

¿HAY VIDA EN LA ADMINISTRACIÓN DESPUÉS DE LA CORRUPCIÓN?

Alberto Palomar Olmeda

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo aborda la crisis institucional de la Administración Pública en el momento actual y, especialmente, la percepción de que la corrupción ha efectuado una labor que costará mucho restablecer. La solución está en reformular las pautas de actuación y funcionamiento de la Administración y evitar que todas las referencias actuales sean las que proceden del derecho penal. En el trabajo se contienen un conjunto de medidas que podrían llegar a configurar una Administración diferente que se legitime por sus resultados y permanente controlada.

ABSTRACT

This paper addresses the institutional crisis Public Administration at present and especially the perception that corruption has made a task that cost much to restore. The solution is to reformulate the guidelines for action and functioning of the administration and avoid all current references are those from the criminal law. At work they contain a set of measures that could potentially set a different administration which legitimizes its results and permanent control.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Los últimos años de la vida pública española están resultando francamente agotadores en el plano anímico para una sociedad que observa con sorpresa como una gran cantidad de la actividad administrativa se encuentra ante los juzgados de orden penal después de muchos e, incluso, de un amplio marco de vicisitudes judiciales sobre la misma. Probablemente ninguna época histórica reciente ha sufrido un conjunto de dudas tan importantes o, por lo menos, no hemos tenido la sensación de plenitud o de afección general que se produce en la actualidad. La pregunta inmediata es ¿nada se hizo bien? ¿En todo se aprecian intereses espurios?, y, sobre todo, ¿cuál es el futuro en relación con dicha actividad?

De alguna forma podríamos indicar que la corrupción (sistémica, instalada, generalizada, etc... cualquiera que sea el calificativo personal que se quiera usar) está marcando el funcionamiento de la vida pública española y, por ende, reformulando algunos elementos claves de la ordenación del Derecho administrativo en cuanto derecho que rige el funcionamiento y la actividad de las Administraciones Públicas. Podríamos decir que los esquemas y las instituciones clásicas del Derecho Administrativo o han devenido insuficientes o necesitan de una reformulación que las sitúe en el terreno efectivo en el que fueron concebidas.¹

1 NIETO, A. <<Corrupción en la España democrática>>. Ariel. Barcelona, 1997.

El efecto corrupción exige, no obstante, algunas precisiones que, es evidente, que solo pueden realizarse en el ámbito de la disquisición teórica porque lo que es claro, igualmente, es que mucha parte de la sociedad no diferencia estos matices y ha formulado un criterio general (y grueso) sobre “lo público”. Sin embargo, estamos, únicamente, ante una manifestación más del fenómeno que se produce cuando un mismo hecho o circunstancia es objeto de análisis desde la óptica de las diferentes ciencias sociales que aportan cada una de ellas su enfoque y características propias.²

En este sentido y con carácter previo es necesario indicar que en la percepción general, la que se proyecta desde el panorama informativo, existe mucha confusión en su traslación real al ámbito jurídico.³

De esta manera existen o pueden existir situaciones delictuales que es preciso corregir (sin duda), al lado de actuaciones en las que se ha producido irregularidades administrativas que deberían ser corregidas en el ámbito administrativo (puramente administrativo o jurisdiccional) y, un tercer grupo, de actuaciones que son políticamente discutibles y que se llevan al ámbito penal solo para ver si la instrucción de la causa deriva en situaciones comprometidas. Todas juntas producen una situación insoportable pero es cierto que la solución final diferencia el delito y las responsabilidades inherentes al mismo de la utilización del proceso penal para conseguir fines distintos a los estrictamente penales. La gestión incorrecta es un fenómeno de mala administración pero que no debe confundirse ni subsumirse sin más en el ámbito delictivo. De esta forma, por ejemplo, que un contrato administrativo resulte más elevado de la previsión inicial es o puede ser un problema de gestión pero no necesariamente un delito. Son planos diferentes que se han visto demasiado confundido en los últimos años sobre todo porque la ausencia de técnicas de responsabilidad por la gestión ha hecho al reproche penal el único visible.

Las casusas de utilidad real de judicialización de todas las conductas son, realmente, difíciles de resumir en una única. Probablemente, la visibilidad del proceso penal, la confusión que producen socialmente las situaciones procesales, la capacidad de instrumentar el propio proceso para la averiguación de conductas de todo tipo y, sobre todo, esta tendencia reciente de transmutar el reproche penal por el informativo con eso que se ha venido a denominar como “la pena del telediario” están entre las causas que coadyuvan una transformación de los papeles como la que se está proponiendo. Lo importante es que la sociedad te castigue de forma inmediata con el vilipendio público al margen de la solvencia final de la acusación y del propio proceso.

