

¿Es posible exigir responsabilidades a los gestores públicos en España?

Pilar JIMÉNEZ RIUS

Letrada del Tribunal de Cuentas

Diario La Ley, Nº 7801, Sección Doctrina, 20 Feb. 2012,
Año XXXIII, Editorial LA LEY

LA LEY 822/2012

El objetivo fundamental de este trabajo es aportar algo de luz para dilucidar si es necesario tipificar como delito la gestión deficiente del gasto público en España o es suficiente aplicar las normas que ya forman parte de nuestro ordenamiento jurídico actual pero que no se aplican en sus justos términos. Se trata, en definitiva, de reflexionar sobre si es necesario modificar el ordenamiento jurídico vigente para poder exigir responsabilidades a los gestores que han incumplido dichos mandatos legales y que han ocasionado un elevado déficit presupuestario que ha avocado a España a una crisis económica sin precedentes

I. INTRODUCCIÓN

La gestión de los fondos públicos de una manera deficiente pone en evidencia, cuando menos, una dejadez o falta de diligencia por parte de los gestores públicos, que, en algunas ocasiones, bien podrían conllevar responsabilidades disciplinarias. No solo eso, dicha gestión deficiente podría también llegar a ser constitutiva de responsabilidad patrimonial, penal y/o contable. Vamos a ir analizando uno por uno los diferentes tipos de responsabilidades que pueden derivarse de una deficiente gestión de fondos públicos (p. ej., «facturas en los cajones»).

Antes de entrar en materia, debemos manifestar de manera apriorística que en nuestra opinión la normativa presupuestaria vigente regula exhaustivamente las obligaciones de los gestores públicos ⁽¹⁾.

II. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS GESTORES PÚBLICOS

La Ley 7/2007, de 12 de abril, Reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, regula los derechos y obligaciones de los empleados públicos y establece el régimen disciplinario al que están sometidos. Vamos a analizar este régimen disciplinario con relación al tema que nos ocupa en este trabajo que no es otro que la deficiente gestión del gasto público en nuestras Administraciones Públicas.

Comenzaremos señalando los deberes que deben cumplir los empleados públicos en el ejercicio de su cargo. Así, los arts. 52 a 54 disponen que los empleados públicos deberán:

- — Desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas.
- — Velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

- — Actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el código de conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.
- — Ajustar su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios.
- — Actuar de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilar la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.
- — Cumplir con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolver dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.
- — Ejercer sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.
- — Desempeñar las tareas correspondientes a su puesto de trabajo de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.
- — Administrar los recursos y bienes públicos con austeridad.

Por su parte, el art. 13.3, del Estatuto, al regular el personal directivo también señala que «estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados».

Una vez analizados estos deberes, nos atrevemos a afirmar que la gestión de los fondos públicos por una parte de los empleados públicos y del personal directivo responsables de la tramitación de los expedientes contractuales y de gastos no se ha comportado de acuerdo con los deberes y principios anteriormente mencionados. Así, por ejemplo, piénsese en el caso de la ocultación de las facturas en los cajones. No parece posible que dicha actuación haya sido posible si los responsables de dichas facturas y expedientes de gastos desempeñaron con diligencia las tareas que tenían asignadas, velaron por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, actuaron con arreglo a los principios de transparencia objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia y honradez, lealtad y buena fe con la Administración, eficacia, economía y eficiencia, ni administraran los recursos y bienes públicos con austeridad.

Quizás, en algunos casos, los empleados públicos que actuaron apartados de los mandatos y principios anteriormente mencionados pudieron hacerlo obedeciendo órdenes e instrucciones de sus órganos superiores. En estos casos, y de acuerdo con lo establecido en el art. 54.3

del Estatuto, dichos empleados públicos debieron haberlo puesto inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes, ya que dichas actuaciones bien podrían constituir una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

El Estatuto Básico del Empleado Público no solo positiviza los deberes de dichos empleados, sino que además, en los arts. 93 y siguientes, regula la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos y el personal laboral. Así, se consideran faltas disciplinarias muy graves (art. 95) en las que podrían haber incurrido algunas de los gestores que procedieron al ocultamiento de las facturas:

- — El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas, pues la obligación legal desde punto de vista de derecho presupuestario era la no ocultación sino su pago.
- — La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos, ya que el acuerdo de ocultar un elevado número de facturas ha causado indudablemente un perjuicio grave a la práctica totalidad de nuestras Administraciones Públicas.
- — El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas en el sentido de que es función esencial de los gestores y órganos de control interno de las Administraciones dar curso a esas facturas y no ocultarlas.

