

Pedro T. Nevado-Batalla Moreno

# ADOPCIÓN Y CONTROL DE DECISIONES PÚBLICAS

Integridad y legitimación  
institucional por el acierto



**tirant**  
lo blanch

ADMINISTRATIVO  
PRÁCTICO

Copia parcial autorizada por el editor a efectos didácticos

A Nicolás, este libro es, en gran medida, fruto de su impulso.

A tantas personas ejemplares cuya integridad y trabajo sostiene, con anónimo patriotismo, la España social, democrática y de Derecho.  
Por su primer y más fundamental derecho: SER BIEN GOBERNADOS

*Copia parcial autorizada por el autor a efectos didácticos*

## ADOPCIÓN Y CONTROL DE DECISIONES PÚBLICAS:

### INTEGRIDAD Y LEGITIMACIÓN INSTITUCIONAL POR EL ACIERTO

#### INTRODUCCIÓN

El acierto de las decisiones públicas como necesidad para la democracia y el desarrollo económico y social

#### CAPÍTULO 1

##### Aproximación a una sistemática en la formación de decisiones públicas

###### 1.- Desempeño de funciones gubernamentales y Estado de Derecho

###### 2.- La silente alteración del acierto en las decisiones públicas. Dos frentes de inquietud: la política deletérea y el capitalismo clientelar

2.1.- El aprovechamiento político de las potestades administrativas y la destrucción del sistema jurídico-administrativo de interés común.

2.1.1.- Las tentaciones y su desajustado efecto en la adopción de decisiones públicas.

2.1.2.- La perturbación de un modelo autonómico en continua tensión

2.1.3.- Los actos de impacto mediático e ideológico

2.2.- La adulteración de las decisiones a largo plazo: el drama del capitalismo clientelar

2.2.1.- Ideas, hipótesis y realidades sobre el capitalismo clientelar

2.2.2.- La llamativa simbiosis obra pública-interés general como paradigma

###### 3.- Hacia un sistema de adecuación y acierto en la adopción de decisiones públicas

#### CAPÍTULO 2

##### El sentido de Estado como expresión de la idea de bien común

###### 1- Consideraciones generales sobre la idea de “sentido de Estado” y su interiorización

###### 2.- El “sentido de Estado” a través de una ética del bien común

2.1.- La ética social del bien común: el coeficiente cívico como multiplicador positivo en la gestión pública

2.2.1.- La educación como premisa de ciudadanía

2.2.2.- La recuperación del aprecio a los valores públicos y el respeto a los mismos.

2.2.- La ética jurídica del bien común y su impacto en la adopción de decisiones

###### 3.- La participación ciudadana como contribución al bien común

3.1.- Aspectos generales sobre la idea de participación ciudadana

3.2.- Coeficiente cívico y participación ciudadana

#### CAPÍTULO 3

##### Hacia una organización con capacidad administrativa

1.- Ideas previas sobre organización, capacidad administrativa y desarrollo de un modelo óptimo de Administración

## **2.- El mito de la modernización administrativa y la reactivación de viejos paradigmas de la organización pública**

- 2.1.- El I+D O en la Administración Pública: nada nuevo bajo el sol
- 2.2.- Modernidad e identidad de la Administración

## **3.- El personal al servicio de la Administración**

- 3.1.- Consideraciones generales sobre el personal al servicio de la Administración
- 3.2.- La burocracia política como órganos de superior dirección.
  - 3.2.1.- El perfil administrativo de la burocracia política
  - 3.2.2.- Liderazgo vs jefatura en la burocracia política
- 3.3.- La burocracia técnica y la dificultad para el desempeño de sus funciones
  - 3.3.1.- Factores determinantes de la calidad en el empleo público
  - 3.3.2.- Acoso social y mediático a los empleados públicos
  - 3.3.3.- Pérdida de los elementos definidores del servidor público
  - 3.3.4.- Los denominados “funcionarios coraje
  - 3.3.5.- El debate sobre los “privilegios” de los empleados públicos