2 BOTO ÁLVAREZ, A. <<Modelos organizativos y corrupción contractual en Italia>> *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 52. Abril 2015. Pág. 48. VILLORIA MENDIETA. M E IZQUIERDO SÁNCHEZ. A. <<Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público>>. Tecnos. Madrid 2016; VILLORIA MENDIETA M. <<... El buen gobierno y la lucha contra la corrupción en las instituciones públicas...>>. En el libro colectivo << La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad...>>. Palomar Olmeda. A. y Garcés Sanagustín. M (directores) Aranzadi. 2013.

CASTRO CUENCA, C. G. <<La corrupción en la contratación pública en Europa>>. Ratio Legis. Salamanca, 2009.

3 MUÑOZ MACHADO, S., <<Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo >> Madrid, 2012. En el mismo sentido, JIMÉNEZ ASENSIO, R., «¿Impotencia política para reformar las instituciones?, en el que indica «...Y en ese ámbito, en efecto, reina el más puro desconcierto y las más evidente desorientación. Nadie puede poner en duda de la imperiosa necesidad de llevar a cabo un proceso profundo y sostenido de reformas institucionales en todos los niveles de gobierno y en sus respectivos sistemas institucionales. La actual arquitectura institucional (Constitución incluida) ofrece grietas tan profundas que difícilmente podrán subsanarse con parches o con dilaciones («ganando tiempo»). La brecha entre ciudadanía y sus instituciones se está haciendo de una profundidad clamorosa, con consecuencias letales para la estabilidad política y, por ende, para el ansiado crecimiento económico...». En: http://www.estudiconsultoria.com/index.php?option=com_content&view=articleid=298%3Aimpotencia-politica-para-reformar-las-instituciones-&catid=35%3Ablog&Itemid=73&lang=es#addcomments Accesible el 26 de marzo de 2013.

Esta situación ha devenido ciertamente compleja ya que para el Derecho es, realmente, difícil competir en tiempo y en visibilidad con esto que se ha venido a denominar como “penas sociales”. Se quiera o no el Derecho es garantía y la garantía, en términos procesales, exige algún tiempo para dar una respuesta adecuada y no eso que, tan a menudo, se reclama de las <<penas ejemplarizantes>>. Las penas, los castigos son los que tienen que ser y no deben alterarse para producir un efecto de intimidación específica al margen del que tiene establecido la propia norma. Lo que, sin embargo, no puede ser negado es que la demora tan importante en la instrucción de los sumarios contribuye a que al debate sobre la inmediatez de las medidas o, por decirlo de otra forma, la sustitución real de las medidas de orden penal por el daño social, la afección a la fama y la intimidad de las personas y su buen nombre. La sensación de que lo importante es afectar a estos valores subvierte el orden establecido porque convierte lo instrumental en lo sustantivo. Lo sustantivo es la pena, el enjuiciamiento y, sobre todo, la sentencia. Lo instrumental son la detenciones televisadas, las declaraciones con interés del público y de los medios, la adopción de medidas cautelares o preventivas. Es decir, todo lo que rodea el proceso y que tienen como objetivo central asegurar su verdadera virtualidad que no es otra que justificar la existencia o no de un delito.

Este efecto del reproche social como elemento esencial de la punición se ha proyectado sobre otros aspectos del derecho sancionador como para entender, por ejemplo, que lo importante no es la existencia y ejecución de una sanción administrativa sino que lo esencial es que la misma se publique. La publicidad de muchas de estas sanciones se ha convertido en el auténtico reproche social con unos efectos que, ciertamente, trascienden en el tiempo y la perdurabilidad a la propia sanción, especialmente, si estos se liga a los buscadores de información y las dificultades que los mismos ponen para conseguir el “derecho al olvido”. De esta forma el efecto publicidad es un efecto que se proyecta en el tiempo con mayor intensidad que la propia pena y que se mantiene, incluso, cuando los vestigios de la sentencia y del delito han desaparecido por su cancelación en el Registro de Penados y Rebeldes.

En este sentido debemos comenzar por indicar que la actividad administrativa es mucho más amplia y extensa que lo que, hoy, puede percibirse por la sociedad. La actuación administrativa de cada día va más allá de los contratos y las subvenciones que son, ciertamente, los instrumentos en los que, parece, que se ha centrado la desviación en la actuación de los gestores públicos. Existe una Administración prestacional y una actividad administrativa que resuelven cada día problemas de los ciudadanos y lo hace con un escrúpulo y una seriedad digna de ser resaltada.

Esto nos permite resaltar que la crisis no es generalizada ni el mal afecta al conjunto del sistema. De esta forma cuando se reflexione sobre el alcance de las reformas y de los cambios que es necesario realizar para que la situaciones vividas no se repita debe tenerse la convicción de que los controles y las reformas tienen que situarse en el ámbito de la contratación administrativa y en ámbito de la actividad de fomento.