Por razón de las faltas cometidas, podrán imponerse las siguientes sanciones (art. 96):

- **a)** Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que solo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves.
- **b)** Despido disciplinario del personal laboral, que solo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban.
- **c)** Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de seis años.
- **d)** Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca.
- **e)** Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria.
- **f)** Apercibimiento.
- **g)** Cualquier otra que se establezca por Ley.

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.

Por otro lado, debe tenerse presente el hecho de la prescripción de las faltas y sanciones (art. 97), ya que los plazos son cortos si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un tema de ocultación de facturas, y que las mismas pueden permanecer largo tiempo ocultas.

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año. Este plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas. El plazo de prescripción de las sanciones comienza desde la firmeza de la resolución sancionadora.

El art. 98 del Estatuto regula un procedimiento disciplinario sumario y con audiencia al interesado, en el que deben regir los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos.

En consecuencia, podemos ver cómo la deficiente gestión del gasto público cuando, por ejemplo, se ocultan facturas en los cajones puede conllevar responsabilidad disciplinaria de acuerdo con la normativa vigente. Un asunto distinto es que este tipo de responsabilidad solo aparece en los manuales y en los códigos legislativos y pocas veces se plasma en expedientes disciplinarios y/o sentencias.

Terminemos este apartado sobre la responsabilidad disciplinaria, recordando que el mencionado Estatuto ordena a las Administraciones Públicas «corregir disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos». Y añade que, todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones. Pasemos, pues, a analizar dichas responsabilidades sin olvidar que 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».

III. RESPONSABILIDAD PRESUPUESTARIA-PATRIMONIAL ⁽²⁾

El Título VII de la Ley General Presupuestaria vigente —en numerosas ocasiones olvidado por los aplicadores del Derecho y de algunos gestores de fondos públicos—, regula la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal del sector público estatal.

En concreto, el art. 176 de esta norma dispone que «las autoridades y demás personal del sector público estatal, que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta Ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder».

En consecuencia, este precepto viene a negar rotundamente la afirmación de que el ordenamiento jurídico vigente español no obliga a los gestores dolosos y/o negligentes a indemnizar a la Hacienda Pública por los daños y perjuicios causados.

A continuación, el art. 177 de la Ley enumera los hechos que pueden generar responsabilidad patrimonial:

- **a)** Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.
- **b)** Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- **c)** Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta Ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.
- **d)** Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el art. 77 de esta Ley.
- **e)** No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los arts. 78 y 79 de esta Ley y la Ley General de Subvenciones.
- **f)** Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta Ley, cuando concurren los supuestos establecidos en el art. 176 de esta Ley.

Este precepto finaliza, en su apartado segundo, aseverando que «las infracciones tipificadas en el número anterior darán lugar, en su caso, a la obligación de indemnizar establecida en el artículo anterior». Se diferencia, además, entre varios tipos de responsabilidad (art. 178).

1. 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.

2. En el caso de culpa grave, las autoridades y demás personal de los entes del sector público estatal solo 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.

3. La responsabilidad de quienes hayan participado en la resolución o en el acto será mancomunada, excepto en los casos de dolo, que será solidaria.

Por su parte, el art. 179 de dicha Ley 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».

En el supuesto del párrafo a) del apartado 1 del art. 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 (art. 180.1).

En los supuestos que describen los párrafos b) a f) del apartado 1 del art. 177 de esta Ley, y sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas a los efectos prevenidos en el art. 41, apartado 1, de la LO 2/1982, del Tribunal de Cuentas, la responsabilidad será exigida en expediente administrativo instruido al interesado (art. 180.2) ⁽³⁾.

