

EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

THE NEW LEGAL FRAMEWORK ON THE RESPONSIBILITY OF
THE SPANISH PUBLIC SERVANTS

ÍÑIGO DE MIGUEL BERIAIN

Investigador en la Cátedra de Derecho y Genoma Humano

Universidad del País Vasco

Inigo.demiguelb@ehu.eus

Resumen: En los últimos dos años se ha producido un cambio notable en la regulación de la responsabilidad de los servidores públicos. La derogación de la vieja Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, la modificación del Código Penal, o la aprobación de la nueva Ley de Transparencia han contribuido mucho a construir un nuevo panorama. Este texto intenta exponer cómo ha quedado la normativa actualmente. Por tanto, se ofrece una visión global de la responsabilidad penal, patrimonial y disciplinaria de la materia, acompañada de una visión crítica sobre la realidad práctica a la que da lugar.

Abstract: In recent years there has been a notable change in the regulation of the responsibility of public servants. The repeal of the Law on the Legal Regime of Public Administrations, the modification of the Criminal Code and the approval of the Transparency Law have created a new framework. This text tries to expose the current Spanish regulation on these issues. Therefore, it offers a global vision of the criminal, patrimonial and disciplinary responsibility of public servants, accompanied by a critical vision on the practise.

Palabras clave: responsabilidad de los servidores públicos, responsabilidad disciplinaria, malversación, responsabilidad patrimonial funcionarios.

Keywords: responsibility of public servants, disciplinary responsibility, embezzlement, patrimonial responsibility.

Recepción original: 21/02/2017

Aceptación original: 29/03/2017

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones es, sin lugar a dudas, una cuestión jurídica fundamental. Más aún cuando concurren circunstancias como las que han dado pie a la redacción de este texto, esto es, un cambio sustancial en la legislación aplicable al respecto como el que se ha producido en los últimos años. Baste, en este sentido, recordar que entre 2015 y 2017 se ha actualizado la normativa administrativa, en primer lugar a través de la derogación de la ya casi venerable Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que han sucedido dos normas diferentes, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A ello hay que añadir las modificaciones introducidas en otra norma de importancia fundamental en el funcionamiento de la administración pública, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, que ha unificado la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y las disposiciones en materia de régimen jurídico del empleo público contenidas en normas con rango de ley que habían introducido modificaciones en sus disposiciones básicas.

A lo anterior hay que añadir las novedades introducidas en la responsabilidad penal en lo referente a las actuaciones desarrolladas en el marco de las administraciones públicas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta actualización normativa ha incrementado considerablemente la atención dedicada por la normativa penal a la administración, lo que se ha plasmado en la revisión total

de delitos el de malversación de caudales públicos (artículos 432 a 435 del Código Penal), en una agravación generalizada de las penas que pueden ser impuestas en los delitos cometidos por los funcionarios públicos, o en la ampliación del concepto penal de servidores públicos, incluyendo en él a determinados particulares que realizan actividades vinculadas al ejercicio de funciones públicas o creando el concepto de funcionario público extranjero.

El objetivo del presente texto consiste, en suma, en ofrecer una visión panorámica de la responsabilidad de los servidores públicos de acuerdo con este nuevo régimen jurídico que abarque tanto la responsabilidad disciplinar como la penal o la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos. Obra de suyo que, dado el carácter globalizador de este artículo, será necesario, a fin de no extendernos indefinidamente, decir ya de antemano que no se analizarán las cuestiones procesales asociadas a la exigencia de responsabilidades, esto es, el régimen de los diferentes procedimientos sancionadores, que darían por sí mismos para un profundo trabajo que a buen seguro acometerán con fruición nuestros compañeros procesalistas.

2. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

2.1 Introducción general. La responsabilidad del empleado público en general

La espina dorsal de la regulación de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos se halla situada en el título VII del Estatuto Básico del Empleado Público, de acuerdo con la nueva redacción elaborada en el contexto del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y por el todavía vigente Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, cuyo articulado, no obstante, resulta a día de hoy en buena medida redundante, por haber sido incorporado en su mayor parte en el EBEP.

La normativa emanada del EBEP comienza con una declaración general acerca de su propia competencia sobre las materias propias de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, cuestión abordada en su artículo 93, que afirma que «1. *Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario*

establecido en el presente título y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto». En principio, y de acuerdo con lo que posteriormente enuncia el artículo 94.1¹, esta potestad se ejercerá exclusivamente sobre las infracciones del personal al servicio de las administraciones públicas que hayan sido cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, y sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones. Ello no obstante, este precepto deberá ser interpretado extensivamente, esto es, más allá de las limitaciones impuestas por los lugares y horarios de trabajo, según la opinión de Quintana López², Sempere Navarro o Hierro Hierro³.

En cuanto al sentido último de la expresión «funcionarios públicos» en este contexto, hay que precisar que el concepto de funcionario a los efectos de la responsabilidad disciplinaria definida en el Estatuto Básico del Empleado Público es mucho más restringido que el concepto a efectos penales, pues no se incluye en él a los funcionarios políticos o electivos, ni al personal eventual o de confianza⁴. Dicho esto, es de otro lado particularmente importante destacar que, en el mismo artículo 93, el Estatuto determina que «4. *El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral*», lo que parece determinar que, en la vieja polémica sobre qué tipo de normativa se ha de aplicar al personal laboral, si la laboral o la administrativa, se impone esta última, siendo aplicable la regulación laboral solo en los casos en los que nos hallemos ante situaciones que no se han previsto en el Estatuto, esto es, en situaciones residuales⁵.

¹ «Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones»

² Véase: QUINTANA LÓPEZ, T., «La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos», Documentación administrativa, N.º 282-283, 2009 (Ejemplar dedicado a: La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II), 2009, págs. 321-359.

³ SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F., «Régimen disciplinario», en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 798 a 800

⁴ Véase: FORTES GONZÁLEZ, Ana I., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas», tesis doctoral defendida en Salamanca en 2013, accesible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124151/1/DDAFP_FortesGonz%C3%A1lez_AnaIsabel_tesis.pdf. Última visita: 15 de febrero de 2017.