Otra referencia evidente y que tampoco se ha dimensionado suficientemente en el debate planteado es que son muy escasos los supuestos de imputación de funcionarios públicos. La burocracia española ha sido, probablemente, demasiado obediente pero, con carácter general, podría decirse que no ha participado a título lucrativo (por utilizar la expresión penal) del delito ni de sus efectos.

Esta situación está llamada a corto o medio plazo a producir una escisión entre la cúpula política directiva y el funcionariado que no podrá ser amortiguada por la existencia de una función directiva que pueda actuar de “colchón” ya que el escaso tratamiento y desarrollo de la función directiva como estrato profesional entre la línea política y la puramente administrativa

condiciona esta posibilidad. A partir de aquí es evidente que la situación presente conlleva una mayor responsabilidad y, finalmente, en la Administración esto puede acabar suponiendo un freno a la actividad administrativa. Estas situaciones de confusión y de falta de auténtica articulación conduce sino a la inhibición sí a la aplicación del procedimiento como instrumento de defensa. Esto condicionará la eficacia del sistema en su conjunto. El fenómeno es, claramente, perceptible en algunas de las Administraciones más afectadas por los casos de corrupción en los que la capacidad de iniciativa, de eficacia y de servicio más ágil ha dado paso a que el único valor real sea la garantía y la seguridad de la actuación.

Es este punto donde podemos volver a la pregunta inicial y plantear si es posible la vida en la Administración o la vida de la Administración tras un periodo como el que estamos viviendo. Las consideraciones que se realizan en los apartados siguientes tienen como objetivo común establecer las condiciones de subsistencia y los elementos que se consideran imprescindibles para la reformulación del conjunto del aparato burocrático al servicio eficaz del gobierno legítimamente establecido.

2. LA PREMISA: EL REFORZAMIENTO INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Más allá del problema de la corrupción y de su consideración como un factor de parálisis de la actividad administrativa en aplicación del viejo aforismo según el cual “el miedo guarda la viña” es lo cierto que un elemento central pasa por el reforzamiento institucional de la Administración que, en realidad y desde una perspectiva más amplia, es el reflejo de una evidente pérdida de relevancia social del conjunto de las instituciones políticas situadas -todas ellas- en una crisis, claramente, perceptible y basadas en la crisis general de “lo público” a la que nos venimos refiriendo.

En el caso de la Administración sería muy conveniente acabar con algunos falsos y, sobre todo, infundados debates como los que adornan la vida pública actual. El debate sobre el número de funcionarios, el de la propia utilidad de la Administración, el de su privatización constituyen elementos legítimos del pensamiento particular y, aun del colectivo, pero cuando se manifiestan en público se tornan como opciones ideológicas y, por tanto, deberían abordarse con planteamientos más amplios como cuantos funcionarios o cuanta Administración para qué tipo, alcance y extensión de políticas públicas.

Una de las grandes contradicciones de los últimos años es que el debate instrumental (la Administración) no se acompaña con el de las políticas públicas y, claro está, es necesario indicar que, por ejemplo, rebus sic stantibus el nivel actual de la sanidad o de la educación y sus estándares de prestación es verdaderamente difícil conseguir un ahorro de la factura de personal realmente significativa. Si, por el contrario, se reduce el nivel prestacional o se amplían los tiempos de espera, pueden conseguirse grandes avances en el coste de los servicios sin perjuicio, claro está, que se pueden conseguir y se deben buscar elementos de eficiencia que son posibles de realizar y de descubrir en cualquier organización y, también, en la pública.

En suma, no puede existir un debate de gestión sin debatir, a la vez, el objetivo de la organización en cuestión y del contenido de las políticas que se gestionan.

3. REFORMULACIÓN DE LOS ESQUEMAS BÁSICOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN.

A partir de las consideraciones anteriores y con el objeto de responder a la pregunta inicial podríamos indicar que hay vida en la Administración pero para que esa vida no se vea envuelta en los mismos problemas que en la actualidad es preciso establecer unas pautas de funcionamiento diferentes. Esto nos llevaría a indicar que la respuesta es la de que hay vida si se

cambia y se atacan algunos de los males relativos a la profesionalidad y a la institucionalidad de la propia Administración.

3.1. La programación del funcionamiento y los objetivos de la Administración Pública.

Uno de los elementos centrales del cambio pasa por la formulación técnica de políticas públicas, la gestión por objetivos y la responsabilidad en el cumplimiento de los mismos

Lo que realmente se demanda de las Administraciones Públicas, en general, y de las Administraciones prestacionales (o con mayor índice o porcentaje de prestaciones como elemento de su gestión) es la mayor transparencia y compromiso en la fijación de índices de gestión y, por tanto, el conocimiento, validación y control de su actividad.

