

MESA REDONDA

“Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública”



La articulación general de la responsabilidad derivada de la gestión de fondos públicos.

Alberto Palomar Olmeda

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

Madrid, 18 de febrero de 2014

Sumario.- 1.- La difícil delimitación de la responsabilidad en el ámbito de la gestión de los fondos públicos. 2.- La responsabilidad prevista en la Ley de Transparencia y buen gobierno: el buen gobierno económico. 3.- El buen gobierno económico y la responsabilidad por la Administración de fondos públicos prevista en la Ley General Presupuestaria. 3.1.- Contorno de la responsabilidad definida en el artículo 176 de la LGP.3.2.- Las causas que fundamentan la responsabilidad. 3.3.- Procedimiento para la declaración de la responsabilidad y la obligación de indemnización de las autoridades y funcionarios. 4.- La responsabilidad en el ámbito del buen gobierno económico. 5.- La responsabilidad contable. 5.1. Las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables. 5.2.- Juicio contable. 5.3.- Los problemas de compatibilidad por razón de los diferentes mecanismos de responsabilidad.

La difícil delimitación de la responsabilidad en el ámbito de la gestión de los fondos públicos.

La importancia que para la sociedad actual tiene el control y la administración de los fondos públicos no parece que exija una amplia teorización -máxime en momentos como los actuales - ya que realmente una mínima proyección de los principios generales, que inspiran el funcionamiento de la Administración ex artículo 103.1 de la CE, como de los más específicos referidos al gasto público que se proyectan desde el propio artículo 31 de la CE en lo que se refiere al gasto público justifican, en sí mismos, la indicación de que se trata de una relevancia que entronca directamente con el papel y la posición instrumental de las Administraciones Públicas.

Se trata de una exigencia obvia en cualquier administrador de fondos ajenos y, especialmente, si como ocurre en el ámbito público, los fondos que se administran proceden de la solidaridad general y del esfuerzo colectivo que es lo que constituye, finalmente, los ingresos públicos.

Hasta aquí no existe problema. La cuestión que ofrece alguna mayor dificultad es la de situar el ámbito del reproche o la prevención sobre el uso de los fondos públicos. Esta referencia ofrece, a su vez, diferentes posibilidades que van desde el propio instrumento jurídico para el reproche que podemos situarlo en el ámbito penal, en el administrativo, en el disciplinario, en el civil o en el más general de la integridad patrimonial (en el que se ubicarían las acciones de regreso para conseguir la indemnidad patrimonial) o en el establecimiento de un reproche propio y específico para la gestión de fondos públicos que es lo más próximo a lo que denominamos responsabilidad contable como a la identificación de las personas responsables.

Desde otra perspectiva y como consecuencia de lo anterior podemos situar el reproche en los diferentes estratos de la gestión pública que incluya a quienes dirigen la gestión, a quienes realizan los actos materiales de administración y disposición de bienes o, en general, al conjunto de los empleados públicos cualquiera que sea el ámbito de su actuación y su grado de responsabilidad.

Ambos aspectos exigen, finalmente, una compaginación posterior que coordine el tipo de reproche con la posición del empleado público en la propia organización.

El resultado es ciertamente complejo y a lo largo del presente trabajo se intentará demostrar que no especialmente claro en su configuración y en la delimitación de los supuestos de responsabilidad y de los tipos de la misma. La visión general es la de que se trata de una preocupación recurrente que ha tratado de ser analizada y abordada desde diferentes lugares normativos produciendo en una cierta sensación de fragmentación y complejidad en la visión final del modelo y que, en estos momentos con normas tan recientes y poco aplicadas, no puede indicarse sí finalmente acabará por afectar a la propia efectividad del sistema.

En este sentido podemos indicar que en este ámbito de las responsabilidades por la gestión de los fondos públicos conviven las responsabilidades penales, las específicas – las contables, las de resarcimiento general (previstas en la Ley General Presupuestaria), con las derivadas de lo que ahora hemos venido a denominar “buen gobierno económico” junto con las estrictamente disciplinaria o, incluso, las que en un futuro inmediato puedan provenir de la definición final del estatuto del directivo público en el marco de las normas sobre integridad que, en este momento, elabora el Gobierno.

Esto nos sitúa en un marco de responsabilidades de todo tipo en el que se entremezclan las penales, las administrativas, las ligadas a la responsabilidad por la gestión pública, las disciplinarias y las de compromiso con la gestión pública. Todas ellas responden al objetivo central de preservar la utilización de los fondos públicos y de controlar – o fijar según el momento al que nos refiramos- la gestión pública de los fondos.

Intentamos, seguidamente, el análisis de las diferentes facetas de este conglomerado organizativo advirtiendo, eso sí, que las reglas de delimitación entre los diferentes supuestos no siempre aparecen claramente establecidas.

La responsabilidad prevista en la Ley de Transparencia y buen gobierno: el buen gobierno económico

La aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (LTBG) supone el establecimiento de un régimen de obligaciones de las personas que ocupan o desarrollan la posición más elevada de las Administraciones Públicas, cuyo régimen jurídico no es homogéneo¹⁷.

En este sentido, es cierto que la inexistencia de un desarrollo de la función directiva a la que se refiere el artículo 13 EBEP, por un lado; el establecimiento de un ámbito propio de aplicación para los altos cargos, por otro; y, finalmente, la falta de desarrollo del estatuto funcional y personal de los miembros del Gobierno hace que la introducción de este conjunto de medidas con un criterio aplicativo propio no pueda considerarse una labor sencilla, desde luego, por la falta de sistematicidad que supone en el ámbito general de la ordenación del estatuto de los miembros de los Gobiernos, de los directivos públicos y de los altos cargos.

De nuevo nos encontramos con una definición de obligaciones que utiliza conceptos y categorías de personal (en general) sin una gran precisión y de forma no siempre delimitada, lo que conduce a que realmente se esté construyendo una franja de legislación –la relativa a las personas que están vinculadas de forma diferente a los empleados públicos– y que ocupan la posición de dirección superior de la respectiva Administración (con inclusión o no en las funciones estrictamente gubernamentales) que se caracteriza por la incidencia en el estatuto de los mismos con una legislación y un conjunto obligaciones de carácter puntual y sin una visión general del conjunto de derechos y obligaciones que los mismos deben tener¹⁸.

En este punto la LTBG se limita a indicar en su artículo 1 que: “Esta Ley 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”¹⁹. De este modo, el objetivo del buen gobierno en el ámbito económico se conforma como parte de las que denomina “obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos”.

¹⁷ VILLORIA MENDIETA, M., “El Buen Gobierno y la lucha contra la corrupción en las Instituciones Públicas”, en PALOMAR OLMEDA, A y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dirs.), *La Gestión de los Fondos Públicos. Control y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 123 y ss.

¹⁸ Con carácter general, véase *La modernización del Estado: el camino a seguir*, Instituto Nacional de Administración Pública-OCDE, Madrid, 2006.

¹⁹ VILLORIA MENDIETA, M., “¿Más libertad o más felicidad? El buen gobierno del siglo XXI”, *Revista del Clad Reforma y democracia*, núm. 51. Asimismo y con carácter general, JIMÉNEZ ASENSIO, R., LIZCANO ÁLVAREZ, J. y VILLORIA MENDIETA, M., *La transparencia en los Gobiernos locales: una apuesta de futuro*, Publicación digital 2/2012. Fundación Democracia y Gobierno Local.

Esta es la referencia contextual única en relación con las obligaciones en el ámbito de la gestión económica de las Administraciones Públicas. Por tanto, la lectura de la referencia anterior no nos aclara qué debe entenderse por buen gobierno en general ni por buen gobierno en el plano específico de las obligaciones de gestión económica. De hecho la LTBG se limita a indicar que se trata de un conjunto de conductas que deben cumplir los responsables públicos y las consecuencias derivadas del incumplimiento que tienen un carácter específico y, ciertamente, parcial o fragmentario porque se refiere únicamente a algunas conductas con repercusión económica de las que en su actividad pueden llegar a realizar.

Realmente recoge un conjunto de obligaciones que pasan a conformar el estatuto del personal que ocupa la extraña franja de dirección que se sitúa por encima de la función pública convencional, a medio camino entre la función directiva (artículo 13 del EBEP) y del gobierno (artículo 98 CE) 20. Es, ciertamente de una franja compleja de definir y en la que, sucesivamente, se han ido introduciendo normas –por referencias a categorías– que implican una cierta fragmentación de la misma y el señalamiento de determinadas obligaciones, también, de regulación parcial. Este carácter fragmentario encuentra, ciertamente, muchas dificultades en la formulación del estatuto general de quienes se sitúan en dicha franja 21.