⁵ Ello no obstante, no podemos dejar de señalar que parece un tanto contradictorio que el artículo 92 estipule que «El personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación. Los

Cabe también precisar que el régimen sancionador se extiende no solo a los autores de las conductas tipificadas, sino también a sus posibles inductores o encubridores, de acuerdo con lo señalado en los artículos 93.2 y 93.3 del Estatuto. Hay, no obstante, algunas diferencias relevantes entre ambos casos, por cuanto, para empezar, en el caso de los inductores parece suficiente que se consume el intento de condicionar la conducta del servidor público que ha de realizar la conducta sancionable, con independencia de si finalmente éste procede a llevarla a término, mientras que, en el caso del encubridor, es necesario que ésta efectivamente se realice, ya que el texto habla explícitamente de «faltas consumadas». En segundo lugar, en el caso de los encubridores se exige que sean faltas graves o muy graves que, además, causen «daño grave para la Administración o los ciudadanos», mientras que para los inductores solo se exige que se trate de «actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria». Por fin, no estará de más indicar que los inductores incurrirán en la misma responsabilidad que los autores, circunstancia ésta que no está nada clara en el caso de los encubridores, ya que la norma no señala nada al respecto⁶.

El ejercicio de esa potestad sancionadora se ejercerá de acuerdo con unos principios que se incluyeron por primera vez en el Estatuto de 2007 y que abarcan, de acuerdo con el artículo 94.2 del texto ahora vigente, los de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través

convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores».

⁶ De ahí que tengan sentido las palabras de Perona cuando escribe que «El otro precepto a considerar, el artículo 93.3, al establecer que «igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos», suscita al menos un par de dudas al intérprete: de un lado, la responsabilidad en que incurre en este caso el encubridor, pues el número tres del artículo 93, a diferencia del número dos, no indica que los encubridores incurrirán en la misma responsabilidad que el autor material de la falta, por lo que surge el interrogante sobre si el encubridor ha de responder en los mismos términos que el autor o de forma diferente, con menor responsabilidad, o aun con mayor; pues bien, ante la ausencia de un pronunciamiento por parte del redactor del EBEP, bien pudiera ser aclarado este extremo en el desarrollo que se haga del mismo conforme al sistema de previsto en el artículo 93.1 y 4, antes analizado, aunque el término «igualmente» con que da comienzo el precepto comentado ha llevado a algún autor a considerar que los encubridores han de hacer frente a la misma responsabilidad que los autores materiales de la falta o inductores de la misma en grado de consumación» (Cf: PERONA MATA, C., «Estatuto Básico del Empleado Público», Federación de Enseñanza de CC. OO., Marzo 2016, pág. 162, en: http://ccoo.upv.es/files/Legislacion/2016/2016-03-xx_Ley-7-2007_EBEP_texto-actualizado-y-comentado_Carmen-Perona_CCOO.pdf. Última visita: 15 de febrero de 2017).

de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos; irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor; proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación; culpabilidad; y presunción de inocencia.

2.2 Régimen de infracciones

El régimen de infracciones viene descrito en el artículo 95 del Estatuto, que las divide en tres tipos, muy graves, graves y leves. De entre todas ellas, obviamente, el documento hace especial hincapié en las muy graves, incluyendo un listado de todas ellas, de manera que se cumplan eficazmente los criterios de legalidad o tipicidad ya citados. Entre ellas se encuentran incluidas las siguientes:

a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública.

b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas⁷.

d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.

⁷ Hay que señalar aquí que el Tribunal Supremo ha establecido, a través de numerosas Sentencias, los requisitos imprescindibles que deben concurrir para que una conducta pueda ser tipificada como abandono de servicio. Así, en Sentencias de 14 de febrero (RJ 1984, 629), 14 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5670), 11 de abril de 1988 (RJ 1988, 3314), 17 de julio de 1990 (RJ 1990, 6131), 8 de abril de 1994, 22 de febrero (RJ 1995\1596) y 17 de marzo de 1995 (RJ 1995\2348), 10 de enero (RJ 1996, 165) y 29 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4657), 4 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 2199), etc. Entre ellos se cuentan la dejación total del puesto de trabajo asignado al funcionario, generalmente por tiempo indeterminado y sin motivo alguno que lo justifique, unido al propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo.

e) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función⁸.

f) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido.

g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas⁹.

h) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.

i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro.

k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.

l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.

m) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga.

n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad.

ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

o) El acoso laboral.

⁸ Nótese que aquí la norma va mucho más allá de la necesidad de preservar secretos oficiales.

⁹ Como ha señalado Quintana López, «La exigencia de que concurren todos los componentes del tipo (notoriedad, funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo, funciones encomendadas) puede llegar a dificultar la corrección disciplinaria de aquel empleado público poco comprometido con su trabajo, algo que, sin duda, debe ser solventado por las normas de desarrollo del EBEP mediante la previsión de tipos de faltas, graves o leves, que suavicen la exigencia de las circunstancias concurrentes del tipo» (Cf: QUINTANA LÓPEZ, T., «La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos», *op. cit.*, págs. 345).

p) También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en ley de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral.

Esta última letra viene a demostrar que la relación anterior es un *numerus apertus*, de manera que a través de leyes estatales o autonómicas, en el caso de los funcionarios, o mediante los convenios colectivos, en el caso de los empleados laborales de las Administraciones públicas, podrán ser tipificadas también otras actuaciones diferentes como faltas muy graves¹⁰.

En cuanto a las faltas graves o leves, hay que indicar que el Estatuto adopta una actitud mucho menos minuciosa en su descripción, remitiéndose, en el caso de las graves, a las *«establecidas por ley de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad; b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos; y c) El descrédito para la imagen pública de la Administración»*. Más acentuado es todavía este fenómeno en el caso de las faltas leves, en cuanto que lo que la norma señala a este efecto es, exclusivamente, que *«4. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias»*.

2.3 Régimen sancionador

El régimen sancionador aparece a su vez reflejado en el artículo 96 del Estatuto que determina que las faltas pueden lugar a diversas sanciones. Algunas de ellas, como la separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, o el despido disciplinario del personal laboral, se aplicarán cuando medie la comisión de faltas muy graves. Otras, como la suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años, el traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca, el apercibimiento, o el demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, pro-

¹⁰ QUINTANA LÓPEZ, T., «La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos», cit., pág. 346.

moción o movilidad voluntaria, podrán aplicarse a todo tipo de faltas, si bien siempre teniendo presente el principio de proporcionalidad y lo estipulado por el número 3 del mismo artículo, que dice explícitamente que «el alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación».