## **4.- Los medios materiales y los fines de la Administración**

### **CAPÍTULO 4**

#### **Planificación y técnica en la toma de decisiones públicas**

##### **1.- Estrategia y planificación de la actividad pública: lecciones aprendidas**

##### **2.- Técnica, acierto y cumplimiento del principio de legalidad**

- 2.1.- Los principios institucionales del Derecho Administrativo como guía en la adopción de decisiones públicas
  - 2.1.1.- Lealtad institucional
  - 2.1.2.- Neutralidad
  - 2.1.3.- Prevención y prudencia
  - 2.1.4.- Principios de buena gestión financiera: eficacia, economía y eficiencia
  - 2.1.5.- Coordinación y cooperación
- 2.2.- La penetración de la gestión privada de los negocios en el ámbito público
- 2.3.- Las pasarelas del sistema jurídico-administrativo en los modelos de calidad.
- 2.4.- Técnica y competitividad institucional

##### **3.- Los procedimientos administrativos como garantía de legitimidad y acierto en la adopción de decisiones públicas**

- 3.1.- La indebida subordinación del procedimiento administrativo y la técnica al criterio de la oportunidad o el interés político
- 3.2.- La incorrecta sustanciación del procedimiento administrativo como causa para malograr una decisión pública

##### **4.- La sostenibilidad económica de las decisiones públicas en el tiempo: el déficit público como mal consentido y el dispendio como acción sin respuesta**

- 4.1.- Desajuste presupuestario y calidad del gasto público
- 4.2.- Incorrección y dispendio público

## **CAPÍTULO 5**

### **Responsabilidad y control en la toma y ejecución de decisiones públicas**

**1.- La recuperación de la idea de control y responsabilidad en la gestión pública**

**2.- La exigencia de responsabilidad en la adopción de decisiones públicas**

2.1.- La indebida devaluación de la responsabilidad pública: la impunidad del desacierto

2.2.- Competencia administrativa y responsabilidad propia del gestor público

**3.- Control y evaluación de las decisiones públicas: formación, ejecución y desarrollo**

3.1.- Los sistemas de control y la adopción de decisiones públicas

3.1.1.- El control interno: prevención y reacción

3.1.2.- El control externo: capacidad y credibilidad

3.2.- Evaluación y rendimiento de las decisiones públicas

**4.- El sentido de la transparencia como factor de control en la adopción de decisiones públicas**

### **BIBLIOGRAFÍA**

Copia parcial autorizada por el autor a efectos didácticos

# Introducción

*No hay nada más difícil de entender que lo que es obvio*

## **El acierto de las decisiones públicas como necesidad para la democracia y el desarrollo económico y social**

Siguiendo a BAUMAN la comunidad, la nación podríamos decir, es la promesa de un refugio seguro. El amparo frente a la incertidumbre respecto a las perspectivas para la vejez, la enfermedad, la educación de los hijos, los peligros de la ausencia de orden, el acceso a un trabajo digno... tantas contingencias y necesidades que el propio autor ha hablado de la “profana trinidad” constituida por la incertidumbre, la inseguridad y la desprotección, generando cada una de ellas una angustia aguda y dolorosa al ignorarse su procedencia<sup>1</sup>.

Reconduciendo esta reflexión hacia una perspectiva de mayor orientación jurídico-política, la comunidad, la sociedad, representada en cada uno de los ciudadanos que la integra, busca un espacio de bienestar, de realización. Un espacio, en definitiva, de dignidad en el que se aprecie de manera tangible y, por tanto, creíble, el modelo de amparo social y democrático de Derecho. Será el entramado institucional, el Estado, con sus medios y recursos el que otorgue soporte material a las respuestas necesarias para evitar o minimizar la “profana trinidad”. Haciéndolo de una manera dinámica, con reglas mutables como cambiantes son las eventualidades y contingencias, los desafíos para garantizar el espacio de dignidad al que aspira el ciudadano.

Sin embargo, este sintético razonamiento se resquebraja en el momento que, volviendo a BAUMAN y a su discípulo BORDONI, *los Estados fueron poniendo de manifiesto su incapacidad para cumplir sus viejas promesas; poco a poco, aunque de manera imparable al parecer, comenzaron a desgastarse la fe y la confianza en la potencia del Estado...*

*... El estado fue degradándose desde la categoría de motor más poderoso del bienestar universal a la de obstáculo más detestable periculado péfido y molesto para el progreso...<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> BAUMAN, Z.: “Modernidad líquida” Fondo de Cultura Económica. 14ª edición. Argentina, 2013. Pág. 181 y 192.