Se trata, así, de una opción legislativa que se complica porque algunas de las medidas sustantivas que se incluyen en el ámbito de aplicación no están pensadas únicamente para quienes se sitúan en la franja gris a la que nos venimos refiriendo sino que se aplican también a los empleados públicos de régimen común cuando los mismos administren o dispongan de fondos públicos. Es, por tanto, de un conjunto de obligaciones que pueden ser comunes y que se integran en los respectivos estatutos de alto cargo -por utilizar una de las categorizaciones más conocidas- y, simultáneamente, a los empleados públicos de régimen jurídico. La función y las obligaciones, un acervo común a ambas categorías de empleados públicos que se complica aún más por el establecimiento de un régimen de sanción – tanto en el ámbito procedimental como en lo que se refiere a las autoridades que pueden llegar a imponer las sanciones- común a categorías diferenciadas de servidores públicos lo que, ciertamente, no contribuye a la clarificación final ni a la visualización del modelo.

De esa manera y a modo de primera impresión podemos indicar que la incidencia en esta franja no es sencilla conceptualmente hablando porque se sitúa en un terreno intermedio entre la función pública convencional, de un lado, la regulación del gobierno y de las respectivas Administraciones lo que, por otro lado, es, competencialmente, resbaladizo porque arranca de la referencia general del artículo 103.3, en lo que se refiere al empleo público y, finalmente, se proyecta sobre la estructura del artículo 97 y 98 en lo que se refiere a

20 MORELL OCAÑA, L., “Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre 2001.

21 Sobre el tema, MAESO SECO, L. F., “Las responsabilidades administrativas específicas de los altos cargos públicos y de su concepto y “estatus””, en PALOMAR OLMEDA, A y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dirs.), *La Gestión de los Fondos Públicos. Control y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

la actuación del Gobierno y todo ello ahormado con el título relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas²².

La opción de la LTPB ha sido la de no establecer demasiadas diferencias ni matices en este ámbito y así, la Disposición final sexta, indica que: “La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª de la Constitución. Se exceptúa lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 6, el artículo 9, los apartados 1 y 2 del artículo 10, el artículo 11, el apartado 2 del artículo 21, el apartado 1 del artículo 25, el Título III y la disposición adicional segunda”.

En consideración a lo indicado y si nos centramos en los principios del buen gobierno económico, que es el tema específico que nos corresponde analizar en este apartado, llegamos a la conclusión de que realmente su cobertura es la del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y, eventualmente, la planificación económica en tanto las reglas de este ámbito de buen gobierno pueden afectar a aquella de una forma directa o indirecta. Este último título ha recibido en la jurisprudencia constitucional una delimitación ciertamente amplia aunque claro está no conlleva determinaciones orgánicas.

Estas referencias nos sitúan ante una habilitación ciertamente compleja como para desarrollar un régimen común que afecte al conjunto de las Administraciones Públicas más allá del establecimiento de algunas medidas que puedan ser comunes pero que, finalmente, se sitúan en el marco del Estatuto de los Directivos o los Gobiernos de las respectivas Administraciones Públicas donde la incidencia ciertamente debe ser menor ya que conforma el ámbito de la potestad organizatoria que es específico de cada una de las Administraciones.

A lo largo de la regulación va a quedar clara esta disociación entre lo sustantivo y lo orgánico que es consecuencia, a su vez, del diferente título competencial de soporte.

El buen gobierno económico y la responsabilidad por la Administración de fondos públicos prevista en la Ley General Presupuestaria.

3.1.- Contorno de la responsabilidad definida en el artículo 176 de la LGP.

El artículo 176 LGP establece que: “Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta Ley²³ que por dolo o culpa graves adopten

²² En el plano disciplinario, VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Las responsabilidades de los empleados públicos” en PALOMAR OLMEDA, A y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dirs.), *La Gestión de los Fondos Públicos. Control y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

²³ El artículo 2 LGP contiene una referencia al Sector Público estatal que diferencia del sector público administrativo, empresarial y fundacional que están regulados en el artículo 3 LGP. El artículo 2 dispone: “1. A los efectos de esta ley forman parte del sector público estatal: a) La Administración General del Estado. b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado. c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella. d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados. e) Las sociedades

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.”. Sobre este punto señala Losada que << partiendo de este concepto es claro que toda responsabilidad contable presupone una infracción contable, pero no toda infracción contable da lugar a la responsabilidad contable, por cuanto tanto la LGP como la LOTCU y la LFTCu establecen determinados elementos calificadores de responsabilidad contable, sin cuya concurrencia no puede exigirse dicha responsabilidad...>>. ²⁴

Se trata de un esquema de responsabilidad indemnizatoria que es consecuencia de la actuación de los empleados públicos (incluyendo a los funcionarios y a las autoridades) contrarios a la propia normativa presupuestaria. En lo que aquí nos interesa se trata de una delimitación que se realiza como consecuencia, a su vez, de una declaración administrativa de responsabilidad que, ciertamente, plantea algunas cuestiones de interpretación a las que nos referiremos seguidamente pero que, en todo caso, es consecuencia de un acto administrativo que lo declara.

A partir de esta referencia se contienen, sucesivamente, en el artículo 177 los hechos que puedan generar responsabilidad patrimonial de regreso, los tipos de responsabilidad en el artículo 178 y el órgano competente y el procedimiento para la declaración de la responsabilidad. Su esquema podemos resumirlo en la siguiente forma:

a) Responsabilidad por daños derivado de acciones dolosas

El presupuesto de hecho para su reconocimiento es que se trate de actos contrarios a la propia LGP. Esto nos lleva a plantearnos cómo opera esta especie de “prejudicialidad” que consiste en la infracción de las disposiciones de la LGP y si debe ser, previamente, declarado o no.

En todo caso lo que parece claro es que debe existir una declaración de la infracción de la normativa presupuestaria y que sólo cuando se ha producido cabe declarar la obligación de indemnización ligada a la actuación dolosa que debe ser, igualmente, declarada en el ámbito del procedimiento administrativo. A nuestro juicio es posible aplicarla tanto autónomamente

mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones. g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado. h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.”

24 Losada González. H. La responsabilidad contable. En la Obra colectiva: la gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Dir. Palomar Olmeda A y Garcés Sanagustin. M Navarra. 2013. Pág. 1113

como consecuencia de un acto anterior como en el mismo en el que previamente se declara la infracción presupuestaria. En este sentido, señala Losada que <<...en el supuesto de la infracción tipificada en el apartado a) del artículo 177.1 de la LGP..., la competencia corresponde en exclusiva al Tribunal de Cuentas, mediante el procedimiento de reintegro por alcance...>>²⁵

A partir de esta premisa –necesidad de declaración de la existencia de un acto contrario a la normativa presupuestaria– cabe plantearse cuándo se puede producir tal cuestión. En este sentido es evidente que cuando existe una estimación de un recurso –tanto administrativo como jurisdiccional– o la existencia de una revisión de oficio que declara que una actuación ha infringido el ordenamiento jurídico en relación con las obligaciones y determinaciones presupuestarias puede entenderse que concurre una causa como la indicada. Es cierto que la propia configuración histórica de la legalidad presupuestaria como una legalidad interna, situada en el marco de unas relaciones intra-administrativas que son difícilmente esgrimidas y, desde luego, aceptadas en el ámbito jurisdiccional hace que sea frecuente que las resoluciones estimatorias no solo no se pronuncien sobre la legalidad presupuestaria sino que, incluso, “pasen” de la misma y se pronuncien sobre la legalidad material sin que realmente se tenga una consideración presupuestaria. De hecho el propio artículo 106 que considera como ampliables los créditos derivados de la ejecución de sentencias corrobora esta opción por la legalidad material y no por la legislación presupuestaria que “de facto” resulta subsanada con la declaración de ampliable del crédito en cuestión.

Realmente la operatividad de esta medida no puede por menos que estar en entredicho cuando hemos visto en los últimos tiempos que contratos de suministro –conceptualmente indiscutibles– se convertían en facturas individuales que los fraccionan y que se acumulan y, posteriormente, afloran sin que los responsables del fraccionamiento ni los responsables de la contratación sin crédito se conozcan ni, asimismo, las causas de por qué eluden los procedimientos, y sin que sean considerados responsables personales en el marco de este artículo. Cuando esto ocurre y nada pasa conocidamente es evidente que la capacidad de intimidación del precepto y del conjunto del esquema propuesto está más que entredicho.