2.4 Otros regímenes de responsabilidad sancionadora

No podemos cerrar este apartado destinado fundamentalmente a la responsabilidad administrativa sin recordar, en primer lugar, que hay colectivos enteros de servidores públicos que cuentan con su propia normativa a estos propósitos. Así, por ejemplo, en el caso de Jueces y Magistrados, la potestad sancionadora se halla incardinada en el Consejo General del Poder Judicial¹¹, y su régimen se encuentra regulado en los artículos 414 a 427 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Otro tanto podría decirse del régimen disciplinario de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, por no hablar de las Fuerzas Armadas¹².

A ello hay que añadir que la reciente evolución de nuestro ordenamiento jurídico ha ido determinando la extensión de esta forma de responsabilidad a colectivos que van más allá de los ya citados, hasta incluir a los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y resto de altos cargos de la Administración del Estado, pero también a los altos cargos o asimilados, que tengan dicha consideración de acuerdo con la normativa autonómica o local. En este caso, su responsabilidad vendrá determinada por lo dispuestos en el artículo 29 y siguientes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la infor-

¹¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹² El régimen disciplinario de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía se encuentra regulado en la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía; respecto de la Guardia Civil, hay que mencionar la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen disciplinario de la Guardia Civil. Por fin, y en lo que respecta a las Fuerzas Armadas son tres las normas a tener en cuenta, la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que aprueba el Código Penal Militar; y la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas. Véase: FORTES GONZÁLEZ, Ana I., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas», tesis doctoral defendida en Salamanca en 2013, accesible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124151/1/DDAFP_FortesGonz%C3%A1lez_Anaisabel_tesis.pdf. Última visita: 15 de febrero de 2017.

mación pública y buen gobierno. Nos gustaría indicar aquí, aunque sea brevemente, nuestro particular apoyo a la inclusión de estas nuevas responsabilidades, que deberían complementar eficazmente las modificaciones introducidas en nuestro Código Penal en lo referente a delitos como el de malversación de caudales públicos que expondremos a continuación. Sin embargo, tampoco podemos dejar de señalar las enormes dificultades que tendrá que afrontar la aplicación concreta de esta disposición, ya sea por la propia inconcreción de los sujetos a los que atañe, o por la dudosa constitucionalidad de algunas de las sanciones previstas por la citada norma¹³.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

3.1 Introducción

La responsabilidad penal de los servidores públicos goza de particular relevancia por varios motivos. En primer lugar, por la propia gravedad del tipo de responsabilidad de la que estamos hablando. No en vano se considera habitualmente que las responsabilidades penales tienen un «plus» frente a todas las demás formas de sanción y, desde luego, son las únicas que contemplan penas que incluyen el ingreso en prisión. En segundo lugar, por la propia extensión del concepto de funcionario que se maneja en este ámbito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.2 del Código, que estipula que *«se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas»*. A ello hay que añadir lo dispuesto en el artículo 427 CP, referido específicamente al cohecho –y con aplicación también en el caso de la corrupción en las transacciones económicas internacionales (por disposición del art. 286 ter CP)–, que señala que, en tales casos, las conductas típicas se extenderán a *«cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión*

¹³ Y es que, como ha escrito acertadamente Fortes González, «así cabría preguntarse si no sería contrario a la Constitución que los cargos de elección directa por los ciudadanos como los concejales puedan ser destituidos por la imposición de una sanción administrativa, o qué ocurre con el personal de libre designación, el personal directivo, o el personal eventual que parece quedar excluido» (FORTES GONZÁLEZ, Ana I., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas», tesis doctoral defendida en Salamanca en 2013, accesible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124151/1/DDAFP_FortesGonz%C3%A1lez_AnaIsabel_tesis.pdf. Última visita: 15 de febrero de 2017).

Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública»¹⁴.

Por tanto, a efectos penales, no solo deberán considerarse funcionarios a los que lo sean de carrera, sino también a los interinos, a los contratados laborales al servicio de la administración o a quien a través de un contrato, administrativo o de cualquier otra naturaleza, realice –con cierta permanencia– cualesquiera actuaciones que puedan definirse como de carácter público¹⁵. En tercer lugar, por la prevalencia que se otorga a los procedimientos penales en caso de que éstos versen sobre hechos que son también susceptibles de responsabilidad administrativa. Y es que, como señala el artículo 94.3 del Estatuto, «cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal».

Hay, de otra parte, que tener presente que la lista de delitos que atribuyen penas específicas a los servidores públicos (esto es, delitos especiales) o que, al menos, incrementan las penas para quien los cometen valiéndose de su posición como tales es muy amplia¹⁶ y no ha disminuido en absoluto en la formulación del Código Penal renovado. Así, hay que hablar en primer lugar de delitos que incluyen entre sus elementos definatorios la comisión del hecho delictivo por autoridad o funcionario público o por alguna categoría determinada de éstos, como jueces, magistrados, secretarios de la administración de justicia, fiscales, militares o funcionarios de instituciones penitenciarias (delitos especiales propios). Entre ellos se encuentran los de torturas y contra la integridad moral de las personas; los delitos contra la ordenación del territorio, sobre el patrimonio histórico o contra los recursos naturales y el medio ambiente, que consisten en adoptar o in-

¹⁴ Véase, a este respecto: GÓMEZ RIVERO, C., «El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-06, págs. 1-36.

¹⁵ Cf. VALEIJE ALVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan la función pública», *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, n.º 62, págs. 435-498. Todo ello de acuerdo con la doctrina que sentencia que «lo que otorga mayor merecimiento de pena a los casos de corrupción pública es que el autor aprovecha una posición, que tiene su origen en una decisión de la Administración» (Cf. NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el DP económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, pág. 96).