<sup>2</sup> BAUMAN, Z y BORDONI, C.: “Estado de crisis”. Trad. Albino Santos Mosquera. Edit. Paidós. Buenos Aires, 2016. Pág. 20.

El malestar social, la falta de legitimidad y credibilidad en las instituciones públicas se convierte en una constante y recuperar la credibilidad en el amparo de un desprestigiado modelo, supone un auténtico desafío colectivo.

El prestigio y la credibilidad se ganan con hechos, no con improvisaciones de generalizado mal resultado, tampoco con fútiles palabras ni con normas incumplidas. Es necesario recuperar la legitimidad perdida a través de decisiones acertadas que redunden beneficiosamente en una mayor eficacia y eficiencia de las actuaciones públicas frente a los ciudadanos. Y es que, estamos ayunos de hechos que dignifiquen la gestión pública soportando además la pesada carga de decisiones poco acertadas.

El problema de este tipo de decisiones desacertadas en el ámbito público es que, muchas de ellas, pasan desapercibidas o, a penas, se le anudan consecuencias para quien las adoptó, más allá que el desacierto traiga causa en un supuesto de mala práctica o corrupción demostrada y se delimiten responsabilidades concretas. Lo más habitual es que la estructura de la organización pública absorba la mala decisión y sus consecuencias para alcanzar el olvido que suele caracterizar la gestión pública.

En realidad, se desconoce la verdadera longitud y profundidad de los efectos de una mala decisión. Se pueden llegar identificar algunos efectos en el ámbito o sector concreto en el que se ha adoptado la decisión, pero es complicado asegurar cuánto se ha perdido en realidad en términos de recursos, oportunidades o tiempo. Incluso, desde otra perspectiva, cómo cuantificar en las futuras generaciones, la pérdida de opciones para disponer de un espacio de bienestar desarrollado y, sobre todo, consolidado. No es este un tema de excesiva preocupación para muchos. El día a día, el presente es un resto lo suficientemente importante como para pensar en el futuro. Además, si la solución ante una mala decisión es que se encapsule y sean olvidados o directamente ocultados cuanto antes sus negativos efectos, plantear el concreto “efecto mariposa” del desacierto en escenarios temporalmente alejados no será precisamente una prioridad.

Pero tampoco resulta un tema de especial intranquilidad para una mayoría social cualificada, tal vez por falta de conocimiento o pérdida de la perspectiva sobre el alcance de las decisiones públicas, pudiendo afirmarse que un número nada desdeñable de ciudadanos parece haber renunciado a su derecho a ser bien gobernados y, por tanto, recibir los beneficios, presentes y futuros (para sus hijos) de decisiones correctas y acertadas.

Los hechos y acontecimientos relacionados con la gestión pública vividos desde hace varias décadas caracterizados por notables aciertos y avances sociales, pero también elocuentes desaciertos e incorrecciones, han definido de forma severa y determinante la actual estructura pública, así como la forma en la que se han de desenvolver las actividades propias de la Administración y el Gobierno tanto para mantener y mejorar el desarrollo obtenido, como para corregir los desaciertos.

Este esquema se ha visto poco a poco desequilibrado de tal forma que gran parte de los esfuerzos institucionales y normativos se han orientado a la corrección de comportamientos desacertados, indebidos tanto para evitarlos en el futuro como para tratar de reparar sus consecuencias. En este sentido, se observan notables cambios organizativos y de régimen normativo en relación directamente proporcional a la visualización de un escenario marcado por actos que se ubican en un rango de desvalor que puede ir desde el mero desacierto a los más graves casos de corrupción.

Y han sido tantos cambios y propuestas como actos de desacierto, malas prácticas y corrupción detectados que, si bien, han logrado algunos avances hoy podemos decir que el camino aún no se ha completado. El objetivo de presentar una imagen de actuaciones públicas en materia de Gobierno y Administración íntegras y ejemplares, aún no se ha alcanzado. Es más, echando la vista atrás y haciendo un sencillo recuento de las modificaciones organizativas, diferentes cambios normativos y propuestas de todo tipo, puede decirse que estas iniciativas han tenido una cierta naturaleza refractaria. Una tras otra se han ido acumulando como si fueran distintas capas de barniz. Tantas que, tal vez, nos han hecho olvidar el color y la textura original de una estructura institucional y un régimen de funcionamiento que siempre ha tenido por finalidad asegurar la integridad del interés general y, en su caso, mejorarlo. Una estructura y un régimen calificados en algunas ocasiones como obsoletos pero que, en realidad, no se ha permitido o no se ha querido emplear adecuadamente.