En este sentido podemos indicar que la historia reciente de las Administraciones Públicas ha tenido como elemento común la ausencia de índices y compromisos de gestión. De alguna forma se mantenía la esencia, proveniente del Derecho Administrativo, de que el servicio público es una formulación estatutaria y que, por tanto, la cantidad y la calidad del servicio público está en función de sus posibilidades y de la propia definición unilateral del mismo. Es cierto que la LTBG (2013) trata de dar un paso en este esquema cuando establece la obligación de las Administraciones Públicas de publicar <<... los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente.

En el ámbito de la Administración General del Estado corresponde a las inspecciones generales de servicios la evaluación del cumplimiento de estos planes y programas...>> y que, posteriormente, la LSP (2015) incluye entre los principios de funcionamiento de las Administraciones el de <<... g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas...>>. Esto nos permite decir que no hay un problema de marco legal sino un problema de aplicación y de implementación de los esquemas legales.

La perspectiva de la fijación de objetivos trata de superar la esencia de la formulación estatutaria en la organización de los servicios públicos que es, sin duda, una forma de gestión periclitada que debe dejar paso a otro tipo de gestión y, desde luego, a fórmulas en las que los objetivos específicos de la organización y los generales de la Administración sean objeto de señalamiento, publicidad y, aun, de control por parte de los Poderes Públicos y, por ende, de los propios ciudadanos.

Esta preocupación -fundamentalmente teórica- sobre los objetivos se ha visto elevada -en su formulación conceptual al deseo de las organizaciones privadas y públicas de conseguir llegar al concepto de buen gobierno que supone, sin duda, una formulación más amplia pero que se ubica, igualmente, en el marco de un plus de concreción y de formalización de la actuación administrativa que va más allá de la mera existencia o mención legal.

La nueva gestión pública, el informe Nolan -altruismo, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo-, el libro blanco sobre la gobernanza -apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia- y el derecho a una buena administración del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

De alguna forma, en ambos sectores (público y privado), cada uno con su problemática, se ha sentido la necesidad de encontrar otras formas de compromiso, transparencia y fijación de elementos de control en el funcionamiento de las Administraciones Públicas.

Es cierto que en el ámbito público y administrativo hay elementos de la cultura administrativa que han coadyuvado a la necesidad de encontrar un modelo diferente. Desde nuestra perspectiva tienen pleno encaje en este ámbito, por ejemplo, la falta de concreción de la responsabilidad gestora que ha introducido un cierto aire de impunidad de la gestión pública frente al ámbito privado donde, especialmente en los últimos años, se han hecho ingentes esfuerzos para la eficacia, la eficiencia y la calidad de las organizaciones como elemento de legitimidad y de optimización de sus propios intereses. Correlativamente podríamos decir que la falta de ejercicio de la función disciplinaria respecto de los empleados públicos que es, en gran medida, correlativa a la propuesta en el apartado anterior y que se sitúa en el tramo inferior de la pirámide nos permite señalar que aquellos apuntes que se contenían en la normativa en relación con la prestación efectiva de servicios se hayan ido difuminando realmente y, por tanto, perdiendo la virtualidad esencial.

3.2. La función directiva

Con vocación general de carácter introductorio podríamos indicar que el modelo de directivos públicos que se diseña en el EBEP tiene como virtualidad esencial no haber eludido el tratamiento de la cuestión aunque en el otro lado de la balanza de una hipotética balanza podamos afirmar que su regulación deja bastantes incógnitas y que las líneas generales de su regulación dejan ciertamente muchos elementos centrales para la regulación posterior.⁴

Este nos permite indicar, en este plano introductorio, que la regulación es posibilista y muy abierta pero que no permite reconocer un marco legal exhaustivo ni uniforme que resuelva todas las incógnitas que, a priori, mantiene el propio sistema de directivos públicos.

No obstante lo anterior y ya con algún detalle mayor podemos resumir en las siguientes las características centrales de la regulación.

Una de las características centrales del EBEP es que no impone un modelo de directivos. Se limita a indicar en el artículo 13 que determinados órganos ejecutivos pueden establecer un sistema de directivos sin precisar que se trata de una determinación obligatoria.

En consecuencia podemos decir que la introducción de un modelo de directivos, desde una perspectiva legal, no es obligatoria si no que es fruto de la decisión de política pública basada en la necesidad de la racionalización de los propios modelos de gestión. La decisión sobre el establecimiento de este sistema es pues una decisión libre de aquellas organizaciones que consideran que pueden servir mejor al objetivo público con esta forma de organización.

Sin lugar a dudas es este el marco más deseable para conseguir la implementación de un sistema de directivos con carácter general ya que nuestra tradición histórica-organizativa ha ofrecido una clara resistencia a este tipo de configuración por lo que sin el establecimiento de una obligación legal expresa es muy probable que las inercias y los medios a un sistema de dirección pública predominen sobre cual otra consideración.