¹⁶ La relación procede de: RAYÓN BALLESTEROS, «Responsabilidades de empleados públicos y altos cargos de la Administración», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII (2015) 131-158 (135 y 136). Un estudio aún más profundo sobre este tema puede hallarse en un texto de nuestro admirado Norberto de la Mata: DE LA MATA, N., «El funcionario público ante el derecho penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 20, enero 2010, págs. 13-78.

formar favorablemente ciertas resoluciones a sabiendas de su injusticia; los referidos a la falsedad documental, de despachos transmitidos por telecomunicaciones y falsificación de certificados; delitos de prevaricación y otros comportamientos injustos; los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos; delitos de desobediencia y denegación de auxilio; delitos e infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos; cohecho; tráfico de influencias; malversación de caudales públicos; fraudes contra la Administración pública (art. 436) - Las exacciones ilegales; negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función; prevaricación en el ámbito de la Administración de Justicia; obstrucción a la Justicia por parte de representantes del Ministerio Fiscal y Secretarios Judiciales; revelación de secretos en el ámbito judicial; infidelidad en la custodia de presos; delitos específicos de militares y funcionarios con ocasión de rebelión; quebrantamiento de la inviolabilidad parlamentaria; obstaculización en la investigaciones del defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas y órganos equivalentes de las comunidades autónomas, etc.

En el segundo apartado –delitos que conocen de mayor sanción por el hecho de haber sido cometidos por servidores públicos, esto es, delitos especiales impropios– habría que situar, por su parte, al menos los de descubrimiento y revelación de secretos de particulares, allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público, receptación, delitos contra la salud pública, estafa, apropiación indebida con abuso del cargo, incomparecencia ante una comisión parlamentaria de investigación¹⁷.

Obviamente, no es este el lugar y el momento de detenernos a examinar exhaustivamente todos y cada uno de estos delitos, ya que, recuérdese, el objetivo de este texto consiste en fijar la atención, especialmente, en las novedades introducidas por las últimas novedades legislativas. Es, precisamente, sobre esta base inicial sobre la que cimentaremos la necesidad de introducir ahora algunas reflexiones acerca las modificaciones introducidas por la reforma del Código Pe-

¹⁷ Es, con todo, conveniente recordar que, a pesar de la que la lista de delitos que cabría atribuir a los servidores públicos es sumamente extensa, en la práctica los tribunales de lo penal han sido poco proclives a emitir sentencias condenatorias en su virtud. Ello se ha debido, entre otras razones, a una tradición jurídica, ya extinta, que exigía la autorización previa administrativa para encausar penal o civilmente a las autoridades y funcionarios, que todavía tiene cierto peso en el inconsciente colectivo de la magistratura y/o a la existencia una jurisdicción, como la contencioso-administrativa, encargada ya de corregir los ilícitos producidos en el ámbito de lo público, a la que los responsables de la jurisdicción penal guardan a veces excesivo respeto.

nal efectuada en 2015¹⁸ y el –se supone– nuevo enfoque en política criminal que debería traer consigo, siempre en relación estricta con el asunto que nos ocupa, esto es, la responsabilidad de los servidores públicos.

Así, y para empezar, convendría recordar que la nueva normativa ha reforzado considerablemente la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública, siguiendo las recomendaciones del GRECO¹⁹ con motivo de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por España con la forma de distintos Convenios Internacionales²⁰. La prueba más palpable de todo ello ha sido la considerable elevación de las penas de inhabilitación previstas para este tipo de delitos, y la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en lo que debería interpretarse como la apuesta por una política criminal más activa en la prosecución de los comportamientos relacionados delitos. Ojalá que la práctica judicial se corresponda con estas impresiones. Más allá de todo ello, no obstante, nos gustaría ahora centrar nuestra atención en un delito en concreto, el de malversación de caudales públicos, que es el único²¹ que ha sufrido cambios relevantes en la configuración proporcionada por la última reforma del Código Penal.

3.2 La nueva concepción del delito de malversación de caudales públicos

Como hemos anticipado ya, la configuración del delito de malversación de caudales públicos ha cambiado notablemente con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La principal novedad introducida por la nueva concepción radica en pensar en el delito de malversación como una modalidad de adminis-

¹⁸ A través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

¹⁹ Grupo de Estados Contra la Corrupción, entidad dependiente del Consejo de Europa.

²⁰ Véase: RASILLO LÓPEZ, P., «Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015 (II). Delitos contra la Administración Pública», en *El Derecho.com*, 16 de diciembre de 2016, en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-administracion-publica-reforma-Codigo-Penal_11_1033180001.html. Última visita: 15 de febrero de 2017.

²¹ Esto no debe resultar particularmente sorprendente si tenemos presente que estos delitos habían sido objeto de una profunda revisión por la LO 5/2010, de 22 de junio.

tración desleal y/o una apropiación indebida sobre el patrimonio público y no necesariamente de sustracción o desviación en el destino de los fondos públicos.

Siguiendo esta filosofía, la modificación introducida ha sustituido tres conductas típicas incluidas en la redacción anterior del Código Penal (artículos 432, 433 y 434), la sustracción con ánimo de lucro de fondos públicos por parte del funcionario público o autoridad –o consentir que otro los sustraiga con el mismo ánimo–, el destino de dichos caudales públicos a usos ajenos a la función pública, y la aplicación privada de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las Administraciones Públicas con grave perjuicio para la causa pública, por un único concepto que enmarca el delito de administración desleal (art. 252) y el delito de apropiación indebida del nuevo artículo 253²². Cabe, pues, decir que *«el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la prestación de los servicios públicos, y la confianza del público en el manejo honesto del patrimonio público, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad privada que se regulan en el Título XIII del Código Penal»*²³.

La nueva estructura del delito se incardina, pues, en torno a dos tipos fundamentales de malversación, la malversación como conducta de apropiación –artículo 432.2 y 3, que remite al artículo 253, que castiga la apropiación indebida, cuyo bien jurídico es, a juicio de buena parte de la doctrina, la propiedad– y la modalidad de malversación como conducta de administración desleal –artículos 432.1 y 3 y 433, apartado segundo, cuyo bien jurídico es el patrimonio público. La diferencia entre ambas modalidades es nítida. En el caso de la apropiación indebida, lo que se castiga son las conductas de quienes se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos o valores o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. En cambio, la administración desleal consiste en infringir las facultades de administración, excediéndose en su ejercicio, siendo tal conducta *ex ante* idónea para

²² Véase: MIR PUIG, C., «La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 68, 1, 2015, págs. 185-236

²³ *Ibidem*, pág. 198.

perjudicar el patrimonio administrado²⁴. Se trata de delitos que no cabe cometer en su modalidad imprudente. Han de ser forzosamente dolosos, sin que se exija en cambio ánimo de lucro²⁵, lo que nos parece particularmente razonable²⁶.

