. 35-44.
- FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio: *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*. Thomson Reuters, 2011. Barcelona.
- FERNÁNDEZ ESPINOSA, Ma. Guadalupe: «Las Corporaciones Locales y el Tribunal de Cuentas: Los escritos de denuncias, peticiones de fiscalización y consultas dirigidos a este órgano constitucional», *Revista de Administración Pública*, nº 147, septiembre-diciembre, 1998, pp. 369-380.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco: «La responsabilidad contable: El reintegro por alcance», *Revista de Administración Pública*, nº 192, Madrid, septiembre-diciembre, 2013, pp. 339-379.
- FERNÁNDEZ STEINKO, Armando: *Delincuencia, finanzas y globalización*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2013.
- FORSTHOFF, Ernst: *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- FORTES GONZÁLEZ, Ana I.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca, 2013
- GARCIA BARTOLOMÉ, Francisco Javier: «Buen Gobierno, responsabilidad social empresarial y código de conducta aplicados a la gestión pública», en: *La gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las Garantías y las Vías de Actuación para su Efectividad*, PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (Dirs.), Thomson Reuter, Navarra, 2013, p. 1047-1105.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, Tomo VIII, fasc. IV, octubre-diciembre, 1955, pp. 1.023-1.166.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA-FRESNEDA GEA, Francisco: «Trayectoria histórica del control del gasto público en España. Una investigación teórica instituto de estudios fiscales - Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas», *Crónica Presupuestaria*, nº 3, 2015, pp. 50-80.
- GARRIDO FALLA, Fernando: *La teoría de la indemnización en el Derecho Público, en estudios en honor del Prof. Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, IEAL, Madrid, 1952
- GARRIDO FALLA, Fernando: *Las transformaciones del régimen administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.
- GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1985.
- GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1994.
- GARRIDO FALLA, Fernando: «El concepto de servicio público en el Derecho español», *Revista Administración Pública*, nº 135, septiembre-diciembre, 1994, pp. 7-36
- GARRIDO FALLA Fernando: «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *Revista Española de Derecho Administrativo REDA*, nº 94, abril-junio, 1997, pp. 173-188.
- GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDAEZ PASTRANA, José M^a.: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Pública*, Civitas, Madrid, 2000.

- GEOFFREDY, Samuel: *Epistemology and Method in Law*, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 2003.
- GIL IBAÑEZ, José Luis: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (Jurisprudencia contencioso-administrativa)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaume y GIRALDO LÓPEZ, Oswaldo: *Metodología y Técnica de la Investigación jurídica*, Edición Librería del Profesional, Octava Edición, Bogotá, 1999.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Función pública y acciones de responsabilidad civil», *Revista Administración Pública (RAP)*, nº 39, septiembre-diciembre, 1962, p. 187-220.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús et al.: *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, [Primer Encuentro Hispano-Argentino de Derecho Administrativo], Asociación Argentina de Derecho Administrativo/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, Madrid, 2014.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1994.
- HERRERO PRIETO, Alejandro: «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*, nº 33, mayo, 2014, pp-1-23.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio: “Artículo 145”, en *La reforma del procedimiento administrativo*, coord. José Luís Piñar Mañas, Dykinson, Madrid, pp. 393 y ss., 1999.
- HUERGO LORA, Alejandro: *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid. 2007.
- IVARS RUIZ, Joaquín y MANZANA LAGUARDA, Rafael Salvador: *Comentarios, doctrina y jurisprudencia Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

- JAREÑO LEAL, Ángeles: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.
- JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier: *La Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el Derecho español*. Una visión de conjunto, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ RIUS, Pilar: «¿Es posible exigir responsabilidades a los gestores públicos en España?», *Diario la Ley*, nº 7.801, Sección doctrina, 20 de febrero, La Ley, 2002.
- KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1958.
- JORDANO FRAGA, Jesús: «La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas», *Revista Administración Pública*, nº 149, mayo-agosto, 1999, p. 321-336.
- LAFUENTE BENACHES, Mercedes: *El Régimen disciplinario de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- LEGUINA VILLA, Jesús: «Función Arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración», *Revista Administración Pública (RAP)*, nº 60, septiembre -diciembre, 1969, pp. 133-174.
- LEGUINA VILLA, Jesús: «La responsabilidad del Estado y de las Entidades Públicas Regionales o Locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», *Revista Administración Pública (RAP)*, nº 92, mayo-agosto, 1980, pp. 7-44.
- LEGUINA VILLA, Jesús: *La responsabilidad civil de la Administración: su formulación en el Derecho italiano y un análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, Tecnos, Madrid, 1983.
- LEGUINA VILLA, Jesús: «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en: *La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dirs.), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 394-415.
- LEGUINAVILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dirs.): *La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.
- LOPÉZ MENUDO, Francisco (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- LÓPEZ HERNANDEZ, Antonio M.: «Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de auditoría. Aplicación a la actividad fiscalizadora de los Órganos