Es cierto, sin embargo, que esta es una consideración personal sin más fundamento que la inercia histórica por lo que sería injusto no dejar, en este momento, un cierto margen de duda

⁴ Con carácter histórico, Nieto García, A. Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada. Documentación Administrativa. Núm. 200. Enero-Marzo 1984

para comprobar si era una previsión injustificada o un medio premonitorio sin fundamento. El tiempo determinará, por tanto, si era suficiente con un modelo potestativo o si el verdadero impulso de la gestión pública en este ámbito justificaba una determinación de mayor fuste. De hecho existen escasos desarrollos en el ámbito autonómico y en la AGE, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, no es sino una referencia parcial con escaso encaje en el ámbito funcional.

Lo que sí es cierto, desde una perspectiva general del modelo, es que la no introducción de un sistema de dirección pública dentro del EBEP no tiene esquema alternativo de forma que, por tanto, solo cabrá la proyección organizativa que deriva directamente del artículo 98 y 103 de la CE de forma que la función directiva alcanzará de hecho a quienes ostentan la condición de gobierno y quienes desarrollan o se encuentran en la Administración en su condición de funcionarios públicos. Ente los dos estratos (políticos y funcionarios) se plasmará la función directiva con la tendencia evidente a que exista un predominio claro de los primeros sobre los segundos.⁵

Podemos, por tanto, indicar que del EBEP se proyectan, por tanto, un conjunto de Administraciones configuradas en dos o tres tramos. En dos tramos (políticos-funcionarios) si por la respectiva Administración no se introduce un sistema de dirección pública y en tres tramos (políticos-directivos-funcionarios) cuando en el ejercicio de la potestad que conforma el artículo 13 del EBEP se haya decidido -en los términos a los que inmediatamente aludiremos- el establecimiento de un sistema de directivos públicos.

En todo caso hay que insistir en que los términos de esta disociación, desde la perspectiva del EBEP, no aparecen prejuzgados dejando, por tanto, a las respectivas Administraciones en el ejercicio de su potestad de organización la determinación de su propia estructura y, como inmediatamente veremos, su propia extensión.

A partir de esta determinación podemos indicar que el establecimiento o no de un sistema de directivos públicos es una decisión que el EBEP deja en manos de la propia Administración y de su forma de organización. Será la mayor o menor concienciación de la respectiva Administración en la gestión pública, en la necesidad de dirección de la misma la que establezca cuando y qué modelo de función directiva se debe plantear y cuando es preciso instaurarlo.

En síntesis podemos insistir en que la decisión de creación de un sistema de directivos públicos es una decisión organizativa y de decisión política. El ejercicio de esta facultada puede ser completamente libre o, por el contrario, puede ser limitada o “acotada” por las normas de desarrollo aunque para analizar esta determinación es necesario analizar la potestad de establecimiento.

3.3. La evaluación y el compromiso de los funcionarios públicos.

Este es, sin duda, otro de los elementos clave para la reforma: evaluar a los empleados públicos y extraer de las evaluaciones las consecuencias que procedan en el ámbito disciplinario, en el retributivo o en el de la carrera de los empleados públicos.

El artículo 20 del EBEP se refiere al mismo en términos imperativos: <<las Administraciones Públicas establecerán...>> y remite al apartado 3 del propio artículo 20 la indicación de que <<... . Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente

5 Cordero Saavedra. L. Altos cargos de la Administración universitaria: su delimitación y peculiaridades. Actualidad Administrativa. Núm. 44. Noviembre-diciembre- 1996.

Estatuto...>>.

Pese al tiempo transcurrido no puede considerarse que las Administraciones Públicas en su conjunto hayan abordado esta “pieza” del régimen jurídico de los empleados públicos. De esta forma puede decirse que la gestión pública sigue siendo impune o intuitiva (se sabe lo que hacen porque las organizaciones desarrollan un sentido propio para detectar el volumen de trabajo).

La evaluación del desempeño es un elemento de seriedad en el funcionamiento de la organización, de orden en la aplicación de políticas de personal y, finalmente, cuando del servicio público hablamos de legitimación frente a la propia sociedad y de dignificación del compromiso de muchos servidores públicos.

Su falta de implementación se sitúa, de nuevo, en la escasa importancia que en la agenda política tienen las cuestiones relativas a la organización y a las políticas de recursos humanos en el ámbito público. Sino fuera así sería difícil admitir que, casi diez años después de su establecimiento obligatorio, no se haya implantado.

4. REPENSAR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS CONTROLES PÚBLICOS.

No es el momento de efectuar una larga consideración sobre el esquema de controles administrativos, labor que por otro lado hemos realizado en otra ocasión a la que resulta necesario remitirse en este momento, pero, sí de indicar que el conjunto de controles internos, personales, jurídicos, políticos o económicos que componen, en los diferentes niveles y categorías el sistema de control y de responsabilidades derivadas de la gestión pública es claro que no ha tenido ni el alcance ni la consistencia suficiente para contener la huida al derecho penal.