La pena adjudicada es de prisión de dos a seis años y con las inhabilitaciones cumulativas especiales para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Hay, además, un subtipo agravado²⁷, otro hiperagravado²⁸ y, finalmente, uno atenuado²⁹. Admiten penalidad la conspiración, proposición y provocación para cometer el delito, inferior en uno o dos grados a la del tipo básico, según el artículo 445 del Código.

²⁴ Como indica Mir Puig, «El artículo 252 CP abarca cualquier conducta que constituya un «exceso en el ejercicio de las facultades de administración», lo cual incluye: 1) los actos de disposición del patrimonio administrado; 2) la contracción de obligaciones del patrimonio ajeno frente a terceros; 3) las omisiones (no ejercitar un derecho de crédito del patrimonio administrado) que puedan entenderse como un ejercicio de las facultades que ostenta el administrador, y 4) las conductas de administración que generen riesgo previsible de sanciones o de responsabilidad patrimonial para el patrimonio administrado (ejemplo: la comisión de un delito fiscal por parte del administrador de la sociedad, relativo al Impuesto de Sociedades implica un riesgo de multa penal para la sociedad administrada)» (Cf: MIR PUIG, C., «La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español», cit., pág. 211).

²⁵ Y es que, como ha señalado Roca Agapito, «lo importante del delito de malversación no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infidelidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve» (ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: arts. 432 y ss.», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., DOPICO GÓMEZ, J., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coord.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013, pág. 924).

²⁶ Hay que tener en cuenta que, en el caso de la apropiación indebida, es necesario que se halle presente el *animus rem sibi habendi*, esto es, el deseo de apropiarse efectivamente de la cosa. Si, por el contrario, el elemento que se halla presente es exclusivamente el *animus utendi*, como es el caso de la distracción a finalidades ajenas a la función pública (arts. 433 y 434 CP 95) del patrimonio público, estaríamos ante un supuesto de administración desleal.

²⁷ Se castiga con las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) causación de daño o entorpecimiento del servicio público, o b) si el valor del perjuicio causado o de los bienes efectos apropiados excedieren de 50.000 euros.

²⁸ Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena del tipo gravado en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

²⁹ Que castigado con pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

Es muy importante resaltar que el nuevo marco jurídico penal sigue sin sancionar la asignación de bienes o efectos públicos a otra finalidad que la asignada legalmente, a menos que tal actitud cause un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados originalmente. Esto es, como ha subrayado parte de la doctrina³⁰, un punto débil de la reforma, que ha confiado en exceso en la capacidad auto sancionadora de las Administraciones Públicas, que no es, en la práctica, tan efectiva como se presupone. Y no parece que la nueva Ley de Transparencia vaya a provocar un cambio radical en este sentido, como ya hemos señalado en el apartado anterior.

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL FUNCIONARIO Y LA ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Además de una responsabilidad disciplinaria o penal, las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas pueden contraer, con sus actos, una responsabilidad patrimonial frente a di-

³⁰ Citaremos aquí a Manzanares Samaniego cuando escribe que a «El error del Proyecto de 1980 y del Código Penal de 1995 –que destipificaron dicha conducta– fue no reparar en que la vía sancionadora administrativa, eficaz tal vez en los escalones inferiores de la Administración, es por completo inoperante cuando aquel cambio en el destino de los dineros públicos se realiza al más alto nivel, con un ministro, por ejemplo, como autor del desvío. Sería interesante saber si tales prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción hoy poco menos que institucionalizada a la sombra de los poderes públicos. Los euros previstos para construir una carretera pueden destinarse a un informe sobre el medio ambiente en relación con las emisiones de anhídrido carbónico en las autopistas alemanas. Y no pasará nada, porque el gasto habrá tenido oficialmente una finalidad pública con o sin concurso. Además, esta impunidad tiene la ventaja de que se puede beneficiar al familiar, amigo o compañero de partido con cifras astronómicas de euros a cambio de tres folios que, cogidos de Internet, no servirán para nada (tal y como se sabía de antemano)... y así sucesivamente» (Cf: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», *La Ley*, diario núm. 8104, de 13 de jun. 2013, pág. 1). En parecido sentido, Roca Agapito ha escrito que: «Sería conveniente volver a tipificar la aplicación de los caudales a fines públicos pero distintos de los que tuvieren legalmente asignados, si bien limitando la figura a solo los supuestos en que con ello se cause un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados.» (Cf: ROCA AGAPITO, L., en sus conclusiones de su libro monográfico *El delito de malversación de caudales públicos*. Ed. JM Bosch, 1999, pág. 368). Citaremos, por fin, a Carlos Mir cuando señala que «En mi opinión, en los casos de no darse dicho grave daño al servicio público debería sancionarse dicha conducta como infracción administrativa por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, principio que fundamentó la desincriminación de la referida conducta en el Proyecto de 1980 y en el CP 1995 (Cf: MIR PUIG, C., «La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español», cit., págs. 185-236 (191)).

chas entidades. Hay, principalmente, dos vías por las que nuestra normativa articula esta responsabilidad. De un lado, la acción de regreso por los daños causados al ciudadano por los servidores públicos y, de otro, la acción de indemnización por los daños causados por dolo o culpa grave a la propia Administración, de acuerdo con lo que anteriormente señalaba el artículo 145 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Proceso Administrativo Común (LRJ-PAC) y que ahora ha mantenido inalterado en sus aspectos sustanciales en la redacción del artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. A continuación expondremos ambos tipos de acciones por separado.