Institucionales de Control Externo Autonómicos» *Revista Auditoría Pública*, nº 61, 2013, pp. 9-24.

LOSADA GONZALEZ, Herminio: «La responsabilidad contable», pp. 1109-1156, en *La gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades (Los Derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad)*, PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2013.

LOZANO VITORIA, Ximena: *El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2008.

MARÍN CASTÁN, Francisco y O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Supuestos de responsabilidad civil en los artículos 1903 a 1910 del Código Civil*, La Ley, Madrid, 2012.

MARTÍN GÓMEZ, Guadalupe y PÉREZ MICHAUS, María: «Incidencia en el Tribunal de Cuentas de la reforma operada por la ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y por la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Española de Control Externo*, Vol. XVIII, n.º 54, septiembre, 2016, pp. 113-156.

MARTÍN MARTÍN, Paulino, ÁLVAREZ BONALDP, Miguel, C., GUIJARRO MEDINA, Javier y PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio: «La jurisdicción contable y penal: su compatibilidad», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 7, n.º 21, 2005, pp. 209-234.

MARTÍN QUERALT, Juan, LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LOPÉZ, José Manuel y CASADO OLLERO, Gabriel: *Curso de Derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 2015.

MARTÍN REBOLLO, Luis: «Medio ambiente y responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 11, 1976, p. 639-652.

MARTÍN REBOLLO, Luis: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977.

MARTÍN REBOLLO, Luis: «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en: *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Coord.), Vol. 3, Civitas, Madrid, 1991, p. 2.781-2.826.

MARTÍN REBOLLO, Luis: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico (lección de apertura del curso académico 1993-94 en la Universidad de Cantabria)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

- MARTÍN REBOLLO, Luis: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, pp. 273-316.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: «La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)», *Derecho y Salud*, Vol. 9, nº 1, enero-junio, 2001, pp. 9-21.
- MARTIN-RETORTILLO BLAQUER, Lorenzo: «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», *Revista Vasca de Administración Pública RVAP*, nº 19, septiembre-diciembre, 1987, pp. 97-140
- MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel: «El control parlamentario sobre el presupuesto público», *Presupuesto y Gasto Público*, 48, 2007, pp. 129-143.
- MARTINEZ NOVELLA, Susana: «La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y funcionarios», en: *Informe de las asesorías jurídicas de los entes locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre, 2002, pp. 75-96.
- MEDINA GUIJARRO, Javier: «La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas en relación con el principio de transparencia en la elaboración de los presupuestos de las entidades del Sector público». *Revista Española de Control Externo*, Vol. 9, nº 25, 2007, pp. 15-46.
- MEDINA GUIJARRO, Javier: «Mesa Redonda: “El futuro del enjuiciamiento contable”», *Revista Española de Control Externo*, Vol. IV, t. 1, nº 12, septiembre 2002, número extraordinario, pp. 77-87.
- MEDINA GUIJARRO, Javier: «Presente y futuro del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1, nº 1, 1999, pp.121-142.
- MEDINA GUIJARRO, Javier y PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio: «La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su ‘propia jurisdicción’ en la historia y en la Constitución española», *Revista Española de Control Externo*, Vol. III, nº 21, 2005, pp. 33-68.
- MELADO LIROLA, Ana Isabel: «Los instrumentos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 19, 2007, pp. 161-195.
- MELIÁN HERNÁNDEZ, José A.: «Relaciones y diferencias entre fiscalización y auditoría. Razones para una reforma de las normas de auditoría del sector público» *Auditoría Pública*, nº 39, julio 2006, pp. 33-40.
- MENÉNDEZ MORENO, Alejandro: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Lex Nova, Navarra, 2015.

- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: «Función y esencia del Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 3, nº 8, 2001, pp. 163-217.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: «La Función Jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», *Revista de Administración Pública, RAP*, nº 100-102, enero-diciembre, 1983, pp. 1307-1373.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: «Función y esencia del Tribunal de Cuentas» *Revista de Administración Pública*, nº 46, enero/abril 1965, pp. 13-63.
- MIAJA FOL, Miguel: «Responsabilidad y control de la actividad financiera de la Administración», en: *La gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las Garantías y la Vías de Actuación para su Efectividad*, PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (Dir.), Thomson Reuter, Navarra, 2013.
- MIR PUIGPELAT, Oriol: «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1999, pp. 49-90.
- MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.
- MIRÓN MURCIANO, Pedro, HERNÁNDEZ BORREGUERO, José Julián y ESCOBAR PÉREZ, Bernabé: «La evolución normativa de los Tribunales de Cuentas Españoles durante el Siglo XIX» *Revista Auditoría Pública*, noviembre nº 55, 2011, pp. 29 – 44.
- MORENO MOLINA, José Antonio: «Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas», en: *Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico- Procedimientos especiales*, MORENO MOLINA, José Antonio (Dir.), T. II, Madrid, La Ley, 2006, pp. 329-525.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Dir.): *Urbanismo y corrupción política: (una visión penal, civil y administrativa)*, Dykinson, Madrid, 2013.
- NAVAS VÁSQUEZ, Rafael: «Mesa Redonda: “El Tribunal de Cuentas y los OCEX”», *Revista de Control Externo*, nº 12, t. 1, 2002, pp. 55-64.
- NIETO DE ALBA, Ubaldo: «Control del sector público: perspectivas de futuro», *Revista Española de Control Externo*, Vol. I, nº 1, enero 1999, pp. 11-33.
- NIETO GARCÍA, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª. ed., Tecnos, Madrid. 2005.

- NIETO GARCÍA, Alejandro: La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado, *Revista Española de Derecho Administrativo, REDA*, nº 4, 1975, p. 90-95.
- NÚÑEZ PÉREZ, Manuel: «Relaciones del control externo con el Poder legislativo», *Revista Española de Control Externo*», Vol. 8, nº 23, 2006, pp. 121-140.
- ORDOKI URDACI, Luis María: «Foro de Debate. El control de las cuentas públicas», *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 14, (Segunda Época), 2014, pp. 3-8.
- OSORIO CRESPO, Enrique: «La disciplina presupuestaria en las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales», en: *Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad fiscal*, BAREA TEJEIRO, José et al., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 2013, pp. 111-127.
- OUBIÑA BARBOLLA, Sabela: «El control ¿jurisdiccional? de la gestión de fondos públicos desde los ojos de los ciudadanos: insuficiencia, barrera de acceso, etc.», en: *La gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las Garantías y la Vías de Actuación para su Efectividad*, PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCES SANAGUSTÍN, Mario (Dirs.), Thomson Reuter, Navarra, 2013, pp. 431-472
- PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio: «El diseño de las actuaciones previas en el ámbito de la armonización de la jurisdicción contable», *Revista Española de Control Externo*, Vol. II, nº 6, 2000, pp. 153-183.
- PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio y MEDINA GUIJARRO, Javier: «La jurisdicción contable: contenido y procedimientos», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, nº 74, 1992, pp. 197-246.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El control de las administraciones públicas desde una perspectiva general. Insuficiencias en el sistema actual», en: *La gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las Garantías y la Vías de Actuación para su Efectividad*, PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCES SANAGUSTÍN, Mario (Dirs.), Thomson Reuter, Navarra, 2013, pp. 47-120.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El buen Gobierno: Informaciones en materia de gestión económico-presupuestaria y régimen sancionador» en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre)*, GUICHOT Emilio (Coord.), Tecnos, Madrid, 2014.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando Ángel: Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, *Revista de Documentación Administrativa (REDA)*, nº 237-238, enero-junio, 1994. pp. 239-253.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando Ángel: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas)*, Civitas, Madrid, 1995.