Finalmente cabe indicar que lo que corresponde señalar en el expediente de derivación de responsabilidad es que concurre el dolo o la culpa grave. La utilización de mecanismos penales determinantes de la responsabilidad puede llevarnos a la confusión de considerar que sólo cuando existe declarada una responsabilidad penal es posible la exigencia posterior de este tipo de responsabilidad. A nuestro juicio nada impide, sin embargo, que en la derivación de aquella se haga un juicio de intencionalidad que no necesariamente es penal y que, sobre el mismo, asiente este mecanismo de responsabilidad.

Por tanto, en punto a la responsabilidad de este expediente administrativo el artículo 178 LGP establece una auténtica acción de responsabilidad por daños asumida o ejercida

²⁵ Losada González. H. La responsabilidad contable. En la Obra colectiva: la gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Dir. Palomar Olmeda A y Garcés Sanagustin. M Navarra. 2013. Pág.1121.

directamente por la Administración a través de un procedimiento administrativo que le constituye en autodefinidora del marco de responsabilidad derivada del daño que puedan causarle las autoridades y el personal a su servicio. No otra es la definición que se deduce del artículo 178.1 LGP cuando señala que: “Cuando el acto o la resolución se dictase mediando dolo, la responsabilidad alcanzará a todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la resolución adoptada con infracción de esta Ley”.

Lo característico de esta responsabilidad es que se refiere a “todos los daños y perjuicios conocidos”, lo que, claramente, indica que no está afecta –como en el caso a la declaración de ilegalidad– sino que realmente se configura como una acción autónoma que tiene su propia entidad y que toma como fundamento, únicamente, la existencia de un daño para la Administración que derive de la existencia de dolo. Es evidente que el dolo –al tratarse de un procedimiento administrativo autónomo– tiene que ser declarado en el marco del propio procedimiento administrativo tras las pruebas correspondientes que demuestren que el agente de la Administración ha actuado con deseo expreso de causar daño.

En punto a la extensión del daño la Ley no lo limita en forma alguna e incluye a “todos los que conocidamente” deriven de la resolución adoptada con infracción de ley.

b) Responsabilidad por la existencia de culpa grave

El artículo 178.2 LGP establece que: “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.”.

Estamos en el segundo estadio de la responsabilidad que únicamente se aplica a los supuestos de culpa grave. La característica, frente al dolo que hemos analizado, es que sólo se responden de los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal. Luego es preciso que se declare la ilegalidad del acto o resolución como presupuesto para fundar en la misma el mecanismo de responsabilidad.

c) Responsabilidad de los interventores y ordenadores de pagos

En este ámbito incluimos un tipo específico de responsabilidad que se califica por el funcionario al que alcanza y entre cuyas funciones está, especialmente, la de ser garantes de la gestión de los fondos públicos. Nos referimos –como reza en el enunciado– a los interventores y ordenadores de pagos.

Se contempla específicamente en el artículo 179 LGP cuando señala que: “En las condiciones fijadas en los artículos anteriores, 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.”

Se trata de un precepto común a los dos apartados anteriores. Por tanto, es aplicable tanto en los supuestos de dolo o culpa grave y alcanza, adicionalmente a los responsables conforme a los esquemas anteriores, a los interventores en el marco de la función de intervención y a los ordenadores de pago que no hayan salvado su actuación en el respectivo expediente.



Se trata de una obligación autóctona respecto de las anteriores y, por tanto, aplicable de forma simultánea con cualquiera de los expedientes que se contemplan en los apartados anteriores. Es cierto, sin embargo, que lo que no queda claro es el alcance porque no se sabe si sigue a su principal y, por tanto, alcanza a todos los daños en el caso de dolo y sólo a los daños que conocidamente se deriven en el supuesto de la culpa grave o si, por el contrario, se configura como una responsabilidad autónoma que conlleva el deber de indemnización en todo caso y, claro está, finalmente, el propio alcance de ésta. La lógica nos lleva a pensar que la regla de que la responsabilidad sigue a su matriz es la más razonable porque no tendría sentido que, no existiendo responsabilidad porque no haya supuesto indemnizable, conforme a las reglas establecidas, tuviera que exigirse únicamente respecto de los funcionarios que resulten responsables.

Es cierto, eso sí, que la naturaleza separada de este tipo de responsabilidad podría permitir que su tratamiento fuera, igualmente, separado y que esta responsabilidad –la de los funcionarios– fuera más rigurosa y, por tanto, sometida a reglas de mero incumplimiento de las obligaciones formales. En este sentido cabe indicar nos puede servir como elemento de interpretación lo dispuesto en el artículo 145.2 LRJPAC cuando señala que: “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, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.”

Este precepto, pensado en clave de acción directa de la Administración contra el

funcionario como consecuencia de la existencia de un daño indemnizable parte del principio de que el “regreso” solo se produce cuando la Administración, previamente, se ha visto obligada a indemnizar por los daños causados a los particulares. En el presente supuesto y al margen de la responsabilidad disciplinaria en la que puedan haber incurrido, la acción indemnizatoria debería seguir al propio régimen de responsabilidad común.

d) Tipo de responsabilidad

El artículo 178 LGP determina el régimen de responsabilidad que, como regla, es mancomunada y, por tanto, ponderada no por relación a la actuación sino al número de actuantes cuando se trate de responsabilidad procedente de la culpa o negligencia mientras que la responsabilidad, según el mismo artículo, es solidaria en los casos de apreciación de dolo.

3.2.- Las causas que fundamentan la responsabilidad

Se contienen, como se indicaba, en el artículo 177 LGP cuando señala que la acción indemnizatoria procede cuando en el expediente administrativo se compruebe la existencia de alguna de las siguientes causas:

- *Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos* (artículo 177.1.a)

Realmente la inclusión con esta denominación trata de atraer hacia el ámbito de la responsabilidad contable las consecuencias internas derivadas de un delito. El alcance y la malversación tienen reflejo en el artículo 432²⁶ y 433²⁷ del Código Penal y, por tanto, se trata de la consecuencia administrativa de un delito cuyas reglas se sitúan al margen de las reglas de responsabilidad del Código Penal y de la propia responsabilidad civil que pueda declararse en la misma ya que, como se analiza seguidamente, la Ley 7/1998, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas prevé que es este órgano el que determina la cuantía de la responsabilidad rompiendo así la reglas de la posibilidad de extraer consecuencias obligacionales en el ámbito

²⁶ “1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. 3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.”

²⁷ “La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.”

penal salvo que, expresamente, se hubieran reservado para su ejercicio por separado.

La referencia directa al alcance y la malversación que, como queda dicho, son tipos penales no admite, a nuestro juicio, una decisión administrativa adicional a la que derive del ámbito penal o, en su caso, del ámbito de la responsabilidad contable sin que pueda conformarse como una declaración autónoma respecto de que derive de aquellos ámbitos. La justificación última de esta especial vía de responsabilidad es la relación especial de sujeción que concurre en las autoridades y empleados públicos y que permite exigir su responsabilidad personal dentro del marco obligacional que define la ley en la delimitación de su respectivo estatuto personal.

En todo caso debe indicarse que este supuesto según el artículo 1º del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio establece la preferencia – en el ámbito administrativo- de la competencia a asumir por el Tribunal de Cuentas.²⁸

- *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 (artículo 177.1.b)*

Frente a lo indicado en el apartado anterior este supuesto es más sencillo de explicar y de referenciar. Se trata de demostrar en un procedimiento específico, el de responsabilidad contemplado en los apartados indicados, que la Autoridad o funcionario ha incurrido en el mencionado presupuesto de hecho. Dada la extensión del precepto –por referencia al artículo 2 de la LGP en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación– hay que entender que dichas normas se componen de un complejo heterogéneo y diverso en función de la respectiva Administración y del régimen jurídico de cada una de ellas. Es cierto, eso sí que el precepto tasa las conductas por referencia a liquidación, recaudación o ingreso sin que otras conductas que realmente pueden suponer una administración desleal y que no afecten a estas tres labores aparezcan expresamente. La razón es obvia, se trata de una medida de responsabilidad personal cuyo fundamento no puede realizarse con carácter analógico o improvisado precisamente por su propia caracterización y configuración fundada en una decisión administrativa y no en, como ocurría en el supuesto anterior, en la consecuencia de una acción penal.

- *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 (artículo 177.1.c)*

²⁸ El artículo 1º del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, establece, en este punto, que <<... **4.** Cuando se pongan de manifiesto infracciones del apartado a) del artículo 141.1 de la Ley General Presupuestaria, en conexión o no con otra u otras incluidas en cualquiera de los apartados b) a g) 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...>>.