4.1 Las responsabilidades derivadas de un daño al ciudadano y la acción de regreso

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas frente a terceros viene en general determinado por lo expuesto en el artículo 36 del Capítulo IV Sección primera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que señala lo siguiente:

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

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

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

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

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

A tenor de la redacción literal de dicho artículo, un lector bienintencionado podría pensar que se abre una puerta a la posibilidad de que la Administración pueda recuperar las cantidades satisfechas como consecuencia de las responsabilidades en que hubiera incurrido frente a terceros como consecuencia de acciones dolosas, culposas o gravemente negligentes efectuadas por servidores públicos en el contexto de su actividad, una vez satisfechas las indemnizaciones correspondientes. Más aún, incluso se podría pensar que la Administración tiene hasta un deber de interponer esta clase de acciones, dado que la redacción original del artículo, que incluía la fórmula «podrá exigir» fue modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que introdujo su expresión actual («exigirá de oficio»), al parecer con el explícito propósito de constituir como deber lo que hasta entonces solo era potestad.

Un vistazo a la realidad cotidiana de nuestra vida judicial demostrará enseguida que tales conjeturas teóricas no ofrecen ninguna evidencia práctica. Tanto es así, de hecho, que hay incluso quienes han llamado a esta acción de regreso «un florero»³¹, ya que prácticamente nunca³² llega a ejercitarse³³, situación que ha sido duramente criticada por algunos autores, que ven en ella una práctica notoriamente insana³⁴, al menos por tres motivos: de un lado, porque obligan a las arcas públicas a soportar un castigo que podría evitarse³⁵; de otro, porque fomenta la continuidad de las conductas que causaron el perjuicio, impidiendo una adecuada gestión de eventos adversos³⁶; por fin, porque la privación de toda repercusión en el patrimonio del servidor público puede producir una menor diligencia en el cumplimiento

³¹ Cf. DOMENECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *InDret*, 2/2008, pág. 3.

³² Quien quiera hallar algunos casos anecdóticos en nuestra jurisprudencia puede consultar: DOMENECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *op. cit.*, pág. 5.

³³ Cf. RAYÓN BALLESTEROS, «Responsabilidades de empleados públicos y altos cargos de la Administración», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII (2015) 131-158 (137); DOMENECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *InDret*, 2/2008, pág. 3.

³⁴ Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 4.^a ed., 1993, t. II., págs. 405 y 406.

³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 1473 y 1474.

³⁶ BARCELONA LLOP, Javier, «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 105, 2000, pág. 37 y ss.

to del deber³⁷. Conviene, por tanto, preguntarse a qué se debe esta inusual circunstancia. Sin lugar a dudas, responder a esta cuestión solo es posible si nos remitimos a una adecuada combinación de motivos pragmáticos y un arsenal de recursos jurídicos que el legislador ha dejado a disposición de la Administración, manteniendo en el fondo disponible su capacidad discrecional.

En el marco de estos recursos técnicos se encuentra, en primer lugar, la salvedad de que la acción solo deberá ejercerse obligatoriamente cuando hayan concurrido «dolo, o culpa o negligencia graves», para lo cual se ponderarán entre otros, los siguientes criterios: «*El resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso*». Huelga decir que, dado que es el propio organismo público el que debe decidir si concurren o no estos requisitos, queda, de hecho, a su libre albedrío apreciarlos o no, máxime cuando no se trata de un *numerus clausus*, sino que pueden incluirse «otros» motivos por los que suspender la ejecución de la acción.

A ello hay que añadir, además, que el ciudadano ha sido privado de todo derecho a influir por sí mismo en la interposición o no de esta acción³⁸, a pesar de que ello deje prácticamente vacío de contenido lo estipulado en el primer punto del artículo 36, en cuanto que es únicamente la Administración quien puede interponerla. Tanto es así que algunos autores han indicado que, aun cuando una compañía aseguradora fuera la responsable última de satisfacer la indemnización, ésta no podría en ningún caso ejercer ni hacer a la Administración ejercer esta acción, dado lo dispuesto al respecto en el art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro³⁹ y a la simple razón de que no hay en nuestra normativa mecanismos eficaces para lograr este resultado aún cuando la ley amparase a la aseguradora⁴⁰.

³⁷ CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Documentación Administrativa*, 254-255, 1999, págs. 339 y ss.

³⁸ Como señala Doménech, «la Ley 30/1992 elimina la opción, que la legislación anterior reconocía a quien hubiese sufrido una lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de exigir responsabilidad directamente al funcionario o autoridad causante del daño. Ahora sólo puede dirigirse contra la correspondiente Administración» (Cf: DOMENECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *InDret*, 2/2008, pág. 4)

³⁹ Véase: HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas», *InDret*, 4/2004, pág. 21.

⁴⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol, «Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració», *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2002, págs. 1023-1058.

Finalmente, hay que subrayar que la normativa confiere a la Administración el poder de reclamar una cuantía diversa de la indemnizada, que puede ser notablemente inferior en atención a los factores ya citados.

En cuanto a las razones pragmáticas que se han aducido para explicar la falta de interés en el ejercicio de esta acción por parte de los organismos administrativos, hay que señalar que la doctrina ha citado, cuanto menos, las siguientes: «*la inercia administrativa contraria a esta figura de responsabilidad indirecta de la autoridad o funcionario, las resistencias corporativas o sindicales y los altos costos políticos que, en algún caso, puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición*»⁴¹. Otros autores, por su parte, señalan que el motivo de fondo por el que no llegan a ejercerse este tipo de acciones no es otro que la necesidad de optimizar el funcionamiento de la propia Administración, que podría verse amenazado en caso de que su personal tuviera que afrontar con su propio patrimonio las consecuencias de actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones, ya que, en tal caso, proliferarían la actuaciones presididas por un instinto conservador y reglamentarista, que podría provocar el anquilosamiento de lo público⁴². A ello hay que añadir que, como se ha señalado reiteradamente, puede ser más razonable proceder a sancionar administrativa-mente (incluso con la pérdida de empleo) a un servidor ineficiente que repercutir el daño contra un patrimonio seguramente insuficiente para afrontarlo, de la misma manera en que en la empresa privada se prefiere despedir a un empleado que demandarle por la vía civil⁴³. Por fin, no podemos dejar de reflejar que, como ha sugerido Domenech, un ejercicio continuado de esta clase de acciones probablemente obligaría a los servidores públicos a contratar seguros de responsabilidad que cubrieran este tipo de eventualidades, lo que redundaría en un

⁴¹ LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración y de sus autoridades y personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Leguina Villa Jesús y Miguel Sánchez Morón (Dirs.), Tecnos, Madrid, 1993, pág. 408.