- PASCUAL ESTEVILL, Luis: *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Vol. 2, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1990.
- PASCUAL GARCÍA, José: *Régimen jurídico del gasto público: Presupuestación, ejecución y control*, 4ª edición, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.
- PASCUAL GARCIA, José: «Actividad fiscalizador del Tribunal de Cuentas: comentario sobre la Declaración definitiva de la Cuenta General del Estado del año 1996», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1, nº 1, 1999, pp. 183-208.
- PARADA VAZQUEZ, Ramón: *Derecho Administrativo. I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 1981.
- PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco: «Responsabilidad por actos sanitarios y progreso de la “ciencia” o de la “técnica”», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 104, octubre-diciembre, 1999, pp. 657-673.
- PÉREZ PÉREZ, José Alberto: «La consolidación de cuentas en el sector público», *Presupuesto y Gasto Público*, nº 58, Secretaría General de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, pp. 133-146.
- PÉREZ ROYO, Fernando: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Navarra, Thomson Civitas, 2014.
- PÉREZ TÓRTOLA, Ana María: «Transparencia y Tribunal de Cuentas. La responsabilidad contable y la futura normativa de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *Revista Española de Control Externo*, nº 42, 2013, pp. 145-176.
- POZUELO MEÑO, Isabel: «Las relaciones del poder legislativo y las instituciones de control externo», *Auditoria Pública* nº 49, 2009, pp.21-27.
- PUIGPELAT, Oriol Mir: «Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración», en: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Crisis y propuestas para el siglo XXI*, ORTIZ BLASCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coords), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 33-58.
- RAMOS DE MOLINS, Alfonso: *Transparencia y buen gobierno, Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 343-499.
- REBOLLO GONZÁLEZ, Juan Carlos: «Responsabilidad civil en la práctica deportiva de riesgo: análisis de la respuesta legal y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº. 13, enero-junio, 2001, pp. 19-39.

- REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCON SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, ANTONIO Ma.: *Derecho Administrativo sancionador*, Lex nova, Valladolid, 2009.
- REBOLLO PUIG, Manuel: «Sobre la Reforma del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de la Administración», en: *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, SÁINZ MORENO, Fernando (Dir.), Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2004.
- REGLERO, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2014.
- RIVERA FERNANDEZ, Manuel: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario de la Administración Pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Práctica de Derecho, Valencia, 1977.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: «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 y buen gobierno*, RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, Comares, Granada, 2014, pp. 1-92.
- RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime: *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas (adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril)*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- RODRIGUEZ CASTAÑO, Antonio-Ramón: «Los elementos integrantes del procedimiento del control del gasto público», *Revista Española de Control Externo*, vol. 7, nº 19, 2005, pp. 131-152.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana Isabel: *Delitos contra la administración pública: delincuencia administrativa: cuando el representante de la administración participa en el delito*, Bosch, Barcelona, 2008.
- ROSIÑOL I VIDAL, Carles: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, Civita, Madrid, 1994.
- ROYO VILLANOVA, Segismundo: «La responsabilidad de la Administración», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (RCJS)*, Vol. 16, nº 62, 1933, pp. 71-117.
- ROYO VILLANOVA, Segismundo: «La responsabilidad de la Administración Pública», *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 19, enero-abril, 1956, pp. 11-58.
- RUDI ÚBEDA, Luisa Fernanda: «Las Cortes Generales y su relación con el Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 4, nº12, 2, 2002, pp. 143-171.
- RUEDA LÓPEZ, Nuria: «La eficiencia y su importancia en el sector público», *EXtoikos*, nº 1, 2011, pp. 38-47.

- SÁEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada y LÓPEZ Y GARCÍA DE SERRANA, Javier (Coord.): *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2013.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria», *Revista Galega de Economía*, Vol. 16, nº extraordinaria, 2007, pp. 1-18.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La jurisdicción contable. Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 7, nº 21, 2005, pp. 87-122.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ MORON, Miguel: «Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 7, enero-marzo, 1975, pp. 646-653.
- SÁNCHEZ MORON, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2001.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 40-41, 1984, pp. 43-86.
- SAVIGNY, Federico: *La Escuela Histórica del Derecho*, Madrid, 1908.
- SESMA SÁNCHEZ, Begoña: *Las subvenciones y su control en el ordenamiento español*, Sindicatura de Comptes, Valencia, 1996.
- SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles: *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas – Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002.
- SOLANO DE JINETE, Nancy y SEPÚLVEDA LÓPEZ, Myriam: *Metodología de la investigación social y jurídica*, Grupo Editorial Ibáñez, Ltda, Bogotá, 2008.
- SOTOMAYOR ALARCÓN, Lucía: *La garantía non bis in idem y el procedimiento sancionador*, Iustel, Madrid, 2008.
- SUÁREZ SUÁREZ, Andrés Santiago: *El control o fiscalización del Sector Público. Auditorias de eficiencia*, Ed. Tribunal de Cuentas, Madrid, 1986.
- TENA YBARRA; Juan Ignacio: «Desarrollo y perspectiva del principio de responsabilidad civil de la Administración», *Revista Administración Pública RAP*, nº. 6, septiembre-diciembre, 1951, pp. 177-192.

- ÚBEDA TARAJANO, Francisco Eugenio: *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, Iustel, Madrid, 2006.
- VACAS GARCÍA-ALOS, Luis: *La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2009.
- VALLÉS VIVES, Francesc: *Control externo del gasto público y Estado constitucional* (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, septiembre 2001.
- VICENTE MARTÍN, Ciriaco de, VEGA BLÁZQUEZ, Pedro y SANCHEZ DEL AGUILA, Miguel Ángel: «Las competencias del Tribunal de Cuentas en relación con el proceso de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y el Principio de Transparencia», *Revista Española de Control Externo*, Vol. 9, nº 25, 2007, pp. 47-80.
- VILLANUEVA RODRÍGUEZ, Ulpiano L. «Notas sobre responsabilidad contable», *Auditoría Pública*, nº 55, 2011, pp. 11 – 27.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Volumen I, Reus, Madrid, 1993.

WEBGRAFIA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2005): El Aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: Procedimiento y jurisdicción. Ponencia presentada en el marco del XIII Congreso Derecho y Salud. *DS Vol. 13, n° 1, enero –junio*, en línea: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1180887>, [Consultado 9 de septiembre de 2015].
- ARAGÓN REYES, Manuel: El control parlamentario como control político, pp. 3-35, en línea: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/641/4.pdf> [Consultado 8 de mayo de 2016].
- BARREIRO, Alberto Jorge: «El Tribunal de Cuentas y la jurisdicción penal», *Jueces para la democracia*, n° 16-17, pp. 121-131, en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2551849.pdf>, [Consultado 1 de febrero 2017].

- CABEZAS DE HERRERA, Miguel Ángel: Foro de debate: El control de las cuentas públicas. *Revista de Estudios Jurídicos* n° 14 (Segunda Época) ISSN 2340-5066, Universidad de Jaén (España) Versión electrónica: rej.ujaen.es, 2014, pp. 1-20, en línea:
<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/2154/1898>
 [Consultado 15 de mayo 2016].
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar: «Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. en particular, el caso de la oficina antifraude de Cataluña» *Revista Catalana de dret públic*, n° 53, 2016, pp. 14-30, en línea:
<http://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/viewFile/316152/406267>
 [Consultado 13 de enero de 2017].
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo: «El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo», pp. 99-139, en línea:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111224.pdf> [Consultado 11 de diciembre de 2016].
- CORCUERA TORRES, Amable: «El control de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado», *El control de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado*, Universitat Oberta de Catalunya, 2013, pp. 1-36, en línea:
[https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Administracio_i_direccio_dempreses/Actividad_financiera_y_gastos_publicos/Actividad_financiera_y_gastos_publicos_\(Modulo_6\)](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Administracio_i_direccio_dempreses/Actividad_financiera_y_gastos_publicos/Actividad_financiera_y_gastos_publicos_(Modulo_6)) [Consultado junio 14 de 2016].
- CORTELL GINER, Robert: «Compatibilidad entre las jurisdicciones penal y contable» *Revista Auditoría Pública* n° 43, 2007, pp. 51-66, en línea:
http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/200711_43_51.pdf [consultado 13 de octubre 2015].
- CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos: «La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público», *Revista Española de Control Externo*, Vol. X, N.º 30, septiembre, 2008, pp. 35-55, en línea:
<http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/PdfAbsys/Revista-30.pdf> [consultado 6 de octubre de 2015].
- CHAVES, José Ramón: «El Supremo extiende la malversación al mundo de las sociedades públicas», 2015, en línea: <http://contencioso.es/2014/10/24/el-supremo-extiende-la-malversacion-al-mundo-de-las-sociedades-publicas/>
 [Consultado 12 de agosto de 2015].
- CHAVES GARCÍA, José Ramón: «La urgente reconstrucción del enjuiciamiento contable del reintegro por alcance», *El Consultor de los Ayuntamientos* (Wolters Kluwer), n° 6, quincena del 30 marzo al 14 abril 2017, en línea:
http://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTI2MLU7Wy1KLMtEqX_OSQyoJU27TEEnOJUteSc1MQil8SSVOfEnNS8IMQi25Ci0IS1xKTi_JzSktTQokywAADpiDOATAAAAAA==WKE#sumario-doctrina, [Consultado 4 de marzo de 2017].