En la misma línea taxativa prevista en el apartado anterior en este se establecen otra serie de medidas concretas, referidas a trámites (también concretos) de la actuación administrativa de gestión presupuestaria y que consistente en comprometer, liquidar y ordenar pagos. Se trata de operaciones, ciertamente internas, pero que encuentran en la actualidad y tras la nueva redacción de la LGP una expresa definición en el ámbito de la misma. De esta forma, conviene recordar que la definición de estos trámites administrativos se contiene en el artículo 73 LGP y se trata, igualmente, de una conducta típica de interpretación no extensiva ni analógica.²⁹

En línea con lo que se ha indicado en el apartado anterior cabría señalar que es este el lugar para haber incluido un conjunto de conductas que más que infringir las reglas de contratación de obligaciones en el ámbito público se han caracterizado por su no aplicación. En este sentido, el fraccionamiento de contratos, por ejemplo, no tiene un encaje directo porque el contrato que se hace no afecta a la legalidad sino que es la conducta de eludir el “macrocontrato” o la ausencia de planificación de las necesidades los que pueden llevar al perjuicio de la respectiva Administración sin que lo realizado – en sí mismo- pueda considerarse ilegal. De alguna forma se trata de pasar el acto concreto –fotografía– a la proyección sobre la actuación –video– que, realmente, puede llevar a plantear tantos o más problemas desde la perspectiva de la gestión pública.

- *Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta ley*³⁰ (artículo 177.1.d)

²⁹ El artículo 73 de la LGP establece expresamente que: “1. La gestión del Presupuesto de gastos del Estado y de sus organismos autónomos y de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social se realizará a través de las siguientes fases: a) Aprobación del gasto. b) Compromiso de gasto. c) Reconocimiento de la obligación. d) Ordenación del pago. e) Pago material. 2. La aprobación es el acto mediante el cual se autoriza la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o parte de un crédito presupuestario. La aprobación inicia el procedimiento de ejecución del gasto, sin que implique relaciones con terceros ajenos a la Hacienda Pública estatal o a la Seguridad Social. 3. El compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable. El compromiso es un acto con relevancia jurídica para con terceros, vinculando a la Hacienda Pública estatal o a la Seguridad Social a la realización del gasto a que se refiera en la cuantía y condiciones establecidas. 4. El reconocimiento de la obligación es el acto mediante el que se declara la existencia de un crédito exigible contra la Hacienda Pública estatal o contra la Seguridad Social, derivado de un gasto aprobado y comprometido y que comporta la propuesta de pago correspondiente. El reconocimiento de obligaciones con cargo a la Hacienda Pública estatal se producirá previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor de conformidad con los acuerdos que en su día aprobaron y comprometieron el gasto. El Ministro de Hacienda, previo informe de la Intervención General de la Administración del Estado, determinará los documentos y requisitos que, conforme a cada tipo de gastos, justifiquen el reconocimiento de la obligación. 5. De acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 22 de esta ley, las obligaciones de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y de la Seguridad Social se extinguen por el pago, la compensación, la prescripción o cualquier otro medio en los términos establecidos en esta ley y en las disposiciones especiales que resulten de aplicación. 6. Cuando la naturaleza de la operación o gasto así lo determinen, se acumularán en un solo acto las fases de ejecución precisas.”

El artículo 77 LGP se refiere, expresamente, a los pagos indebidos y demás reintegros. La Ley define expresamente los pagos indebidos por referencia a los errores materiales que permiten recibir dinero público a la persona en la que no concurre la condición de ser titular de derecho alguno de cobro frente a la Administración.

- *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 (artículo 177.1.e)*

El artículo 78 se refiere a los anticipos de caja fija y fondos de maniobra y el artículo 79 se contempla, por su parte, a los pagos a justificar. De nuevo podemos indicar que se trata de dos supuestos claramente delimitados. Frente a esta referencia concreta cuando se refiere a la LGSbv., lo hace en bloque sin cita de los artículos concretos con lo que la justificación, en este caso, debe entenderse referida al conjunto de prescripciones contenidas, en esencia, en el Capítulo IV de la Ley de Subvenciones que se refiere al procedimiento de gestión y justificación de la subvención pública y que concluye, en su caso con el reintegro de la misma. En todo caso y aunque este Capítulo IV determina las reglas comunes es lo cierto que los términos en los que se realiza la remisión en el artículo analizado permite entender incluida cualquier mención que se contenga en la Ley General de Subvenciones en relación con la no justificación de fondos.

- *Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurren los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta ley (artículo 177.1.f)*

Esta cláusula de cierre y abierta plantea desde luego problemas de interpretación

³⁰ El artículo 77 LGP al que se remite el precepto señala que: “1. A los efectos de esta Ley se entiende por pago indebido el que se realiza por error material, aritmético o de hecho, en favor de persona en quien no concurre 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. 2. El receptor 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 Administraciones Públicas o el de Empleo y Seguridad Social en el ámbito de la Seguridad Social. 3. La revisión de los actos de los que se deriven reintegros distintos a los correspondientes a los pagos indebidos a que se refiere el apartado 1 anterior se realizará de acuerdo con los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos o anulables, previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o de conformidad con los procedimientos específicos de reintegro establecidos en las normas reguladoras de los distintos ingresos, según la causa que determine su invalidez. La efectividad de los ingresos por reintegro se someterá a lo establecido en el Capítulo II del Título I de esta Ley. 4. A salvo de lo establecido por la normativa reguladora de los distintos reintegros, el reintegro de pagos indebidos o declarados inválidos con arreglo a lo establecido en el apartado anterior devengará el interés previsto en el artículo 17 de esta Ley, desde el momento en que se produjo el pago hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, o, en su caso, hasta la fecha en que el receptor proceda a la devolución voluntaria de los fondos percibidos sin el previo requerimiento de la Administración. Lo dispuesto en el párrafo anterior resultará también de aplicación en los casos en los que proceda el reintegro de las cantidades percibidas de la Hacienda Pública estatal por haber incumplido el receptor de los fondos las condiciones establecidas para su entrega o por no haberse justificado correctamente su cumplimiento.”

porque viene a incluir *de iure* cualquier tipo de infracción de la propia normativa presupuestaria. Consciente de la dificultad de esta interpretación el precepto intenta reconducir la situación a que concurren los supuestos previstos en el artículo 176 LGP, esto es, que se trate de dolo o culpa grave en los términos que anteriormente hemos analizado y que no parece necesario reiterar en este momento.

En todo caso se trata de una tipificación por remisión y reenvío recíproco que complica bastante la determinación real del supuesto contemplado.

3.3.- Procedimiento para la declaración de la responsabilidad y la obligación de indemnización de las autoridades y funcionarios

La naturaleza específica y, ciertamente, diferenciada de los motivos o causas previstas en el artículo anterior determina un régimen diferenciado según la respectiva causa alegada. Este régimen podemos resumirlo en la siguiente forma que, adelantémoslo, demuestra que, conceptualmente, el precepto mezcla responsabilidad de diferentes tipos lo que no hace visible con la claridad suficiente el presupuesto y el fundamento de lo que se busca.

El artículo 180.1 LGP establece una determinación específica para el supuesto de la responsabilidad contable derivada del alcance y la malversación. En concreto, señala que: “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.”³¹ Realmente es complicada la opción por diversas razones y, sobre todo, porque la conducta prevista en el apartado a) del artículo 177 puede ser delito. En razón a lo anterior podemos indicar que la responsabilidad de la que puede conocer el Tribunal de Cuentas está definida en el artículo 49 de la Ley de funcionamiento³², formulada en términos amplios que se concretan en el artículo

³¹ LOSADA GONZÁLEZ, H., “La responsabilidad contable”, en PALOMAR OLMEDA, A y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dirs.), *La Gestión de los Fondos Públicos. Control y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 123 y ss.

³² “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. 2. No corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de los asuntos o cuestiones atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional o de los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria, en los términos prevenidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/1982 y sin perjuicio de la competencia por razón de prejudicialidad a que se refiere el artículo 17.2 de la misma. En consecuencia, 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. 3. 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”.

72³³. Podemos llegar a la conclusión de que aunque formalmente se alude a alcance, la remisión a la normativa del Tribunal de Cuentas incluye no sólo el alcance sino también la malversación. Probablemente de los preceptos mencionados la parte más representativa por su especialidad es la imposición por la normativa contable a los jueces del orden penal de la remisión de los asuntos a los efectos de que sea la jurisdicción contable la que cuantifique y determine la cuantía de la responsabilidad en este ámbito.