IV. RESPONSABILIDAD CONTABLE

La responsabilidad contable está regulada en la Ley 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de dicho Tribunal ⁽⁴⁾. Además, para entender esta institución debemos acudir a la consolidada doctrina jurisprudencial dictada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la Sala de Justicia del propio Tribunal de Cuentas. El art. 38.1 de la LOTC y el 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, junto con las sentencias dictadas por los Tribunales anteriormente mencionados, han configurado y delimitado con claridad los siguientes requisitos calificadores de la responsabilidad contable:

La responsabilidad contable es una responsabilidad civil de naturaleza reparadora, no sancionadora, siendo imprescindible que se haya ocasionado un daño o perjuicio económico, real y efectivo, no siendo suficiente que el gestor haya realizado un acto u omisión ilegal y negligente si el mismo no ha ocasionado un daño patrimonial cierto. El daño o menoscabo en los fondos públicos se ocasiona cuando se produce una salida injustificada de bienes o dinero público o cuando la Hacienda Pública deja de percibir un ingreso debido, en tales casos, el patrimonio público disminuye o no se ve incrementado como debía y esa disminución patrimonial o falta de incremento debido debe ser reparada por el gestor de los fondos públicos que, con su actuación ilegal y culpable, haya ocasionado el menoscabo.

Los requisitos de la responsabilidad contable se recogen en el art. 38.1 LOTC, en relación con el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo, y han sido sistematizados por la Sala de Justicia en sentencias, entre otras, de 18 de abril de 1986, 9 de septiembre de 1987 y 29 de julio de 1992, en virtud de las cuales para que una determinada acción pueda ser constitutiva de responsabilidad contable debe reunir los siguientes requisitos (entre otras, sentencias 9/2010, de 17 de mayo, y 14/2010, de 1 de julio):

1. Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos.

La doctrina jurisprudencial ha propugnado desde un principio un concepto amplio de cuentadante manteniendo que «el concepto de cuentadante ha de sustantivarse como tal no solo al que formalmente elabora y rinde una cuenta acreditativa de los caudales recibidos o cargados y justificativa de la inversión dada a los mismos, sino que puede predicarse la condición de cuentadante respecto de cualquier persona que interviene en el proceso de la gestión o administración de los fondos públicos, esto es, que de alguna manera se sitúa como un eslabón más en la cadena del ingreso o gasto público, debiendo dar cuenta de su labor. La posible exigencia de responsabilidades contables no solo es predicable respecto de quienes reciben materialmente fondos públicos o quedan encargados de su custodia, sino también respecto de quienes participen de modo relevante en la gestión del dinero público desde que éste ingresa en el patrimonio del ente gestor hasta que se consuma el proceso por cumplimiento de la finalidad a la que el dinero o los efectos se encontraban destinados (sentencias de 31 de marzo de 2009, 4/2006, de 29 de marzo, y 6/2010, de 2 de marzo).

2. Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos. La doctrina jurisprudencial contable entiende el concepto de cuenta y de cuentadante de un modo especialmente amplio. Así, por «cuenta» debe entenderse no solo la contabilidad formal en la que se registran las operaciones de alcance económico-financiero, sino también, por ejemplo, todo documento administrativo o presupuestario en el que reflejan hechos derivados del vínculo contractual.

3. Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público, debe entenderse dicha normativa en sentido amplio, es decir, puede apreciarse responsabilidad contable la vulneración de la Ley de Contratos del Sector Público, siempre que se den el resto de los requisitos constitutivos de responsabilidad contable. En definitiva, se aprecia esta responsabilidad siempre que se produzca una vulneración no solo de las normas estrictamente presupuestarias o contables, sino de todas aquellas normas que regulan la actividad económica-financiera pública.

4. Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave. Con relación a la exigencia de este requisito subjetivo, la S 8/2010 realiza una perfecta de delimitación entre el dolo, culpa y negligencia grave en la gestión de los fondos públicos. Por otro lado, debemos tener en cuenta que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha entendido con relación a este requisito que:

- — Que la falta de cumplimiento de sus obligaciones por otros no justifica la falta de cumplimiento de las propias, lo que tiene especial relevancia en la tramitación de un expediente de cualquier gasto público, pues en el mismo intervienen multitud de personas y órganos con funciones y competencias diferenciadas.
- — La diligencia exigible en la gestión de bienes y derechos públicos es superior a la aplicable a la administración de patrimonios privados. En efecto, la doctrina jurisprudencial ha venido denominando «el plus de diligencia en la gestión de los fondos públicos». Entre otras, S 4/2010, de 2 de marzo, y S 10/2004, de 5 de abril, que precisamente exigen un «plus» de diligencia a los gestores de fondos públicos o a quienes los manejan, en aquellos casos en que se dan deficiencias organizativas o falta de medios, en evitación de lesiones dañosas o perjudiciales al erario público (tradicionalmente, se conocen en la jurisprudencia como «agotamiento de la diligencia debida»). Las S 16/2004, de 29 de julio, y S 9/2003, de 23 de julio, exigen al gestor de dichos caudales una especial diligencia en el ejercicio de sus funciones, habida cuenta de la relevancia de su función que afecta al patrimonio de la comunidad; asimismo, sobre la detección de deficiencias organizativas en una oficina pública en relación a la apreciación de la debida diligencia en la actuación del gestor, se han fijado las siguientes exigencias:

- **a)** Extremar especialmente las precauciones y, en consecuencia, reforzar la diligencia aplicable a la gestión concreta de que se trate (S 10/2004, de 5 de abril, anteriormente citada, y S 2/2003, de 26 de febrero).
- **b)** Comunicar a los órganos competentes las deficiencias organizativas detectadas, (S 1/1999, de 12 de enero).
- **c)** Desplegar medidas para paliar los daños derivados de la deficiente organización (S 10/2002, de 18 de diciembre) ⁽⁵⁾.

5. Que el menoscabo sea efectivo e individualizado en relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.

La doctrina jurisprudencial ha señalado que «si no hay un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a bienes y derechos determinados de titularidad pública no puede existir responsabilidad contable. En este sentido, entiende la Sala que la invocación del quebrantamiento de normas presupuestarias y de existencia de irregularidades en la tramitación de pagos no es suficiente para declarar la existencia de responsabilidad contable, cuyo contenido es el de una responsabilidad patrimonial o reparadora, entendida como subespecie de la responsabilidad civil, y que no tiene carácter de responsabilidad sancionadora ni tampoco tiene por objeto la censura de la gestión de los caudales públicos (S 8/2010).

6. Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

Para apreciar responsabilidad contable en la actuación de un gestor de fondos públicos es imprescindible que se den todos y cada uno de los requisitos anteriormente dichos, pues, de lo contrario, podríamos encontrarnos ante otro tipo de responsabilidad (p. ej., administrativa o disciplinaria), pero nunca contable.

Por su carácter no punitivo, sino reparatorio, la responsabilidad contable es compatible con la exigencia de responsabilidad penal y/o disciplinaria (arts. 18 de la Ley 2/1982, de 12 de mayo, y 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril).

Por último, y muy brevemente, ya que no es materia de este trabajo el análisis exhaustivo de la responsabilidad contable, debemos señalar que esta responsabilidad puede exigirse por la propia Administración Pública con facultad de avocación por el Tribunal de Cuentas o bien por el propio Tribunal mediante los procedimientos establecidos en su normativa reguladora. Dichos procedimientos pueden incoarse como consecuencias de irregularidades detectadas en la gestión de los fondos públicos detectadas en los informes de fiscalización del Tribunal o de los órganos de control externo, como consecuencia de irregularidades comunicadas por órganos de control interno, autoridades judiciales, Ministerio Fiscal o incluso de particulares mediante la denominada acción pública.

Perfectamente aplicable al tema que nos ocupa, hacemos nuestras las palabras de C. CUBILLO cuando afirmaba, con relación a la exigencia de responsabilidades derivada de la

contratación, que «se trata de una tupida red diseñada por el legislador para evitar que ninguna conducta punible quede sin sanción, y que ningún menoscabo ilegítimo quede sin indemnizar».