- CHECA GONZÁLEZ, Clemente: «El Consejo (Audiencia) de Cuentas previsto en el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, vol. XXVI, 2008, pp. 13-31, en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2792703.pdf> [Consultado 28 de mayo de 2016].
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *InDret*, pp. 1-18, 2008, en línea: www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/124226/172198 [Consultado 27 de agosto de 2015].
- FERNÁNDEZ DE AGUIRRE, Juan Carlos: «Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial contra las Administraciones Públicas en materia sanitaria – SIDA VHC», en *VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, octubre, 1999, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario, en línea: http://www.aeds.org/congreso6_12.php#IV [Consultado 5 de octubre de 2014].
- FERNÁNDEZ LLERA, Roberto: «Nuevas demandas a los Órganos de Control Externo en la función de supervisión» *Auditoría Pública*, nº 53, abril, 2011, pp. 21-32, en línea: <http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/Nuevas%20demandas%20a%20los%20OCEX.pdf> [Consultado mayo 12 de 2016].
- FIDALGO PÉREZ, Domingo. «Presente y futuro de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas sobre las Corporaciones Locales», *Revista Española de Control Externo*, vol. 1, nº 1, enero, 1999, p. 105. en línea: <http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/PdfAbsys/Revista-1.pdf> [Consultado 3 de junio de 2015].
- FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*. Instituto Nacional Administración Pública, 2014, en línea: <https://books.google.com.co/books?id=GTWNBQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>, [consultado 22 octubre de 2016].
- GARCÍA-FRESNEDA GEA, Francisco: «Trayectoria histórica del control del gasto público en España. Una investigación teórica instituto de estudios fiscales - Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas», *Crónica Presupuestaria*, 3/2015, pp. 50-80, en línea: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cronica_presupuestaria/03_02GARCIA.pdf [Consultado 9 de mayo de 2016].
- GARCÍA GÁRATE, Iván: Apuntes sobre impunidad y Poder Judicial, *Revista de derechos humanos – dfensor*, nº 11, noviembre, 2011, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27471.pdf> [Consultado 15 de septiembre de 2015].