En todo caso, si el objetivo es que cada uno asuma sus propias responsabilidades y que el derecho penal deje de ser (que finalmente tampoco lo es) la panacea de todos los males debe plantearse un esquema diferente de su funcionamiento que realmente los convierta en eficaces. Analicemos cada uno de ellos.

4.1. Responsabilidad política.⁶

Los términos en los que está planteada la actuación parlamentaria en el ámbito del control político deja el campo de las responsabilidades políticas centrado en la moción de censura y, eventualmente, la de confianza. Adicionalmente existe un conjunto de medidas de control como las preguntas, las interpelaciones y las mociones. Lo característico es, sin embargo, que no tiene consecuencias propias y que, finalmente, incluye el conjunto del sistema en la confianza del gobierno ante la cámara que es lo que reconduce, a su vez, a la moción de censura o la cuestión de confianza.

Lo característico es, por tanto, que realmente no existen mecanismos políticos de responsabilidad lo que ha llevado a la sociedad entera a la teorización sobre las reglas de una sedicente responsabilidad política (fundamentalmente al hilo de las imputaciones penales) que realmente no responden a un criterio único sino más que otras cosas a las conveniencias del momento y de las cuestiones planteadas.

La necesidad de construir un marco para la responsabilidad política no puede

6 TEROL GÓMEZ R. <<El control político en el ámbito de la administración local.>>. En la Obra colectiva <<... La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad>>. Palomar Olmeda. A. y Garcés Sanagustín. M (directores) Aranzadi. 2013.

desvincularse -como tan a menudo se pretende- de las reglas y el alcance del control parlamentario. Vivimos momentos muy tendentes a los juicios paralelos, a reglas propias a la exigencia de un marco de actuación en relación con la vida política que, ciertamente, debería ser repensada en lo que se refiere a su construcción al margen de las reglas de responsabilidad del propio órgano que controla la acción política y que, claro está, a lo mejor tiene que reformar su sistema actual de control y responsabilidades para ser más eficaz en esta labor.

La carencia de estas reglas puede haber propiciado esta especie de doctrina actual que trata de articular unas reglas sociales de comportamiento político que es exigible a los mismos por la condición de tales y sin mayores consideraciones. Lo malo de este plus ético, de conducta y de comportamiento que se propone es que responde, insistimos, a una forma de control que no procede de la legitimidad democrática sino, en el mejor de los casos, de la legitimidad social directa.

Son determinados elementos e instituciones de la sociedad los que tratan de establecer estas reglas que, finalmente, son reglas de responsabilidad política que se ensanchan o achican cuando conviene y que se mantienen o derogan según el momento y el caso en el que se va a producir.

Esta simple enunciación de problema nos sitúa en la dificultad de su concreción porque ni la fuente inspiradora es única ni, sobre todo, los criterios que sirven para la exigencia de responsabilidades son uniformes aunque, prácticamente, consisten en estos momentos por reclamar como elemento característico la dimisión del cargo público.

La dimisión del cargo público, fundada en la propia entidad de su concepción ética y en haberla trasgredido es, sin duda, una posición personal respetable y sobre la que, en un ámbito como el presente, no deben formularse consideraciones ya que la misma está fundada en el propia voluntad. Sin embargo, lo que desde algunos estamentos sociales se reclama es que el haz obligacional que se plasma en normas jurídicas o el que se traduce en las reglas del control político de carácter parlamentario dejen paso a otras formas adicionales de control instauradas desde el reproche social de conductas y formas de actuar y sin que -necesariamente- exista contravención jurídica o reproche parlamentario. Cuando esto ocurre es evidente que la sociedad en su conjunto observa o considera ansiosamente la efectividad de los controles clásicos.

La sociedad va más rápido que nuestros esquemas clásicos de funcionamiento y de responsabilidad. Se busca la efectividad, la inmediatez, el escarmiento ejemplar y las soluciones contundentes.

Sin negar -como venimos admitiendo- que es preciso reformular las reglas, las técnicas y el propio alcance del control parlamentario cabe también alertar sobre la tendencia a la creación de un régimen paralelo y sin más reglas que la visibilidad o el escarmiento social momentáneo. Estos mecanismos nos remontan a épocas que no necesariamente deberían reconquistarse para el funcionamiento actual.

4.2. Responsabilidad administrativa

En esencia, la responsabilidad administrativa a la que nos referimos en este apartado es de amplio espectro e incluye la correspondiente a la responsabilidad gestora (con diferenciación entre los órganos de dirección y los que no), la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad administrativa-jurisdiccional que supone la responsabilidad contable. Abordemos cada una de ellas con algún detenimiento:

A) Responsabilidad gestora

Una de las características centrales de la indefinición del sistema de dirección pública es, precisamente, la imposibilidad del establecimiento y de la responsabilidad gestora que, en términos programáticos, se encuentra proclamada como principio rector del funcionamiento público en el artículo 3.2.d) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado que incluye la responsabilidad por la gestión entre los principios de organización de la AGE, en su conjunto. Este principio se asume entre los principios de funcionamiento de las Administraciones Públicas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen del Sector Público que se refiere al mismo en el artículo 3º.