El resto de los supuestos previstos en el artículo 177 LGP son de declaración puramente administrativa. El artículo 178.2 indica que: “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”. Por tanto, la idea es que la responsabilidad se declara mediante expediente administrativo. El acuerdo de incoación, el nombramiento de instructor y la resolución del expediente corresponderán al Gobierno cuando se trate de personas que, de conformidad con el ordenamiento vigente, tengan la condición de autoridad, y en los demás casos al Ministro de Hacienda. Las competencias atribuidas al Ministro de Hacienda, corresponderán al de Trabajo y Asuntos Sociales, en las responsabilidades relativas a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social. La resolución que, previo informe del servicio jurídico del Estado, o, en su caso, de la Seguridad Social, ponga fin al expediente tramitado con audiencia de los interesados, se pronunciará sobre los daños y perjuicios causados a los bienes y derechos de la Hacienda Pública estatal o, en su caso, de la entidad, imponiendo a los responsables la obligación de indemnizar en la cuantía y en el plazo que se determine. Dicha resolución será recurrible ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación.

El artículo 2º del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, establece los documentos que dan origen a este procedimiento y señala los siguientes:

<<... **1.** Los expedientes administrativos de responsabilidad contable podrán ser originados por:

- a)** Las comunicaciones que dirijan al Ministro de Economía y Hacienda los Jefes de los presuntos responsables y los ordenadores de pagos según lo establecido en el artículo 146 de la Ley General Presupuestaria.
- b)** Los informes de auditoría y demás actuaciones que competen a la Intervención General de la Administración del Estado.

³³ “1. A efectos de esta Ley se entenderá por alcance 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. 2. A los mismos efectos, 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.”

- c) Las inspecciones de servicios que se realicen.
- d) Denuncia, investigación administrativa u otra causa que ponga de manifiesto la posible existencia de dichas infracciones....>>.

Finalmente podemos señalar que la competencia para la iniciación de estos procedimientos está prevista en el artículo 3º del RD 700/1988, de 1 de julio cuando señala que:

<<... **1.** Son órganos competentes para incoar expedientes administrativos de responsabilidad contable:

- a) El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, cuando se trate de responsabilidades a exigir a personas que tengan la condición de Autoridad.
- b) El Ministro de Economía y Hacienda, cuando las personas presuntamente responsables no tuvieran la condición de Autoridad...>>.

En punto a la resolución, el artículo 11 del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio establece que

<<... Recibido el expediente completo, una vez cumplidos todos los trámites del artículo anterior, la Unidad de Responsabilidades Administrativas lo remitirá a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado o al Servicio Jurídico del Estado del Departamento, según que el expediente deba ser resuelto por el Gobierno o por el Ministro de Economía y Hacienda, para que se emita informe con arreglo a derecho.

Emitido el informe, el expediente se devolverá a la citada Unidad.

Visto el dictamen emitido, la Inspección General redactará la propuesta de resolución que pone fin al expediente y la someterá al Subsecretario del Ministerio para su elevación al Ministro de Economía y Hacienda o al Consejo de Ministros, según lo dispuesto en el artículo 144.2 de la Ley General Presupuestaria...>>.

La responsabilidad en el ámbito del buen gobierno económico

La tipificación y sanción de las infracciones concretas se ha hecho de una forma que trata de ser sistemática y de agrupar, aunque solo sea para la formulación del principio general de complitud del conjunto del reproche disciplinario, la totalidad de las conductas que constituyen infracciones.

Es cierto, eso sí, que este principio de reunión del conjunto de reproches no se hace de una forma íntegra puesto que en algunos casos no tiene más remedio que remitir a la normativa general que regula la materia lo que, evidentemente, resta visibilidad al modelo general y completo que diseña la Ley.

En este esquema podemos señalar que el régimen disciplinario se ha articulado sobre la base de una trilogía de materias: conflicto de intereses, gestión económico-presupuestaria y buen gobierno estrictamente considerado que responde a bienes jurídicos diferenciados en su presentación y respectivo régimen jurídico.

El encaje de los temas que constituyen las infracciones en materia de presupuestaria no es nada sencillo. El artículo 28 LTBG contiene unas referencias a tipos infractores que conducen a un procedimiento sancionador y que atribuye la competencia a determinadas autoridades administrativas para la sanción. Hasta aquí ninguna novedad si no fuera porque los supuestos coinciden miméticamente con los que se incluyen en el artículo 177 LGP que se refiere al resarcimiento de las Administraciones públicas como consecuencia de la actuación de las autoridades y funcionarios de la Administración. Esta referencia, claro está, nos obliga a alguna precisión superior a la mera constatación de que se trata un contenido obligacional semejante sobre todo porque la naturaleza de la relación y, por ende, de la infracción no son de la misma condición, lo que inmediatamente genera un amplio debate en relación con la tramitación sucesiva o concurrente de ambos procedimientos y los relativos a que efectos que, respectivamente, puede producirse de uno a otro.

A) *Ámbito de aplicación*

El esquema final es complejo.

En el caso de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la LTBG y en el ámbito de la LGP, y como pasamos a indicar, las mismas conductas forman parte del reproche disciplinario que se contiene en la propia LTBG. En este sentido, en aplicación del artículo 25 LTBG, quedan incluidas las personas que tienen la condición de alto cargo en el ámbito de la AGE por referencia a la LCI y a las personas que, conforme a legislación específica, tengan la condición de alto cargo en el ámbito autonómico y local³⁴. Por el contrario, en el caso del personal incluido en el EBEP y en el ámbito de la LGP se produce una disociación entre los tipos infractores que se contienen en la LGP y los del EBEP de forma que el reproche disciplinario—en su configuración estructural—es diferente entre los que se someten a una y otra norma aunque se refunda, finalmente, en lo que se refiere al régimen de resarcimiento e indemnización.

Sobre esta base y, centrado, por tanto el esquema de fuentes aplicable al conjunto de empleados públicos nos corresponde seguidamente centrarnos en el tema concreto de la definición de las infracciones que afectan únicamente al personal previsto en el artículo 25 de la LTBG en su aspecto disciplinario y más allá de que coincida materialmente para una parte de dicho colectivo

³⁴ El artículo 27 del Texto definitivo, aprobado en el Senado, elude la mención específica a la norma y se limita a indicar que: “El incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de este Título será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación.”

B) Los motivos de infracción específicos de la LTBG

La simple transcripción del artículo 28 nos revela que se han configurado como parte del régimen disciplinario muchas de las mismas causas que la normativa presupuestaria establece para la exigencia de responsabilidades en el ámbito económico a la que nos hemos referido en el apartado anterior.

En concreto y para comprobar el aserto indicado debe señalarse que el artículo 28 establece un conjunto de obligaciones que podemos intentar sistematizar en los siguientes apartados:

a) Afecciones simétricas con la normativa de resarcimiento

Podemos incluir en este ámbito:

- *La incursión en alcance en la administración de los fondos públicos cuando la conducta no sea subsumible en ninguno de los tipos que se contemplan en las letras siguientes (artículo 28.a)*

El precepto guarda una simetría evidente con lo dispuesto en el artículo 177.1.a) LGP aunque, literalmente, debe destacarse que desaparece la expresión de malversación a que alude aquel artículo, 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. El precepto será aplicable de conformidad con las reglas del artículo 25 y, por tanto, solo a quienes ostenten la condición de alto cargo aunque se trate de una conducta que puede ser realizada por quienes no ostenten tal condición en cuyo caso quedarían sujetos a la responsabilidad disciplinaria que sea aplicable conforme al EBEP y al deber de indemnización o resarcimiento en los términos que se han analizado anteriormente.

- *La administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro (artículo 28.b)*

El precepto es una reproducción directa del previsto en el apartado 1.b) del artículo 177 LGP y, desde luego, se trata de una conducta que puede ser realizada por personas que ostentan la condición de alto cargo y quienes no ostentan aquella por lo que habrá que entender, igualmente, que puede ser sancionada para unos (los altos cargos) por la LTBG y para otros (el resto de empleados públicos que realicen aquellas conductas) por el EBEP y aunque no sea con carácter disciplinario por el procedimiento de resarcimiento de la LGP.

- *Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable (artículo 28.c)*

El precepto es, igualmente, una reproducción directa del previsto en el apartado 1.c) del artículo 177 LGP y, desde luego, se trata de una conducta que puede ser realizada por personas que ostentan la condición de alto cargo y quienes no ostentan aquella por lo que habrá que entender, igualmente, que puede ser sancionada para unos (los altos cargos) por la LTBG y para otros, (el resto de empleados públicos que realicen aquellas conductas) por el EBEP y aunque no sea con carácter disciplinario por el procedimiento de resarcimiento de la LGP.