V. RESPONSABILIDAD PENAL ⁽⁶⁾

La gestión del gasto público incumpliendo los preceptos establecidos en la normativa presupuestaria vigente puede tener su reflejo en determinados tipos penales que castigan conductas muy concretas, como son la malversación de caudales públicos (432-434), el cohecho (419-427), el tráfico de influencias (428-431), el fraude a un ente público (436), la estafa y la apropiación indebida (438), las negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios por razón de su cargo (439) y/o la alteración del precio en concursos y subastas públicas.

Sin embargo, algunas actuaciones ilegales que ocasionan perjuicio a las haciendas públicas, como por ejemplo pueden ser las famosas «facturas en los cajones», no parecen, **a priori**, tener cabida en ningún tipo penal vigente. De ahí, la propuesta de algunas autoridades públicas de tipificarlo como delito para evitar que vuelvan a repetirse situaciones de déficit y quiebra en las haciendas públicas españolas y pueda así castigarse a sus presuntos responsables.

No obstante, debemos tener en cuenta que el hecho material de tener «facturas en los cajones», quizá con la cautela que debe siempre regir el Derecho Penal, bien podría tener cabida en algunos tipos penales ya vigente en nuestro Código Penal.

En primer lugar, el hecho material de tener «facturas en los cajones» puede hacer sospechar sobre la comisión de un delito de falsedad documental (arts. 26 y 390 CP) por parte de la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, deba emitir certificados y rendir cuentas al Tribunal de Cuentas y a los órganos de control externo, puesto que dicho documento en el que se rinden las cuentas no es acorde con la realidad.

Por tanto, la emisión de un documento en el que se refleje el estado de la cuenta general de una Administración, el balance y/o la cuenta de pérdidas y ganancias en el que no se incluya la existencia de dichas facturas, no solo no refleja la imagen fiel de la contabilidad de esa Administración, sino que además bien puede ser constitutivo de un delito en falsedad documental.

En segundo lugar, debemos tener presente el delito de prevaricación administrativa (art. 404), y que expresamente dispone que «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años». Trasponiendo este precepto a la gestión de fondos públicos, podríamos pensar que incurre en el delito de prevaricación aquel funcionario o autoridad que impulsa un procedimiento de contratación y dicta la resolución de adjudicación a sabiendas de que no va a retener crédito para posteriormente pagar el servicio prestado ⁽⁷⁾.

Antes de entrar a analizar este delito y su posible relación con el tema de las facturas ocultadas debemos advertir que, estando en sede penal, debería estudiarse caso por caso y aplicar los principios de cautela y prudencia. Todos los casos de facturas en los cajones pueden no ser constitutivos de responsabilidades penales. En Derecho Penal no caben las

generalizaciones. No obstante, este trabajo no va a analizar caso por caso como quizá debería hacer la jurisdicción penal, sino que únicamente pretende aportar algo de luz en la necesidad o no de tipificar **de lege ferenda** el delito de las facturas en los cajones.

Hagamos un breve repaso por los requisitos que tanto el Código Penal como por la jurisprudencia han delimitado para apreciar la existencia del delito de prevaricación:

- — Este delito tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolorosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (S de 21 de diciembre de 1999, S de 12 de diciembre de 2001 y S 755/2007, de 25 de septiembre).
- — El bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en los arts. 103 y 106 CE: obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho y respeto del principio de legalidad administrativa y de ésta a los fines que la justifican (S 443/2008, de 1 de julio) y de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STS 941/2009, de 29 de septiembre).
- — El sujeto activo debe ser una autoridad o funcionario en los términos establecidos en el art. 24 CP.
- — La resolución dictada sea contraria a Derecho, bien en la forma bien en el fondo, es decir, porque se haya prescindido absolutamente del procedimiento legalmente establecido o porque el fondo de la misma sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o suponga una desviación de poder (STS 727/2000, de 23 de octubre, y STS755/2007, de 25 de septiembre).
- — La resolución debe tener carácter decisorio, es decir, debe afectar a los derechos e intereses de los administrados (S 38/1998, de 23 de enero, y S 190/1999, de 12 de febrero), y a la colectividad en general (S 627/2006, de 8 de junio), es decir, no se incluyen las meras certificaciones administrativas o los actos administrativos no decisorios.
- — Además, la resolución debe no solo ser contraria a las normas, sino ser manifiestamente injusta (S 1629/2000, de 19 de octubre, y S 1223/2004, de 21 de octubre). Ello significa que:
 - — La injusticia de la resolución debe apreciarse «más allá de toda duda razonable» (S 813/1998, de 12 de junio), no basta una mera irregularidad administrativa o una discordancia interpretativa de las normas porque, de este modo, corremos el riesgo de criminalizar toda actividad

administrativa, la injusticia de la resolución debe ser «evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en contradicción con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración» (S 444/2000, de 20 de marzo, y S 295/2007, de 9 de abril).

- — La resolución debe dictarse «a sabiendas» de ser injusta, es decir, con intención deliberada y conciencia plena de la ilegalidad del acto realizado, es decir, deben darse los elementos propios del dolo (STS 443/2008, de 1 de julio). En aquellos supuestos en los que el funcionario actuara teniendo dudas razonables sobre la injusticia no podría apreciarse este delito y entraría en juego el derecho disciplinario o administrativo sancionador (SSTS de 23 de octubre de 2000, 21 de octubre de 2004, y STS 941/2009, de 29 de septiembre).

Pues bien, analizados los exigentes requisitos del delito de prevaricación, debemos reflexionar a continuación si los mismos pueden apreciarse en algunos de los supuestos de las numerosas facturas en los cajones ubicadas en las haciendas autonómicas y locales de nuestro país.

En primer lugar, el bien jurídico protegido se ha visto indubitablemente lesionado, puesto que el hecho de ocultar dichas deudas ha alterado de pleno el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública al haberse violentado frontalmente los principios y el sistema de valores recogidos en los arts. 103 y 106 CE.

En segundo lugar, evidentemente tuvo que ser un funcionario público o autoridad en los términos del art. 24 CP quien depositara físicamente la factura en el cajón, en otras palabras, dichas facturas solo pudieron ser realizadas y ocultadas por funcionarios y/o autoridades responsables de los diferentes procedimientos contractuales o de otro tipo de que traen causa dichas facturas.

En tercer lugar, las resoluciones de adjudicación dictadas en los procedimientos contractuales de los que traen causa una gran parte de las facturas ocultadas son contrarias a Derecho, bien porque las mismas se aprobaran sin la tramitación del correspondiente expediente administrativo que las sustentara, bien porque las mismas se aprobaran sin que se retuviera o reconociera crédito para posteriormente hacer frente a su pago.

En cuarto lugar, las mencionadas resoluciones de las que traen causa estas facturas tienen carácter decisorio, ya que afectan a los derechos e intereses de los administrados y a la colectividad en general, es decir, de los proveedores acreedores que no han podido cobrar sus créditos y a la colectividad en general, pues ha dejado unas haciendas (autonómicas y locales) completamente quebradas.

En quinto lugar, la mayoría de las resoluciones de las que traen causa las facturas ocultadas son contrarias a las normas y además son «manifiestamente injustas», al tratarse no solo de un par de facturas, sino de un ingente número de facturas, demuestra que no se ha hecho por un mero error o despiste, no estamos ante una mera irregularidad administrativa o una discordancia interpretativa de las normas, se trata de un incumplimiento de las normas evidente, flagrante y clamoroso que afecta a los mínimos esenciales del funcionamiento de la

Administración. La injusticia de las facturas ocultadas se aprecia, por un lado, en el acreedor que no va a poder cobrar dicha factura de un modo ordinario —y ya veremos si de un modo extraordinario ante los Tribunales—, pero la injusticia se aprecia también en la lamentable, irresponsable y difícil situación en la que esta actuación de ocultamiento ha colocado a las haciendas públicas de España.