Pero más allá de su formulación entre los principios esenciales de la organización pública es preciso indicar que no existen mecanismos reales para llevar a cabo ni para su exigencia en el ámbito de la esfera de actuación de los responsables públicos.

La responsabilidad por la gestión, independiente de la responsabilidad disciplinaria y centrada en la aptitud para la definición y articulación de políticas o la ejecución de las mismas -según nos situemos en el estrato superior o inferior del ámbito directivo- no está regulada en nuestro Ordenamiento. De hecho los directivos que lo son o lo han sido han sido nombrados o mantenidos o, incluso, destituidos, no por su aptitud directiva y profesional ni por su trabajo en dicho ámbito ni por la exigencia de características en dicho orden, sino estrictamente por criterios de responsabilidad personal o política.

De esta forma podemos indicar que hemos transmutado las reglas de la responsabilidad gestora por reglas de carácter político o de confianza político-personal que no aseguran ni se sitúan en un plano de idoneidad de cara a asegurar a los ciudadanos que los responsables públicos los son por los términos de su gestión y no por su compromiso político o personal.

De alguna forma podríamos indicar, por tanto, que las Administraciones Públicas españolas han abdicado de este tipo de control y han cubierto su hueco con las reglas propias de la responsabilidad política que ni son idóneas ni producen el verdadero efecto de control profesional al que responde esta regla.

B) Responsabilidad disciplinaria

Incluimos esta referencia para que pueda analizarse el conjunto de las responsabilidades que pueden concurrir en el ámbito de la gestión. Es cierto, sin embargo, que en punto a la misma cabe indicar que la ausencia de mecanismos de gestión de personal, la falta de implementación de la carrera administrativa, la ausencia de evaluación del desempeño, el no desarrollo del régimen jurídico del personal previsto en el EBEP y el carácter continuista de los tipos infractores unidos a la falta de responsabilidad real en el ejercicio de la función disciplinaria ha conducido a ésta a un atonía nada menor de la que solo se puede salir con impulso directivo y un marco legal más claro.

4.3. Responsabilidad contable-financiera.⁷

La cuestión relativa a la responsabilidad contable deriva, en esencia, de dos ámbitos diferenciados: Responsabilidad contable y económico-financiera.⁸

La delimitación de esta figura -la responsabilidad contable- queda en manos, esencialmente, del Tribunal de Cuentas cuyas insuficiencias, pese a los esfuerzos de estos últimos años, parecen más que obvias. Lo que sí nos corresponde insistir es en que la responsabilidad contable está asentada en los conceptos de alcance y reintegro que no son, al día de hoy, los problemas centrales (por más que no puedan desatenderse) de la gestión pública.

Hoy los gestores públicos pueden causar un daño notable a las arcas públicas sin alcanzar los fondos públicos. De hecho actuaciones como la fragmentación de contratos, la alteración de esquemas de funcionamiento y de contratación o documentación de las operaciones públicas o la propia decisión de políticas de gasto sin un fundamento económico serio y un soporte presupuestario claro producen más daño que la propia actuación centrada en el alcance de fondos públicos.

En este punto trata de avanzar la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en cuyo artículo 28 se identifican las infracciones muy graves que pueden cometerse en materia económico-financiera. El esquema de infracciones que, por los demás, se parece como una gota de agua al que se contiene en el artículo 176 y siguientes de la LGP no abarca las actuaciones que realmente pueden ligarse con la mala gestión y se centra, de nuevo, en lo que pudiéramos considerar como actuación patológica o claramente desviada. El problema al que intenta dar solución un régimen de buen gobierno como el que propone la Ley es, sin embargo, de mayor enjundia y abarca conductas como las que acabamos de observar en la sociedad española como la elusión de los contratos públicos, el fraccionamiento de contratos y algunas similares que no encuentran reflejo en el régimen sancionador transcrito por lo menos en la interpretación que procede la normativa previa (e idéntica) que supone los mecanismos de responsabilidad que se contenían en la LGP.

En todo caso y como última referencia en este ámbito parece necesario indicar que sería necesario clarificar que unos mismos hechos y circunstancias estén simultáneamente en el ámbito de la relación de altos cargos a la que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre o la relación de <<administrador>> de fondos públicos a la que se refiere, por su parte, la LGP. Aunque es cierto que el ámbito subjetivo de aplicación de esta última es de mayor amplitud que la primera es lo cierto, también, que, al menos, donde se produce la confluencia debería aclararse si se opta por su inclusión en el régimen de los altos cargos o en el de los administradores. La lógica indica que los altos cargos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, deberían quedar únicamente en el ámbito de la LTBG, sobre todo, teniendo en cuenta que el artículo 30 de la misma establece que <<... 8. En todo caso la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará las siguientes consecuencias:

- a) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas

⁷ Con un carácter general DOMENECH PASCUAL, G., «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid, septiembre-diciembre, 2009, págs. 103 a 159.