⁴² Como escribía Casino Rubio, este tipo de responsabilidad «puede introducir un fuerte condicionamiento en el modelo y las pautas de comportamiento de los funcionarios, que podría conducir, a su vez, a un ejercicio defensivo, por conservador o inhibitorio de determinadas funciones públicas» (Cf: CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Documentación Administrativa*, 1999, 254-255, págs. 339 y ss. (369).

⁴³ Véase: SALVADOR CODERCH, Pablo y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», *InDret* 3/2002; MIR PUIGPELAT, Oriol, «Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració», *op. cit.*, pág. 1045; DOMENECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *InDret*, 2/2008.

considerable incremento del malestar del colectivo o en una subida generalizada de sus salarios que les permitiera sufragar el coste añadido, escenarios ambos que no parecen aconsejables en la coyuntura actual (ni en ninguna otra). Y todo ello, desde luego, por no mencionar el considerable aumento del clima de conflictividad laboral que el cumplimiento estricto de la disposición que nos ocupa provocaría. Resulta, en suma, razonable pensar que la Administración saldría perdiendo en caso de proceder, efectivamente, a ejercer el derecho que la norma le confiere.

Nos encontramos, en suma, con que, más allá de casos realmente excepcionales, como son aquellos en los que se produce un daño al ciudadano como consecuencia de una acción claramente dolosa de un servidor público, lo más prudente parece, efectivamente, continuar con una línea de actuación como la que se ha registrado hasta ahora. Bien es cierto que, si así ha de ser, merecería la pena modificar el artículo 36, de manera que limitase efectivamente el ámbito del recurso al dolo, excluyendo los otros motivos que ahora permanecen. De este modo se evitaría, en primer lugar, transmitir a la ciudadanía el mensaje de que la Administración no aplica sus propias normas y, en segundo lugar, mantener la posibilidad de un uso aleatorio y, por tanto, discriminatorio de este resorte, lo que podría dar lugar a arbitrariedades sumamente preocupantes⁴⁴.

4.2. La acción de indemnización por los daños causados por dolo o culpa grave a la propia Administración, de acuerdo con lo señalado en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La responsabilidad patrimonial directa del funcionario frente a la Administración

La responsabilidad patrimonial de los servidores públicos no solo se circunscribe a los daños ocasionados a la ciudadanía, sino que se extiende a los perjuicios que pudieran ocasionarse en los bienes o derechos de la propia Administración. Así, lo establece, en general, el punto 3 del artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que señala que «*La Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves*», redac-

⁴⁴ DOMENECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *InDret*, 2/2008

ción que reproduce literalmente lo que estipulaba el artículo 145.3 de la derogada LRJ-PAC⁴⁵.

La principal diferencia, por tanto, de este caso con el anterior es que aquí es la propia Administración la que sufre el perjuicio y ella misma podrá, en aplicación del principio de autotutela de la Administración Pública, acordar unilateralmente la indemnización que proceda, mediante el ejercicio de la acción responsabilidad de oficio frente al presunto responsable. La única condición a tal fin es que concurra dolo, culpa o negligencia graves en la conducta del afectado. A ello hay que añadir que, en el presente caso, parece mucho más dudoso que la Administración pueda atenuar la cuantía de la indemnización a satisfacer sobre las bases enunciadas en el punto 2 del artículo 36, ya que el desarrollo normativo posterior ha eliminado completamente esa posibilidad, que sí se hallaba presente en la redacción original del artículo 145.3 de la LRJ-PAC⁴⁶. La nueva normativa, de hecho, ha continuado por esta línea, optando por reducir la discrecionalidad administrativa, en lo que creemos que es una política legislativa claramente acertada, aun cuando la incidencia práctica de esta acción seguirá siendo a buen seguro muy escasa.

4.3 La responsabilidad contable de los servidores públicos

Un caso particularmente relevante de responsabilidad patrimonial por los daños causados a la Administración por los servidores públicos es el que habitualmente se conoce como «responsabilidad contable». Se trata, como decimos, de un caso específico, por varios motivos. En primer lugar, por su extraña naturaleza jurídica, que Fernández García considera «una subespecie de la responsabilidad civil, por lo que no tiene un carácter sancionador, sino meramente reparador»⁴⁷; en segundo lugar, por el organismo administrativo encargado de su vigilancia, el Tribunal de Cuentas; y, en tercer lugar, por

⁴⁵ En el ámbito local, cabe mencionar normas como la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que señala en su artículo el art. 78, apartado 3.º, que «Las Corporaciones Locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros, cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación».

⁴⁶ Véase: FORTES GONZÁLEZ, Ana I., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas», tesis doctoral defendida en Salamanca en 2013, accesible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124151/1/DDAFP_FortesGonz%C3%A1lez_AnaIsabel_tesis.pdf. Última visita: 15 de febrero de 2017.

⁴⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., «La responsabilidad contable: el reintegro por alcance», *Revista de Administración Pública*, núm. 192, Madrid, septiembre-diciembre (2013), págs. 339-379

la extraña vía procesal que se sigue para su exigencia, que incluye dos procedimientos alternativos diferentes, el procedimiento de Juicio de Cuentas y el de Reintegro por Alcance.

Más allá de eso, resulta un tipo de responsabilidad cuanto menos especial en cuanto que solo pueden incurrir en ella quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. Ahora bien, dicho esto, es importante subrayar que pueden incurrir en ella tanto funcionarios u otros servidores públicos como cualquiera que, aun no hallándose en tales circunstancias, cumpla la condición de ostentar dominio sobre fondos públicos⁴⁸. Su regulación se remite a la normativa referente al Tribunal de Cuentas, que es quien tiene encomendada la potestad de fiscalización de las cuentas públicas, de un lado, y al enjuiciamiento contable, de otro, de acuerdo con el art. 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCU), señala que «*el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados*»⁴⁹. Hay, además, que

⁴⁸ Como los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas. Véase: FUENTES DEVESA, R. y A. IRIARTE IBARGÜEN, «Responsabilidad contable en el sector público», *Enciclopedia de Administración Local* (La Ley 4550/2008), 2008.

⁴⁹ Según apunta Marta Solano Sau, para que surja efectivamente una responsabilidad contable, es necesario que se den, al menos, los siguientes requisitos:

Que se trate de personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

Que se trate de acciones u omisiones contrarias a las Leyes que produzcan un menoscabo en caudales o efectos públicos.