- *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 (artículo 28.d)*

Este 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 LGP. En relación con el mismo y sin perjuicio de las consideraciones que seguidamente se harán sobre la técnica utilizada para la inclusión de ilícitos disciplinarios que tiene una evidente incidencia en el ámbito de lo que aquí se analiza, cabe indicar que intenta conseguir que la intervención previa y, por tanto, la habilitación presupuestaria para la asunción de la respectiva obligación. En todo caso la inclusión de una única modalidad del control en esta tipificación complica la posición interpretativa en relación con el conjunto de los instrumentos de control. Esto nos lleva a indicar que la omisión del trámite de intervención previa está identificado expresamente mientras que el resto de trámites diferentes al indicado deberán entenderse subsumidos en la referencia más genérica prevista en el apartado anterior en relación con el compromiso de gastos y la ordenación de pagos con infracción de las reglas previstas en la propia Ley General Presupuestaria. 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 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 actuación.

- *La ausencia de justificación de la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o, en su caso, la normativa presupuestaria equivalente de las administraciones distintas de la General del Estado (artículo 28.e)*

El precepto es una reproducción directa del previsto en el apartado 1.e) del artículo 177 LGP y, desde luego, se trata de una conducta que puede ser realizada por personas que ostentan la condición de alto cargo y quienes no ostentan aquella por lo que habrá que entender, igualmente, que puede ser sancionada para unos (los

altos cargos) por la LTBG y para otros, (el resto de empleados públicos que realicen aquellas conductas) por el EBEP y aunque no sea con carácter disciplinario por el procedimiento de resarcimiento de la LGP.

a) Infracciones ligadas a la estabilidad presupuestaria.

Podemos incluir las siguientes

- *El incumplimiento de la obligación de destinar íntegramente los ingresos obtenidos por encima de los previstos en el presupuesto a la reducción del nivel de deuda pública de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y el incumplimiento de la obligación del destino del superávit presupuestario a la reducción del nivel de endeudamiento neto en los términos previstos en el artículo 32 de la citada Ley (artículo 28.f)*

El artículo 12.5 LOEPSF 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 de que: “En el supuesto de que la liquidación presupuestaria se sitúe en superávit, este se destinará, en el caso del Estado, Comunidades Autónomas, y Corporaciones Locales, a reducir el endeudamiento neto. En el caso de la Seguridad Social, el superávit se aplicará prioritariamente al Fondo de Reserva, con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema”. En ambos supuestos 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 LOEPSF. Se trata así de subjetivar 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 organización.

- *La realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que no cuenten con la preceptiva autorización o, habiéndola obtenido, no se cumpla con lo en ella previsto o se superen los límites previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo (artículo 28.g)*

El esquema en este apartado es simétrico al que hemos analizado en el apartado anterior. En concreto es el artículo 13 LOEPSF el que establece las reglas en relación con las operaciones de deuda cuando establece que “1. El volumen de deuda pública, definida de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de déficit excesivo, del conjunto de Administraciones Públicas no podrá superar el 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el que se

establezca por la normativa europea. Este límite se distribuirá de acuerdo con los siguientes porcentajes, expresados en términos nominales del Producto Interior Bruto nacional: 44 por ciento para la Administración central, 13 por ciento para el conjunto de Comunidades Autónomas y 3 por ciento para el conjunto de Corporaciones Locales. Si, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la normativa europea, resultase un límite de deuda distinto al 60 por ciento, el reparto del mismo entre Administración central, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales respetará las proporciones anteriormente expuestas. El límite de deuda pública de cada una de las Comunidades Autónomas no podrá superar el 13 por ciento de su Producto Interior Bruto regional. **2.** La Administración Pública que supere su límite de deuda pública no podrá realizar operaciones de endeudamiento neto. **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. **4.** El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito. La autorización del Estado a las Comunidades Autónomas para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, tendrá en cuenta el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, así como al cumplimiento de los principios y el resto de las obligaciones que se derivan de la aplicación de esta Ley. **5.** La autorización del Estado, o en su caso de las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones Locales para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, tendrá en cuenta el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, así como al cumplimiento de los principios y las obligaciones que se derivan de la aplicación de esta Ley.” Como se puede analizar se trata de una “autorización en cascada” que exige ley para el Estado y las Comunidades Autónomas y se condiciona al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública y, en general, el resto de las obligaciones que se contienen en la LOEPSF. En lo que se refiere a las Corporaciones Locales el precepto indica que la autorización corresponde al Estado o, en su caso, a las Comunidades Autónomas y debe tener en cuenta el cumplimiento de las obligaciones generales de estas Administraciones Públicas. En punto a la diferenciación de en qué momento debe ser la autorización estatal o de la Comunidad Autónoma debe indicarse que es el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas locales el que establece las referencias competenciales cuando señala que “1. No se podrán concertar nuevas operaciones de crédito a largo plazo,

incluyendo las operaciones que modifiquen las condiciones contractuales o añadan garantías adicionales con o sin intermediación de terceros, ni conceder avales, ni sustituir operaciones de crédito concertadas con anterioridad por parte de las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado sin previa autorización de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda o, en el caso de operaciones denominadas en euros que se realicen dentro del espacio territorial de los países pertenecientes a la Unión Europea y con entidades financieras residentes en alguno de dichos países, de la comunidad autónoma a que la entidad local pertenezca que tenga atribuida en su Estatuto competencia en la materia, cuando de los estados financieros que reflejen la liquidación de los presupuestos, los resultados corrientes y los resultados de la actividad ordinaria del último ejercicio, se deduzca un ahorro neto negativo.” 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. La contracción de la operación de endeudamiento sin la existencia expresa de aquella autorización es lo que genera la concurrencia del tipo infractor.

- *La no adopción en plazo de las medidas necesarias para evitar el riesgo de incumplimiento, cuando se haya formulado la advertencia prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.h)*

El artículo 19 LOEPSF se refiere a la denominada advertencia de riesgo de incumplimiento. Este riesgo afecta al objetivo de deuda pública o de la regla de gasto de las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales. En punto a las medidas su carácter es más finalista que nominalista porque el apartado 2 del mismo artículo 19 indica que: “La Administración advertida tendrá el plazo de un mes para adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo, que serán comunicadas al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Si no se adoptasen las medidas o el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas aprecia que son insuficientes para corregir el riesgo, se aplicarán las medidas correctivas previstas en los artículos 20 y 21 y 25, apartado 1.a).” Desde la perspectiva disciplinaria –que es la que aquí se propone– el presupuesto que configura el tipo es la actividad (adopción o no adopción) sin que, claro está, se vincule ni a la idoneidad, ni a la proporcionalidad ni a ninguna otra referencia que conecte el hecho mismo de adoptarlas con la suficiencia o simplemente con la pericia técnica en la configuración de las mismas en relación con el objetivo analizado.

- *La no presentación o la falta de puesta en marcha en plazo del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.j)*

El artículo 23 LOEPSF se refiere a la formalización o la puesta en marcha de los planes económico-financieros (art. 21 LOEPSF) y/o de los planes de reequilibrio (art. 22 LOEPSF). 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 11.3.35.

- *El incumplimiento de las obligaciones de publicación o de suministro de información previstas en la normativa presupuestaria y económico-financiera, siempre que en este último caso se hubiera formulado requerimiento (artículo 28.k)*

Aquí nos encontramos con un precepto, ciertamente, más abierto que los que se han analizado en los apartados anteriores en los que existe una referencia específica – en muchos casos a nivel de artículo– en relación con la conducta que se incluye en el ámbito del reproche infractor. En el presente caso se trata de una determinación genérica que exige la concreción puntual del precepto habilitante y que suponga una obligación de publicación o suministro de información previsto en la “normativa” presupuestaria y económica-financiera. Únicamente en este segundo caso obliga a que hubiera existido requerimiento previo de entrega que resultará aplicable ya esté o no contemplado en el propio precepto específico la existencia o no del citado requerimiento.

- *La falta de justificación de la desviación, o cuando así se le haya requerido la falta de inclusión de nuevas medidas en el plan económico-financiero o en el plan de reequilibrio de acuerdo con el artículo 24.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.l)*

Como acaba de verse el presupuesto habilitante es la obligación contenida en el artículo 24.3 LOEPSF cuando establece que: “En el caso de que en los informes de seguimiento se verifique una desviación en la aplicación de las medidas, el Ministro de Hacienda 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

³⁵ El artículo 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, establece que <<...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...>>.

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas verifica que persiste el incumplimiento del objetivo de estabilidad, se aplicarán las medidas coercitivas del artículo 25.” El supuesto infractor no es otro 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 correspondiente. Realmente en este segundo aspecto se sitúa muy cerca del supuesto previsto en el apartado i) al que nos hemos referido porque realmente se trata, únicamente, de una actualización de las previsiones de orden más general que se contienen en el mismo.