- GARCÍA CRESPO, Milagros: «El control externo del sector público autonómico» en: Ponencia II, Área I, XVIII Reunión de estudios regionales, CASTILLA VALERO, Juan Sebastián (Coord), Universidad Castilla la Mancha, 1993, pp. 21-24, en línea: https://books.google.com.co/books?id=-3O5XXHVPnwC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false [Consultado 28 de abril 2016].
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2001), Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública, Auto de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de Valladolid de 22 de noviembre de 2000, *InDret 3/2001*, en línea: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/80683/105019> [Consultado 25 de agosto de 2015].
- GONZÁLEZ SOLER, Olayo E.: «La responsabilidad contable: su exigencia jurisdiccional», pp. 1-13, en línea: <http://tribunaldecuentas.gob.pa/wp-content/uploads/2014/11/03-RESPONSABILIDAD-CONTABLE-Olayo-E-Gonz%C3%A1lez-Soler.pdf> [consultado 12 de octubre de 2016].
- GORDILLO, Agustín (2012) Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo V, Libro 1, Capítulo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, en línea: <http://www.gordillo.com/tomo5.html> [Consultado 08 de agosto de 2015].
- GUERRERO ZAPLANA, José (2006), Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria- Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios, Valladolid, Lex Nova, en línea: https://books.google.com.co/books/about/Las_reclamaciones_por_la_defectuosa_asis.html?id=6h-MiHUGoJkC&redir_esc=y [Consultado 22 de julio de 2015].
- HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Juan Manuel (2004), La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, *InDret 4, Revista para el Análisis de Derecho*, Barcelona, pp. 1-24, en línea: http://www.indret.com/pdf/257_es.pdf [Consultado 21 de julio de 2015].
- HUERGO LORA, Alejandro (2003), El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, *InDret 3*, pp. 1-17, en línea: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/82564/107410> [Consultado el 9 de septiembre de 2015].
- LEGUINA VILLA, Jesús y DESDENTADO DAROCA, Eva, La protección jurídica del administrado. Las acciones en materia de responsabilidad de la Administración Pública, pp. 1-24, en línea:
 - <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-jesus-leguina-villa6045/downloadFile/file/rpa1%20formato%2052.pdf?nocache=1210675906>. 12 [Consultado 6 de mayo de 2015].
- LÓPEZ HERNANDEZ, Antonio M.: «Instituciones de control externo y rendición de cuentas en las administraciones públicas», en Foro de Debate. El Control de las

Cuentas Públicas. *Revista de Estudios Jurídicos* nº 14, Universidad de Jaén (España), 2014, pp. 8-11, en línea:
<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/2154/1898>,
[Consultado 3 de junio de 2016].

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio Manuel y ORTIZ RODRÍGUEZ, David: «El control de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas», en *La ciencia de la contabilidad. Doctor Mario Pifarré Riera*, Ed. Universidad de Barcelona, 2005, pp. 1-20, en línea:
<http://www.ugr.es/~dortiz/sicap/webs/documentos/Tema%209.pdf> [Consultado 13 de mayo de 2016].

LÓPEZ MARTINEZ, Julián: «106 Preguntas y Respuestas sobre los aspectos más destacados de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común», *Editorial jurídica Sepin*, octubre, 2015, pp. 1-39, en línea:
www.icali.es/PORTAL_ICALI/archivos/ficheros/1444322448127.pdf
[Consultado 18 de febrero de 2017].

LOZANO MIRALLES, Jorge: «Control, auditoría y fiscalización», *Auditoría Pública*, nº 3, octubre de 1995, pp. 80-81, en línea:
http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/199510_03_80.pdf [Consultado 12 de mayo de 2016].

MARTÍN MORENO, Fernando y RANZ Eduardo: El control externo público en España, *Revista Auditoria y Seguridad*, nº 16, noviembre II, (archivo 16-Época I), 2007, pp. 50-53, en línea:
<http://www.revistadintel.es/Revista1/DocsNum16/Admon/MartinRanz.pdf>
[Consultado 5 de octubre de 2015].

MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel: «El control parlamentario sobre el presupuesto público», *Presupuesto y Gasto Público*, 48, 2007, pp. 129-143, en línea:
http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/48_Control.pdf, [Consultado 13 de abril de 2016].

MARTÍN NÁJERA, Santiago Adolfo y RODRÍGUEZ PÉREZ, Rosario P.: «Desafíos en la fiscalización de la contratación pública. Efectos de la falta de transposición de las directivas de contratos», *Auditoría Pública*, nº 67, junio, 2016, pp. 23-30.

PALOMAR OLMEDA, Alberto: La articulación general de la responsabilidad derivada de la gestión de fondos públicos, en “Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública” Mesa redonda, Madrid, 18 de febrero de 2014, en línea:
<http://www.pap.minhap.gob.es/sitios/140aniversario/Documents/MesaRedondaAlbertoPalomarOlmeda.pdf> [Consultado octubre 10 de 2015],

PÉREZ TÓRTOLA, Ana: Rendición de cuentas y responsabilidad contable, V Jornadas Eurosai –Olacefs, Lisboa, mayo 2007, en línea:
<http://www.tcontas.pt/eventos/EurosaiOlacefs/Docs/1ST/Espanha/WS1ES-span1.pdf>, [Consultado 5 de octubre de 2015].