Es inevitable advertir que, todos estos casos de desacierto y las indeseables, malas prácticas y corrupción, no surgen de forma espontánea, inopinada. Por supuesto que la mejora en la facilidad de acceso a la información y sus mayores posibilidades y canales de difusión han hecho que muchos acontecimientos de la vida pública sean mucho más conocidos. Pero no sólo es eso, el incremento de casos con los efectos complementarios de pérdida de recursos (bien por absorción sin rendimiento social como por directo latrocinio) y deslegitimación social, tiene una raíz causal mucho más profunda. Esta raíz enlaza directamente con un largo periodo de tiempo en el no han sido suficientes los que creyeron en el alto compromiso que supone sostener con responsabilidad el modelo constitucional de un Estado social y democrático de Derecho. Un tiempo en el que hubo quienes asumieron que los intereses de su partido estaban por encima del interés general. Un tiempo, en el que no siendo muchos, pero sí suficientes para causar un daño atroz, también hubo aquellos que sólo creyeron en su lucro personal a costa de los recursos públicos y, lo que es peor, a costa de dinamitar la confianza y credibilidad de los ciudadanos en sus instituciones.

La consecuencia ha sido, e infelizmente, aún es, esa repetida deslegitimación social de las instituciones, desconfianza ciudadana en las instituciones públicas, elevada a cotas poco imaginables hace unos pocos años hasta el punto de manifestar adicionalmente un efecto perverso: la trivialización de la gestión pública. La gestión pública, compleja y no apta para todos se mira, compone y representa como

algo simple, accesible a cualquiera. En gran medida se ha perdido el respeto a las instituciones públicas, tanto a lo que representan por sí mismas, como a las funciones que deben realizar de tal forma que, a ningún órgano le va a faltar su titular esté o no preparado. Y es que, se ha conocido tanta falta de aprecio al interés general, se ha procedido de forma tan incorrecta, desviada o desacertada, que cualquiera cree que puede hacerlo mejor o, seguro, nunca peor. Es difícil afirmar que nunca haya habido tantos diletantes en los Gobiernos y Administraciones de España, tantos aficionados tal cual los definía WEBER<sup>3</sup>, pero sí puede apuntarse que en la actualidad su número no es desdeñable y que su frívola desenvoltura para abordar las cuestiones más complejas del país es, cuando menos, sorprendente y preocupante. Las palabras de INNERARITY adquieren en este escenario una rotundidad perturbadora:

*La principal amenaza de la democracia no es la violencia ni la corrupción o la ineficiencia, sino la simplicidad. Nadie diría que la simpleza, con ese aire de inocente descomplicación, puede actuar de manera tan corrosiva sobre la vida política, pero en ocasiones los enemigos menos evidentes son los más peligrosos<sup>4</sup>.*

En todo caso, se trata de un fenómeno caracterizado por su prolongación en el tiempo y la obtención de unos resultados pírricos, en el que la propia decepción y la secuencia de escándalos ha impulsado e impulsa los ya citados continuos movimientos de cambio y reforma, movilizándolo a diferentes disciplinas, organizaciones y operadores de todo tipo, a tratar de explicar e intentar solucionar una patología institucional con distintas vertientes que condiciona el día a día de cualquier gestor público, determinando el futuro de la Administración y el Gobierno a medio y largo plazo, y por tanto el de los ciudadanos.

Volviendo a ser reiterativos, los logros no han sido ni están siendo los deseados. Hay movimiento sin duda, pero en gran medida son saltos en el mismo sitio, sin avances particularmente destacables. La consecución de estructuras públicas asentadas sobre fundamentos de profesionalidad e integridad, aún es un objetivo por alcanzar. Y la pregunta es inmediata, ¿por qué?.