- *La no adopción de las medidas previstas en los planes económico-financieros y de reequilibrio, según corresponda, previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.m)*
- *La no adopción del acuerdo de no disponibilidad o la no constitución del depósito, cuando así se haya solicitado, previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.n)*

Este supuesto está previsto, a su vez, en el artículo 25 LOEPSF cuando señala que: “1. En caso de falta de presentación, de falta de aprobación o de incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio, la Administración Pública responsable deberá: a) Aprobar en el plazo de 15 días desde que se produzca el incumplimiento la no disponibilidad de créditos que garantice el cumplimiento del objetivo establecido. Asimismo, cuando resulte necesario para dar cumplimiento a los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea, y en consonancia con el artículo 19 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, las competencias normativas que se atribuyan a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado. b) Constituir un depósito con intereses en el Banco de España equivalente al 0,2 por ciento de su Producto Interior Bruto nominal. El depósito será cancelado en el momento en que se apliquen las medidas que garanticen el cumplimiento de los objetivos”.

- *La no adopción del acuerdo de no disponibilidad, la no constitución del depósito que se hubiere solicitado o la falta de ejecución de las medidas propuestas por la Comisión de Expertos cuando se hubiere formulado el requerimiento del Gobierno previsto en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.ñ)*
- *El incumplimiento de las instrucciones dadas por el Gobierno para ejecutar las medidas previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (artículo 28.o).*
- *El incumplimiento de la obligación de rendir cuentas regulada en el artículo 137 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria u otra normativa presupuestaria que sea aplicable (artículo 28.p)*

b) Infracciones derivadas del régimen de administración común de fondos públicos

- *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 (artículo 28.i)*

Llegados a este punto podemos indicar que, a nuestro juicio, en la tipificación de las infracciones el legislador debería haber llegado más allá y debería haber incluido una serie de conductas que realmente puede tener pleno encaje en este ámbito y que no se vislumbran con claridad siendo, ciertamente, la interpretación extensiva y analógica en una materia como la que aquí analizamos.

Así, en primer término, parece razonable considerar que deberían haberse incluido en dentro de las infracciones que realicen las autoridades y funcionarios al nuevo marco de la Ley de impulso de la factura electrónica y de creación del registro contable, ley que se ha tramitado prácticamente a la vez que la LTBG y, sin embargo, no se han conectado suficientemente cuando, precisamente, uno de los problemas más graves que se han planteado en los últimos años de la vida pública ha estado centrado en la contabilización y el pago de facturas por parte de las Administraciones Públicas.

Adicionalmente existen otras conductas, claramente patológicas en el ámbito administrativo, como son las que se refieren al fraccionamiento de contratos, a la contratación verbal o la contratación sin competencia de órgano de contratación que, igualmente, han formado parte del panorama de los últimos años de la gestión pública que tendrían que haber encontrado una referencia más explícita en el ámbito de las conductas infractoras precisamente para conseguir un mayor efecto de visibilidad de que las mismas no son admisibles en el ámbito de la actuación administrativa.

En este sentido podría indicarse que la redacción actual incluye –forzadamente – algunas de estas conductas en tanto en cuanto suponen la elusión de algunos de los trámites de ejecución presupuestaria que se delimitan en las normas de este rango. Es cierto, sin embargo, que dicha interpretación es forzada porque no se enfrentan – en la mayor parte de los casos- con la elusión de los trámites sino de aplicación de los mismos en un ámbito que excede de su conformación natural si se analiza con visión de contexto. Esta referencia proyectiva sobre un conjunto de actuaciones del propio órgano no siempre es compatible con la consideración referida a uno de los trámites del contrato que puede haberse cumplido y, sin embargo, situarse en un contexto que no puede considerarse correcto desde el esquema general de la actuación pública.

La responsabilidad contable

Señala Martín Pallín que la responsabilidad contable es “toda acción y omisión contraria a las normas reguladoras de la gestión económico- financiera del sector público, realizada por aquellos que tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...>>36

1. Las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables.

Estas actuaciones previas comienzan por la formación de la pieza separada de responsabilidad que corresponde iniciar al Consejero del Cuentas de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado y con intervención de responsable o de sus causahabientes. La pieza separada a que se refiere el párrafo anterior contendrá los antecedentes del procedimiento fiscalizador que se consideren adecuados a la finalidad señalada y cuantos soliciten el Ministerio Fiscal, el Letrado del Estado o el presunto responsable si hubiere comparecido. Una vez ultimada se remitirá la pieza a la Sección de Enjuiciamiento a efectos de la iniciación del oportuno juicio de cuentas.

A partir de lo anterior se remite a la Sección de Enjuiciamiento, salvo que el Consejero de cuentas, previa audiencia de las partes, proceda al sobreseimiento de la pieza por considerar que no existen elementos que permitan entender que existe responsabilidad contable.³⁷

³⁶ Martín Pallín.J.A. Infracción y responsabilidad contable. En Seminarios 1984. Seminario de Publicaciones del Tribunal de Cuentas. Madrid 1985. Pág. 198

³⁷ En relación con la naturaleza de estas actividades, la STC 18/1991, de 31 de enero establece <<... Las actividades de "instrucción de procedimientos jurisdiccionales" aparecen estrechamente vinculadas al enjuiciamiento estricto por responsabilidades contables, lo que se deduce, tanto de las disposiciones al respecto de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como de la posterior Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de ese Tribunal. En esta última, que se refiere extensivamente a las actividades de instrucción, estas se configuran claramente como una fase preliminar preparatoria del juicio de cuentas. En efecto, si bien su regulación se contiene en el Capítulo Noveno del Título IV de la Ley, relativo a la función fiscalizadora del Tribunal, la instrucción se configura como claramente separada de los procedimientos de fiscalización en sentido estricto, y ordenada a preparar la actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas. Ello se desprende del mismo encabezamiento del Capítulo ("De las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables") y de la diferenciación que éste establece entre las actuaciones fiscalizadoras y las previas a la exigencia de responsabilidad. Estas procederán, "una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas o los correspondientes procedimientos de fiscalización" (art. 45.1) en el supuesto de responsabilidades que no sean por alcance de caudales o efectos públicos. Y en el caso de que las presuntas responsabilidades lo sean por alcance, las actuaciones previas se configuran también como inequívocamente separadas de las fiscalizadoras, y posteriores a éstas; si las presuntas responsabilidades lo son por alcance de caudales o efectos públicos (art. 46) se pasarán los hechos supuestamente constitutivos del alcance a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal, que deberá decidir, bien el archivo de las actuaciones, bien la propuesta a la Comisión de Gobierno, de nombramiento de Delegado instructor. Si fuera este último el caso, el Delegado nombrado deberá practicar las actuaciones previstas en el art. 47 de la Ley de funcionamiento, entre ellas la liquidación provisional del alcance, el requerimiento a los presuntos responsables para que efectúen depósito o fianza del importe provisional del alcance y el embargo de los bienes de los presuntos responsables. Como se colige fácilmente, se trata de actuaciones que no pueden reputarse de fiscalizadoras, sino como directamente orientadas al enjuiciamiento y en su caso, exigencia de responsabilidad y, por tanto, incluidas en el procedimiento enjuiciador y reservadas al Tribunal de Cuentas. Ello se ve corroborado por la Ley Orgánica del mismo, que encomienda a este órgano los procedimientos de instrucción (art. 26), y, si no excluye que la instrucción pueda llevarse a cabo

En este sentido podemos coincidir con Losada cuando señala que <<...estas actuaciones de carácter pseudo-jurisdiccional se configuran como el enlace normal entre los procedimientos de fiscalizadores y el procedimiento de enjuiciamiento contable, si bien es cierto que el enjuiciamiento contable no tiene porque iniciarse necesariamente y en todo caso como consecuencia de un previo procedimiento fiscalizador...>>³⁸

2.- Juicio contable

Según el artículo 49 de la LFTCU <<... 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....>>.

A partir de aquí se establece dos órganos que componen la jurisdicción contable: los consejeros de cuentas y las Salas del Tribunal de Cuentas. A los primeros les corresponde la competencia sobre cancelación de fianzas y la primera instancia de los procedimientos de reintegro por alcance y resto de procedimientos de cancelación de fianzas.