Que se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, manejen o utilicen bienes o caudales públicos.

Que se trate de infracciones de obligaciones previstas en las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicables a las entidades gestoras del sector público y a quienes perciban subvenciones, créditos, avales y demás ayudas públicas.

Que la acción u omisión antijurídica sea culpable, es decir, que debe haber sido realizada con dolo, culpa o negligencia graves.

Que exista una relación causal entre el daño producido a los caudales públicos y la conducta ilícita y culpable de quienes los tenían a su cargo.

Véase: SOLANO SAU, Marta, Temario General de la ESTT - OEP 2011, Grupo de Materias Generales, Elaborado en 2011, tema 47. Éste precepto es concretado en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas cuando señala que «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

tener presente que entre los demás casos de responsabilidad del servidor público y el de la responsabilidad contable hay otra diferencia sustancial, que no tiene tanto que ver con lo puramente teórico, como con la realidad jurídica a la que nos enfrentamos. Y es que el Tribunal de Cuentas ha adoptado una actitud considerablemente diferente al resto de la Administración Pública en lo que se refiere a la exigencia de responsabilidad, optando por un nivel de ejercicio de sus actividades fiscalizadoras que es cuanto menos significativo.

Hay, en todo caso, que distinguir entre dos formas de responsabilidad contable, la directa y la subsidiaria. Dentro del primer tipo se encuentran, siguiendo lo estipulado por el artículo 42 de la LOTCU, «*quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución*». Ostentarán responsabilidad subsidiaria, en cambio, «*quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas*».

La responsabilidad directa es particularmente grave, por cuanto puede conllevar la separación del servicio de la autoridad o funcionario responsables, sin perjuicio de que el Tribunal de Cuentas también puede pasar el tanto de culpa al Fiscal General del Estado por el delito de desobediencia. Es importante, de otra parte, subrayar que en el caso de la responsabilidad directa, la mera producción del daño o menoscabo no es causa suficiente para que nazca la responsabilidad contable, sino que la norma vigente exige dolo o, al menos, culpa grave, esto es, que no haya previsto o evitado el daño cuando podía haberlo hecho. En este caso de la subsidiaria, en cambio, basta con que concurra culpa en un grado inferior a grave o muy grave.

4.4 La responsabilidad económica derivada de la aprobación de la Ley 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Hay, por fin, que reseñar que la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ha traído consigo la aparición de una nueva forma de

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».

responsabilidad patrimonial por parte de quien la propia norma califica como «altos cargos» de las Administraciones Públicas, esto es, los miembros del Gobierno, los Secretarios de Estado y el resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella, en el ámbito de la Administración General del Estado y quienes, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración en el ámbito de las Administración local o autonómica, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales. Todos ellos compartirán una responsabilidad económico-financiera ligada al concepto de buen gobierno que va más allá de la responsabilidad contable⁵⁰ y que incluye comportamientos meramente culpables, sin que sea necesaria la producción de conductas dolosas⁵¹.

Citaremos, en este sentido, el artículo 28 de la mencionada norma, que es el que identifica las infracciones muy graves que pueden cometerse en materia económico-financiera, entre las que se incluyen, por ejemplo, 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 (letra b), 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 (letra d), o 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 (letra k).

La comisión de esta clase de infracciones traerá consigo un régimen sancionador descrito en el artículo 30 (puntos 4 y 5) que señalan lo siguiente:

4. Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años con arreglo a los criterios previstos en el apartado siguiente.

⁵⁰ Véase: PALOMAR OLMEDA, A., «¿Hay vida en la administración después de la corrupción?», *Revista internacional de transparencia e integridad*, n.º 1 Mayo-Agosto 2016, pág. 13.

⁵¹ Parece razonable indicar también que la referida norma ha tenido a bien introducir en su artículo 29 una referencia explícita a la responsabilidad por infracciones disciplinarias de los servidores públicos que no hace sino reproducir lo dispuesto al efecto por el Estatuto Básico de la Función Pública vigente en aquel momento.

5. La comisión de infracciones muy graves, graves o leves se sancionará de acuerdo con los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los siguientes:

- a) La naturaleza y entidad de la infracción.
- b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.
- c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
- d) Las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva.
- e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
- f) La reparación de los daños o perjuicios causados.

En la graduación de las sanciones se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos, y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

A día de hoy, no obstante, es pronto para vaticinar cuál será la auténtica repercusión práctica de las disposiciones que acabamos de exponer. También es una incógnita saber cómo se articulará su relación con el delito de malversación, que ahora incluye la administración desleal, o los límites precisos entre esta forma de responsabilidad y la responsabilidad contable u otras formas de responsabilidad administrativa⁵². En principio, hay pocas dudas de que a favor de la nueva norma cuenta su capacidad para individualizar o de subjetivi-

⁵² La cuestión ha sido parcialmente enfocada por el apartado 7 del artículo 30 de la propia norma, que señala que «el que se refiere a esta materia cuando señala que «cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador; suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel. No se considerará normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el artículo 28, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador». Pero es que, como ha escrito Palomar, «la duplicación del marco de responsabilidades con las que proceden del ámbito de la hacienda pública y la opción porque el reproche sea literalmente el mismo en ambas legislaciones plantea una problemática nada menor una vez que la propia norma admite la tramitación simultánea como si el reproche no fuera, finalmente idéntico. Esto planteará problemas sobre la aplicación del non bis in ídem en relación con los hechos que se alegan y admiten o rechazan en ambos procesos e, incluso, sobre el propio título de imputación de la culpabilidad» (Véase: PALOMAR OLMEDA, A., «Buen gobierno económico», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 10, abril – septiembre 2016, págs. 166-178).

var la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones que, con carácter objetivo, establece la Ley 2/2012, de 27 de abril, General de estabilidad presupuestaria, una cuestión que la propia norma no había resuelto adecuadamente, por cuanto si bien citaba una serie de iniciativas de obligado cumplimiento, no determinaba un responsable identificado y concreto. Por tanto, cualquier posible inobservancia de la norma presupuestaria ha carecido de efectos en el plano del estatus personal del incumplido hasta la publicación de la Ley 19/2013.