¿Por qué la adjetivación de la actividad pública y particularmente la acción administrativa, salvando honrosas excepciones, no se puede calificar en general de ejemplar o acertada?.

---

<sup>3</sup> WEBER M.: "El político y el científico". Alianza editorial. Madrid, 2018.

<sup>4</sup> Por supuesto la idea de INNERARITY se desarrolla y resulta más extensa, pero sirva como síntesis, al entroncar directamente con la necesidad de adoptar decisiones públicas acertadas y la complejidad de su proceso de formación, el siguiente pensamiento:

*Desde el punto de vista ideológico, la principal consecuencia de esta renuncia a la complejidad es el establecimiento de una gran ruptura, una insostenible división del trabajo entre el principio de realidad y el principio de placer, entre la descripción de la realidad y el plano normativo, entre tecnocracia y populismo, entre quienes se ocupan de que las cosas funcionen y quienes únicamente parecen interesados en cómo deberían funcionar.*

INNERARITY, D.: "Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI". Edit. Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2020. Pág. 11 y 17.

Por supuesto no es por falta de esfuerzo y recursos dedicados a la presencia de este problema en el debate y el pensamiento diario de la práctica totalidad de responsables e interesados en la cuestión. Es más, en materia de integridad, buenas prácticas y adecuado uso de recursos públicos como fundamento para la adopción de decisiones públicas acertadas, se ha llegado a amasar un enorme nudo de estudios, presentaciones, cambios normativos y organizativos, cursos e iniciativas que no deja de crecer, en el que cualquiera cree tener la solución y, por tanto, su espacio de exposición, incluidos los gurús de atril que nunca han tenido un desempeño público ni una competencia administrativa para ejercer en su haz de responsabilidades.

Nudo que crece y que crece ocultando, tal vez, la visión de soluciones reales, eficaces y, seguramente, más sencillas y económicas. Respuestas que, podemos anticipar, podrían resumirse en la regla elemental para el desarrollo y el progreso de una nación: que cada uno cumpla adecuadamente con su trabajo.

A partir de esta regla tan elemental, se orienta este estudio a la adopción de decisiones públicas exponiendo y aclarando a quien de una manera u otra participa en ese proceso, su responsabilidad, el entorno y las pautas que pueden llegar a determinar su acierto o, al menos, minimizar la incorrección y sus adversos efectos, garantizando la integridad del interés general cuya principal manifestación se muestra en el establecimiento de un espacio de bienestar y realización para los ciudadanos con proyección hacia las futuras generaciones.

La adopción de decisiones públicas implementada a través de una concreta y formalizada actuación administrativa no puede convertirse en una aleatoria tirada de dados. No puede ser una acción en la que la posible buena voluntad o el marcado interés (sean los que sean) de quien tiene la capacidad de ejercer una competencia administrativa, subordine, entre otros, los aspectos técnicos, reglados del proceso de adopción de la decisión pública o la elemental prudencia que debe acompañar a cualquier actuación pública. Sin entrar en vicios o patologías de especial gravedad, las buenas intenciones que suelen estar acompañadas de exigencias de premura, no pueden sustituir el necesario carácter estratégico de una decisión pública o la obligada planificación que debe determinarla.

Por tanto, desde la responsabilidad que se asume al tomar posesión de un cargo público y las competencias que lleva atribuidas, la decisión pública, pese al amplio margen de opciones que habilita la naturaleza y capacidad democrática de un Gobierno o la propia discrecionalidad técnica de la Administración, no puede tener como fundamento o razón de ser, la improvisación, la atención a intereses políticos meramente coyunturales y, mucho menos, otros más espurios aún como el lucro o los de carácter clientelar.

La decisión pública, reconociendo y repitiendo su impulso y matriz político como legítima y necesaria manifestación del sistema democrático, no puede perder la perspectiva del interés general, reflejándose en el respeto y garantía al elemental vínculo con el principio de legalidad.

Desde luego la afirmación no puede ser más obvia. La atención al interés general es inherente a una decisión de carácter público adoptada por una autoridad o agente del Gobierno o la Administración en el ejercicio de sus competencias. Sin embargo, la realidad nos muestra hechos y situaciones que niegan o retuercen esta evidencia propia de un modelo democrático real en el que el vínculo general con la legalidad, como principal patrón de corrección y acierto se relativiza o, directamente no se respeta. Y no sólo debe pensarse en las falta de respeto formales, también en aquellas en las que se soslaya el sentido que la legalidad otorga a las decisiones públicas en términos de prudencia, previsión y garantía de sentido común a la integridad del interés general.