En sexto lugar, las mencionadas resoluciones se han dictado «a sabiendas» de ser injustas, es decir, con intención deliberada y conciencia plena de la ilegalidad del acto realizado. Ello lo acredita el hecho, como decíamos anteriormente, de que no se trata solo de un par de facturas, sino de un ingente número de facturas que no pueden obedecer a un mero error o despiste del funcionario o autoridad responsables de las mismas. En la mayoría de estos supuestos podemos afirmar que, ante la claridad de las normas presupuestarias anteriormente mencionadas, el funcionario o autoridad que ocultó dichas facturas es difícil que pudiera haber tenido dudas razonables sobre su actuación. Ello porque, en primer lugar, los sujetos activos mencionados tienen los conocimientos suficientes para saber que no se puede emitir ni aprobar una factura ni contratar una obra, suministro, servicio, etc., sin previa consignación presupuestaria. Y, en segundo lugar, porque dichos sujetos cuentan con unos órganos de control (interventores) que seguramente les advirtieran de la ilegalidad que estaban cometiendo.

Por último, y mero modo de ejemplo, debemos señalar que la sentencia 114/2001, de 29 de enero, apreció delito de prevaricación en el caso de un alcalde que dictó once resoluciones ordenando el pago de diversos créditos que ostentaban terceros contra el ayuntamiento sin estar previamente reconocidos ni existir consignación presupuestaria.

Asimismo, la sentencia 406/2004, de 31 de marzo, apreció la existencia de este delito también en el supuesto de la adjudicación de un contrato que se adjudicó a un amigo del presidente del Consejo de Gobierno sin tramitar el preceptivo expediente administrativo.

En resumen, la normativa penal vigente tipifica algunas conductas relacionadas con la deficiente gestión de los fondos públicos, que bien podrían aplicarse a actuaciones que en la actualidad están quedando impunes por no recoger el Código Penal concretamente dicho actuar. Por ello, en el momento de crisis económica y de valores morales en que está inmersa España, y en aras a los principios de transparencia y seguridad jurídica, quizá sería conveniente la inclusión de un nuevo tipo penal que castigase criminalmente el gasto aprobado y ejecutado sin crédito presupuestario habilitador. De este modo, los sujetos activos del mismo no podrían escudarse en que su actuación (p. ej., la ocultación de las facturas) no es constitutiva de delito al no estar ajustada a un concreto y específico tipo regulado en el Código Penal.

No obstante, el Código Penal no puede recoger todas y cada una de las pequeñas actuaciones que realizan los gestores de fondos públicos durante su jornada laboral. De ahí que se tipifiquen delitos como el de prevaricación en los que bien podrían englobarse una serie de actuaciones constitutivas del mismo pero sin la necesidad de explicitar una a una dichas actuaciones, pues de lo contrario nos encontraríamos con un Código Penal con un ingente número de delitos.

Esta afirmación no puede llevarnos a concluir que todas las actuaciones irregulares o deficientes en la gestión del gasto público son constitutivas de delito, más bien, al contrario:

solo aquellas que encajen a la perfección en el tipo penal vigente, de acuerdo con los principios de tipicidad y legalidad penal.

VI. CONCLUSIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico vigente regula y sanciona desde el punto de vista disciplinario (Estatuto Básico del Empleado Público), administrativo (Ley 30/1992), contable (Ley Orgánica y de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) y penal (Código Penal) un importante número de actuaciones relacionadas con la gestión del gasto público.

Los órganos gestores de fondos públicos y las autoridades deben ser conscientes de que cuando se gasta sin saber si hay crédito o a sabiendas de que no lo hay están cometiendo una ilegalidad y que dicha ilegalidad tiene prevista su sanción (disciplinaria, administrativa, contable y penal) en la normativa vigente actual. Y no basta alegar el hecho de que en aras al principio de la eficacia y las trabas impuestas por el Derecho Administrativo se hayan ejecutado gastos sin haberse cumplido los requisitos legales. El principio de eficacia en las Administraciones Públicas debe ir siempre guiado por el principio de legalidad, pues está en juego el interés público. En este caso, están en juego también los fondos públicos.