PLEITE GUADAMILLAS, Francisco: La responsabilidad de los funcionarios en la contratación administrativa local, en particular, técnicos, secretarios e interventores. *Revista electrónica Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional CEMCI*, nº 1: Oct.- Dic., 2008, pp.1-15, en línea: <http://www.cemci.org/revista/numero-1/tribuna/articulo3.pdf>, [Consultado 22 de agosto de 2015].

PUIGPELAT, Oriol Mir: Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración, en ORTIZ BLASCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Madrid, Fundación democracia y Gobierno Local, 2009, pp. 33-60, en línea: http://www.ub.edu/dadmin/OriolMir/Publicacions/Mir_Propuestas_reforma_responsabilidad.pdf [Consultado 31 de agosto de 2014].

o

RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción: «Responsabilidades de empleados públicos y altos cargos de la Administración», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII, 131-158, 2015, p. 133, en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5009640.pdf> ,[Consultado 1 febrero de 2017].

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «El control parlamentario del Gobierno en España», *Revista Jurídica de Navarra*, 2006, pp. 113-124, en línea: <http://bddoc.csic.es:8080/detalles.html?id=637076&bd=JURIDOC&tabla=docu>, [Consultado 5 de mayo de 2016].

REBOLLO PUIG, Manuel (2004), Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, en SÁINZ MORENO, Fernando (Dir.), Estudios para la reforma de la Administración Pública, *Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP)*, pp. 215-239, en línea: <https://books.google.com.co/books?id=0LJIAXGTI0YC&pg=PA15&lpg=PA15&dq=REBOLLO+PUIG,+Manuel> [Consultado 6 de junio de 2015].

RIVERO, Gonzalo, BARBERA Pablo y FERNÁNDEZ –VAZQUEZ, Pablo: ¿Por qué no castigamos la corrupción? El Diario.es, 12 de febrero de 2013, en línea: http://www.eldiario.es/agendapublica/blog/castigamos-corrupcion_6_100499961.html [Consultado 17 de mayo de 2016].

SALVADOR CODERCH, Pablo y otros:, Respondeat Superior I, *InDret 02/2002*, abril, pp. 1-19, en línea: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/120696> [Consultado 25 de julio de 2015].

TOMÉ MUGURUZA, Baudilio: «El Control del gasto público en España y en la Unión Europea» *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* / 32-2012, pp. 1-16, en línea: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3478/documento/tribuna.pdf?id=4262> [Consultado 30 de abril de 2016]

- VACAS GARCÍA –ALÓS: *Luis Francisco: La Judicialización del Tribunal de Cuentas y su dimensión constitucional*, INAP, 2009, pp. 28-29, en línea: https://books.google.com.co/books?id=PQ2F8SKsFLEC&hl=es&source=gbs_navlinks_s, [Consultado 21 de julio de 2016].
- VALLE TORRES, José Luís: «La responsabilidad contable», *Revista digital CEMI*, n° 21, octubre a noviembre, 2013, pp.1-21, en línea: <http://cemci.org/revista/numero-21/pdf/tribuna-2-la-responsabilidad-contable.pdf> [Consultado 18 de octubre de 2015].
- VALLINA VELARDE, Juan Luis de la: «Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA*, n° 274-275, Instituto Nacional de Administración Pública, 1997, pp. 331-360, en línea: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=8958&path%5B%5D=9007> [Consultado 8 agosto 2015].
- VICENTE QUERALT, Rafael y MINGUILLÓN ROY, Antonio: «*Las instituciones de control externo y la lucha contra el fraude y la corrupción*», en Foro de debate. El Control de las Cuentas Públicas. *Revista de Estudios Jurídicos* n° 14, Universidad de Jaén (España), 2014, pp, 11-15, en línea: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/2154/1898>, [Consultado 3 de junio de 2016].
- VIDA FERNANDEZ, José: «El procedimiento administrativo (I): Concepto, régimen jurídico y elementos», pp. 1-31, en línea: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-actividad-aapp/materiales-de-clase/OCW-OAAP-Leccion-6.pdf> [Consultado 19 de febrero de 2017].