Desconsideración con el marco de legalidad, que no resulta puntual o de un ciclo concreto. De manera prolongada en el tiempo, se observa, con cierta regularidad, la adopción de decisiones que conducen a un quebranto del interés general, afectando a todos los pilares del Estado pero de forma muy visible a la propia subsistencia del Estado del bienestar y su sostenibilidad económica a largo plazo. Lo cual, en la medida que afecta directamente al espacio de dignidad de los ciudadanos, abunda en el preocupante desafecto y deslegitimación de las instituciones públicas.

Sucede que en periodos de bonanza económica el desacierto, en cualquiera de sus modalidades, pasa mucho más desapercibido que en periodos de crisis que suelen poner de manera cruda y dolorosa las incorrecciones y sus efectos.

Las imágenes de las largas colas de ciudadanos retirando bolsas de alimentos para su subsistencia, hacen retroceder a España a los peores años de su historia<sup>5</sup>. Y siendo grave y descorazonadora esta estampa, sorprende que esa solidaridad social se desarrolle, en la inmensa mayoría de los casos, fuera de la actividad asistencial pública. Esto es, organizada y ejecutada por colectivos sociales, de vecinos, entidades religiosas y del tercer sector, están ayudando a apuntalar el Estado Social cuando, en puridad, es una tarea que no les debería corresponder pero que, ante la ausencia de una repuesta institucional eficaz, se realiza desde los valores de solidaridad y auxilio que articula la propia ciudadanía.

Es evidente, que esta continuidad en el rango de desvalor de decisiones públicas incorrectas, se recuerda mucho más en estos momentos, generando más dolor ciudadano cuando se evidencia además

---

<sup>5</sup> Imagen que hace buena la afirmación de Rafael Torres en el prólogo al libro "El hambre en España" de Miguel Ángel Almodóvar Martín, sobre la rabia y perplejidad que en un país como España algunas personas puedan sufrir el padecimiento del hambre. Mucho más, cabría añadir, en el siglo XXI.

ALMODÓVAR MARTÍN, M.A.: "El hambre en España. Una historia de la alimentación". Ediciones Oberon/Anaya. Madrid, 2003.

el no aprender de los errores cometidos, pese al reconocimiento y auténtico escándalo de haber llegado a situaciones verdaderamente límite.

Aunque no es sencillo sintetizar la etiología de las decisiones públicas desacertadas, espurias en función del citado rango de desvalor moral y jurídico de éstas, al menos una de las causas de mayor peso es, precisamente, la que apuntábamos líneas atrás: la trivialización del ejercicio de funciones públicas sobre todo a nivel de los órganos políticos de superior dirección. En ocasiones se olvida o no se quiere entender que la gestión pública no puede prescindir de la firme consideración de los elementos y mecanismos que tratan de otorgar a las decisiones públicas las mayores posibilidades de acierto en términos de atención y tutela del interés general.

Esos elementos y condicionantes no son exclusivamente jurídicos, por supuesto que enfatizamos el patrón de corrección que representan los condicionantes que la legalidad integra, pero, como veremos, el acierto de la decisión, no sólo se conforma con una aplicación mecánica de legalidad ya que deben involucrarse aspectos de actitud, visión y sensibilidad hacia el interés general que la norma no es capaz de atribuir por mandato o por mera publicación en el correspondiente diario o boletín oficial. Además, sin olvidar los conflictos, ambigüedades y multirelaciones que pueden llegar a afectar al proceso de adopción de decisiones.