Desde la formulación general, GARCÉS SANAGUSTÍN, M <<El control económico-financiero en el ámbito de la administración general del estado...>> En la Obra Colectiva <<...La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad...>>. Palomar Olmeda, A. y Garcés Sanagustín, M (directores) Aranzadi. 2013.

⁸ FERRÁN MONTALVÁ, M. Y FERRÁN DILLA, J., «La insolvencia en las Administraciones Públicas: responsabilidad contable, disciplinaria y de gestión», en *La Administración en tiempos de crisis: Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Dir. Palomar Olmeda, A., Navarra, 2012.

indebidamente.

- b) La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria....>>.

4.4. Reconcepción de la responsabilidad contable

La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas establece la funciones de este Tribunal que, a los efectos de encuadrar su naturaleza, debe indicarse que no forma parte del Poder judicial.⁹

Sus funciones se refieren a la fiscalización de las cuentas públicas, de un lado, y al enjuiciamiento contable, de otro. En este segundo aspecto es el artículo quince el que fija las competencias del Tribunal señalando las siguientes: <<...Uno. El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.

Dos. La jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión....>>. Este 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 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....>>.

Como puede verse la norma en cuestión reconduce a las normas presupuestarias y de contabilidad la responsabilidad de las Administraciones Públicas lo que, realmente, reduce en gran medida el concepto de daño porque el mismo puede proceder de la infracción de otras normas públicas que no sean estrictamente presupuestarias.¹⁰

Desde nuestra consideración la normativa sobre responsabilidad contable (aunque a lo mejor no sea la mejor denominación) debería evolucionar hasta ser el instrumento para conseguir la indemnidad de la Administración como consecuencia de la actividad administrativa que causa daño a la propia Administración.

En este sentido, conductas del estilo de las <<facturas en los cajones>>, de la contratación sin formalizar el procedimiento contractual, del fraccionamiento de contratos, la gestión de modificados contractuales, etc... que han formado parte del panorama de la sociedad española de los últimos años no pueden, no deberían pasar impunes porque realmente causan daño -objetivamente hablando- y porque suponen un funcionamiento de una organización al margen de las normas que ella misma dicta para ordenar el funcionamiento de la Administración.

9 AZNAR LÓPEZ M. <<El Tribunal de Cuentas>>. En la Obra colectiva <<...La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad....>> Palomar Olmeda. A. y Garcés Sanagustín. M (directores) Aranzadi. 2013.

10 En relación con la misma debe verse el trabajo de LOSADA GONZÁLEZ H. <<La responsabilidad contable...>> En la Obra Colectiva <<...La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad....>>. Palomar Olmeda. A. y Garcés Sanagustín. M (directores) Aranzadi. 2013.

Conductas como las señaladas en el apartado anterior, en tanto en cuanto causen daño a las Administración y, al margen de que se hayan documentado presupuestariamente con corrección, deberían ser objeto de análisis en el ámbito no de la fiscalización del Tcu sino del enjuiciamiento contable de forma que quienes causan el daño respondan civilmente de él.

Llegados a este punto podemos analizar las causas o las formas de la responsabilidad de este orden y, en concreto, sí debe corresponder únicamente a conductas dolosas o culposas o, incluso, si debe alcanzar a la responsabilidad objetiva consecuencia del desempeño del cargo o de la asunción de la responsabilidad en la formalización de los respectivos negocios jurídicos. Desde una perspectiva de los intereses de la propia Administración habría que situar el plano más cerca de la responsabilidad objetiva que de la responsabilidad por culpa o dolo pero, en todo caso, se trata de una forma de restablecimiento del equilibrio patrimonial causado a la Administración como consecuencia de la actuación de quienes la dirigen.

5. CONCLUSIÓN: REFORMARSE O MORIR.

Las consideraciones que acaban de realizarse nos permiten concluir que la vida en la Administración del futuro debe ser diferente. Son precisas un conjunto de reformas que establezcan nítidamente una diferencia entre los actuales formas de funcionamiento y las del futuro.

El reforzamiento y la credibilidad institucional de la Administración no es algo que se deba regalar o imponer sino que debe ser el fruto de un cambio en la forma de hacer las cosas, en las de controlar como se hacen y en la de asumir responsabilidades por la gestión realizada. En estas tres ideas se resume lo que aquí se propone y que trata de impulsar a la Administración como un aparato eficiente y al servicio de los ciudadanos. En síntesis: reformar o morir.