Al lado de esto, la Salas del Tribunal de Cuentas <<... conocerán:

a) En única instancia, de los recursos que se formulen contra resoluciones dictadas por las Administraciones Públicas en materia de responsabilidades contables en aquellos casos

por órganos de fiscalización de Comunidades Autónomas, ello procederá, como expresamente prevé la Ley Orgánica 2/1982, en su art. 26.3, por delegación del Tribunal de Cuentas. Ahora bien, aun cuando la Ley gallega del Consello de Contas prevé la delegación de funciones por parte del Tribunal de Cuentas (arts. 5.2 y 10.2), la "instrucción del oportuno procedimiento jurisdiccional" a que se refiere el art. 5.1 de la misma Ley no se hace depender de delegación alguna, y se configura como potestad propia del Consello de Contas; lo que supone ir ultra vires respecto de lo dispuesto en el art. 136 de la Constitución y en el art. 53 del Estatuto de Autonomía. Los representantes del Parlamento y de la Junta de Galicia alegan que, en realidad, lo que el artículo prevé es la apertura de un expediente o procedimiento administrativo que facilite al Tribunal de Cuentas la apertura de la fase preparatoria, equivalente a una diligencia preliminar. Pero tal actividad de constatación de indicios de responsabilidad, que en cuanto trasunto de los resultados de la fiscalización no podría negarse al Consello de Contas, no se identifica con la "instrucción de procedimientos jurisdiccionales", como se ha señalado, a la luz de las disposiciones de la Ley Orgánica 2/1982, y de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Por todo ello ha de apreciarse la inconstitucionalidad del inciso "instruirá el oportuno procedimiento jurisdiccional" del precepto que se impugna...>>.

³⁸ Losada González. H. Págs. 1128 y 1129. En el mismo o parecido sentido, Pomed Sánchez. L. Algunas consideraciones, en clave constitucional, sobre la jurisdicción contable. En AA VV, Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo. Ed. Civitas. Madrid. 2003. Págs. 1423 y siguientes.

expresamente previstos por las leyes. En concreto, el artículo 12 del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio establece que <<... Contra la resolución de los expedientes de responsabilidad contable se podrá recurrir ante el Tribunal de Cuentas dentro del plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución...>>.

b) En segunda instancia, de las apelaciones deducidas contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Consejeros de Cuentas en los juicios de cuentas, en los procedimientos de reintegro por alcance y en los expedientes de cancelación de fianzas...>>

Desde esta mínima perspectiva podemos señalar por tanto, que le corresponde al Tribunal de Cuentas un triple orden de competencias:

A) Las de impugnación en materia de responsabilidades contables dictadas por las Administraciones Públicas en aquellos casos expresamente previstos en las leyes.

Realmente debe entenderse, por tanto, que existen unas resoluciones de la Administración que por su naturaleza contable corresponde ser analizadas por el Tribunal de Cuentas. Esta determinación debe ponerse en relación con lo establecido en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria. En este sentido, el artículo 1º del Real Decreto remite al expediente en cuyo artículo 1º indica que <<... Los expedientes de responsabilidad contable que se incoen en vía administrativa como consecuencia de infracciones contempladas en el título VII de la Ley General Presupuestaria, se tramitarán con arreglo a lo que se dispone en el presente Real Decreto.

La responsabilidad contable será independiente de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por los mismos hechos y se exigirá en expediente separado...>>.

Esta doctrina general debe ponerse en relación con lo establecido en los apartados 2 y 4 del Real Decreto citado cuando señalan la competencia administrativa para los asuntos previstos en los apartados b) al g) del actual artículo 177 de la LGP mientras que remite directamente la contemplada en el ámbito del apartado a) del artículo 177 de la LGP directamente al conocimiento del Tribunal de Cuentas.

B) Los procedimientos contables propiamente dichos en los que incluimos responsabilidad por alcance, reintegro y cancelación de fianzas en los que, como brevemente, se acaba de indicar, conocen en primera instancia o en fase de recurso, respectivamente, los Consejeros de Cuentas y las Salas de enjuiciamiento.

C) Fijación de la responsabilidad civil o indemnizatoria en los asuntos penales relativos a responsabilidad contable.

Es la prevista en el artículo 49.3 de la LFTCu – a la que ya nos hemos referido anteriormente- cuando señala que <<... **3.** 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....>>.

3.- Los problemas de compatibilidad por razón de los diferentes mecanismos de responsabilidad.

El esquema al que nos hemos referido anteriormente nos permite indicar que el criterio diferenciador no es el de la autoridad o funcionario que actúa sino, esencialmente, el tipo de hechos. De esta forma una misma persona puede verse incurso en la actividad delictiva, en una actividad susceptible de ser incluida en el ámbito de la responsabilidad contable (si se trata de alcance o de reintegro) o, finalmente, de una responsabilidad puramente administrativa y de indemnización derivada del incumplimiento de la condición de administración de los fondos públicos y, finalmente, de una responsabilidad disciplinaria cuando se trate de un alto cargo o de una persona incluida en el ámbito de aplicación de la LTBG.

Es por tanto, evidente, que nos vamos a encontrar con un régimen en el que los límites para la calificación de los hechos y, por ende, la actuación de las respectivas autoridades administrativas no son límites taxativos y, en consecuencia, es perfectamente posible que existan colisiones entre los diferentes órganos y organismos que, conforme al esquema dibujado, puede resultar competentes para la resolución de las cuestiones que se planteen.

A partir de esta simple constatación cabe entender que las eventuales colisiones tendrán que resolverse sobre la base de los principios generales del Derecho y, en esencia, sobre la base de preferencia del Derecho penal allí donde el mismo haya iniciado su actuación, de la vinculación a sus hechos, de la posibilidad de iniciación de actuaciones posteriores si el bien jurídico es diferente y, en todo caso, lo que se debata no está prejuzgado penalmente, admisión de la acción de responsabilidad e, incluso, sobre la base de los hechos declarados penales la posibilidad del reproche disciplinario adicional cuando, igualmente, no aparezcan prejuzgados los hechos en cuestión.

De una forma que intente ser más gráfica podríamos señalar que existen conductas puramente administrativas que en el ámbito de la responsabilidad por alcance y reintegro se transforman en asuntos cuyo conocimiento corresponde al Tribunal de Cuentas en el marco de los procedimientos contables y que, finalmente, puede, incluso, llegar a ser un supuesto delictivo aunque la definición de los tipos penales no coincide miméticamente con los hechos de responsabilidad contable sino que esta zona gris o de confluencia es solo una parte del reproche penal en la gestión de fondos públicos que tiene su propia dinámica y, como consecuencia, sus tipos penales más amplios que los que se corresponden con las conductas administrativas. Se trata por tanto de dos espacios puros (el administrativo y el penal) que tienen un elemento de convivencia y conectividad cuando se refiere a los supuestos previstos en el artículo 177 a) de la Ley General Presupuestaria.

Sobre esta consideración podemos indicar, por tanto, en el plano conceptual queda mínimamente clara la diferencia entre la responsabilidad penal pura, la responsabilidad por delitos que puedan ser, adicionalmente, o en sustitución del propio reproche penal objeto de una condena en el marco contable del Tribunal de Cuentas y otras que pueden ser objeto de responsabilidad definida administrativamente. Es cierto, sin embargo, que la confusión a la que nos referíamos al comienzo del trabajo deriva de que al marco ciertamente no concluyente al que nos acabamos de referir se completa con la referencia (tampoco en términos generales y totales) de que algunas de las conductas administrativas o que dan origen a la responsabilidad administrativa están incluidas con una referencia casi textual en el ámbito del buen gobierno económico que, insistimos, no cubre la totalidad del reproche contable sino una parte del mismo y una serie de conductas que no tienen cobertura en aquel.

El carácter fragmentario de estas regulaciones y su carácter desconexo nos obliga a preguntarnos cómo son las relaciones de la zona gris contable-buen gobierno económico en aquellas conductas que son coincidentes. La primera tentación es la de considerar que el bien jurídico protegido en ambas regulaciones no es idéntico y que, por tanto, se trata de responsabilidades acumulables y que responden a criterios diferenciados. Realmente esta respuesta es la que técnicamente resulta más correcta siempre que los dos tipos de procedimientos concluyan con un pronunciamiento similar porque de lo contrario y teniendo en cuenta que existe identidad de denominación se pueden dar supuestos de declaración de la concurrencia en un procedimiento y denegación en otro (tratándose, insistimos de los mismos hechos) lo que, ciertamente, produce alguna confusión sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de hechos dolosos.

En este sentido y para el personal en el que potencialmente se puede dar la conectividad derivada de la confluencia del ámbito subjetivo (aquí también hay una zona de confluencia que deja al margen a quienes no están en el ámbito de la LTBG) hubiera sido más razonable articularlo sobre la base de un expediente en el que se acordarán, bajo unos mismos, hechos, los elementos de ambas responsabilidades y se unificará el criterio de concurrencia o no la existencia del ilícito administrativo en ambas esferas.