En nuestro ordenamiento jurídico hay, pues, suficientes instrumentos jurídicos para castigar la gestión deficiente de los fondos públicos. Por tanto, y siempre con absoluto respeto al principio de tipicidad y legalidad penal, ¿tan cierto es como pretenden algunos que no se pueda castigar la actuación de algunos gestores públicos que han ocultado facturas o gestionado deficientemente el gasto público como prevaricación?

La idea de tipificar como delito el hecho de ejecutar un gasto sin crédito presupuestario no va a evitar que se sigan reproduciendo situaciones como las que estamos viendo en la actualidad. Ello porque, en mi opinión, el principal obstáculo que encontramos para reprimir y castigar estas conductas en el sector público español no es la falta de normativa o de tipificación penal, sino que en la práctica no se persiguen las actuaciones supuestamente constitutivas de infracción disciplinaria, administrativa, contable y/o penal. Ello ha provocado una sensación de inmunidad e impunidad en los gestores y autoridades que manejan fondos públicos que ha invadido las haciendas de nuestras Administraciones Públicas españolas llevándolas a un estado de quiebra técnica que ha contagiado al resto de la economía nacional.

No obstante, y dado el elevado grado de incumplimiento en esta materia y en aras al principio de seguridad jurídica penal, quizá sería conveniente la tipificación penal concreta del delito de gasto ejecutado sin crédito presupuestario.

(1)

JIMÉNEZ RIUS, P., «Algunas razones del caos financiero y presupuestario de las Administraciones Públicas españolas», Diario LA LEY, 18 de enero de 2012.

[Ver Texto](#)

(2)

Note el lector que el autor no ha profundizado en la exégesis de estos preceptos por carecer de espacio y por entender que, ante el desconocimiento de la existencia tanto de los aplicadores del Derecho como de algunos gestores, ha considerado suficiente una mera reproducción del texto literal de la norma.

[Ver Texto](#)

(3)

Sobre la regulación de este expediente: arts. 180 y siguientes de la Ley General Presupuestaria.

[Ver Texto](#)

(4)

Estudios exhaustivos sobre la responsabilidad contable:

VACAS GARCÍA-ALÓS, L., La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia, Ed. Reus, Madrid, 2009.

MEDINA GUIJARRO, J. (coord.), Código del Tribunal de Cuentas, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

Resoluciones de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, 2010, Tribunal de Cuentas, Madrid, 2010.

[Ver Texto](#)

(5)

Ver: S 6/2010, de 2 de marzo: «El criterio de que las deficiencias de organización no pueden ser consideradas como una causa de exoneración de responsabilidad de los gestores de fondos públicos para gestionarlos con la debida diligencia, dado que se ignoran las causas concretas determinantes de dicho alcance (...) el único origen probado en el proceso es la deficiente gestión desarrollada, de manera que a través de su irregular desarrollo de funciones el demandado ejecutó por omisión los hechos generadores del menoscabo».

Ver: S 17/2008, de 1 de diciembre que, respecto de unos hechos parecidos a los ahora enjuiciados, apreció la responsabilidad contable directa en el director de una oficina (en este caso de Correos), al ser responsable de «la organización, fijación de los procedimientos y de la adopción de las medidas necesarias para garantizar el cobro de los servicios prestados». Es más, tal y como pone de manifiesto la sentencia recurrida, y es igualmente el criterio seguido por esta Sala de Justicia en sentencias como la 10/2004, de 5 de abril, y la 8/2008, de 28 de mayo, «las deficiencias de organización, lejos de ser una causa moderadora de la responsabilidad, exigen un refuerzo de diligencia aplicable».

[Ver Texto](#)

(6)

Código Penal, Ed. Colex, 2010, 13.ª edición.

[Ver Texto](#)

(7)

Sobre la diferencia entre el delito de prevaricación y las faltas administrativas, se puede leer el artículo «La difícil delimitación entre la infracción administrativa del funcionario y el delito de prevaricación», de MUÑOZ CUESTA, F. J., Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2010.