Ya en los primeros estudios sobre la Administración Pública se consideraba que la gestión pública o la acción administrativa no podía limitarse a un mero automatismo legal. Así lo expresaba OLIVAN a mediados del siglo XIX enlazando, desde la perspectiva de nuestro estudio, la acción administrativa con la idea de bien común en un marco de legalidad:

*No consiste la acción administrativa en aplicar (como hace la autoridad judicial) una regla inflexible á hechos consumados, resultantes de la instrucción de un proceso, sino en antever los acontecimientos venideros, en tomar medidas capaces de desviar los adversos y de atraer los prósperos, y en satisfacer las necesidades numerosas y variables de la sociedad. Para ello tiene que recorrer de una ojeada toda la superficie del territorio, combinar los intereses frecuentemente encontrados de sus diferentes partes, y desús diversas industrias, tomar en cuenta los obstáculos morales y físicos que presentan la población y el suelo, fraccionarse y subdividirse hasta llegar a los puntos y atenciones más distantes, y hacer uso en beneficio de todos, de un poder que precisamente ha de tener mucho de discrecional, y que lo tiene, aunque dentro de un círculo trazado por las leyes. La parte discrecional o indeterminada de esa acción, consiste en que la Administración misma es la única que aprecia los motivos de utilidad de algunas de sus medidas.*

*Se ha dicho que el mejor gobierno es el que está animado de mejores intenciones; y la proposición es ciertísima siempre que se suponga la inteligencia necesaria. No basta, en efecto, organizar la administración pública: es preciso darle impulso, regularizar su movimiento, e inspirarle el espíritu del bien,*

*cuya acción é influjo puede decirse que no conocen límites, porque no tienen cuenta las ocasiones y los instantes de satisfacer una necesidad*<sup>6</sup>.

Pero dejando estas reflexiones para el momento en el que abordemos la idea del sentido de Estado reflejado en una genérica ética del bien común, podemos admitir que la contribución del bloque jurídico-público y, particularmente, jurídico-administrativo, a un sistema de adopción de decisiones resulta determinante.

Las reflexiones sobre un modelo teórico de toma de decisiones es el objeto de este trabajo tratando, en definitiva, de analizar los principales requerimientos que desde el Derecho Público y, particularmente, el Derecho Administrativo conducen a la materialización de la decisión pública, garantizando tanto material con formalmente el acierto de dicha decisión en términos de integridad del interés general.

Tamices, sin los cuales la decisión pública pierde su condición de afinada respuesta al interés general, pudiendo resultar un mero amasijo de intereses políticos, personales, clientelares que, más allá de su mayor o menor desvalor, siempre son espurios a la finalidad propia de la Administración Pública.

En síntesis, decisiones erradas, poco acertadas, que suponen un perjuicio para los ciudadanos y, en muchos casos, con unos efectos que se prolongan en el tiempo, más allá del periodo político en que fue adoptada. Y ello, sin entrar en la atención a decisiones afectadas por alguna patología de intencionada mala práctica que tiene por objeto subordinar el interés general a otros intereses espurios en el ámbito público. Patologías entre las que descolla sin lugar a duda el fenómeno de la corrupción que ha larvado nuestras instituciones y el propio sistema político hasta niveles que ni los más pesimistas pudieron llegar a imaginar.

No es, por tanto, cualquier cosa la adopción de decisiones por quien, particularmente, aunque no de manera exclusiva, está habilitado para ello a través de la legitimidad democrática que obtiene mediante el apoyo electoral mayoritario de los ciudadanos y, automáticamente, la asunción de las competencias administrativas de mayor y más significativa trascendencia jurídica y económica. Y es en ese nivel superior de la estructura administrativa, donde se aúna política y competencia administrativa, en el que se ubica la cota más elevada del sistema institucional público, es en el que se adoptan las decisiones públicas más relevantes y se emplean los recursos y medios de la Administración para implementarlas.

Así lo indica IVANEGA cuando afirma que la política *siempre va a implicar la toma de decisiones para resolver problemas. Sin perjuicio del significado y sentido histórico, lo cierto es que la política condiciona a la Administración Pública: decisiones políticas y administrativas están interrelacionadas; a*

---

<sup>6</sup> OLIVAN, A.: " De la Administración Pública con relación a España". Boix Editor. Madrid, 1843. Pág. 127 y 128

*punto tal que se diluyen los contornos de una y otra, aparejando sombras en aspectos tales como la definición y distinción entre funcionarios políticos y administrativos*<sup>7</sup>.

Esas decisiones construyen, desarrollan el ya apuntado espacio de dignidad jurídica, económica y social al que todo ciudadano aspira, de tal forma que se establece una relación directamente proporcional entre la decisión (y su desarrollo), y el ciudadano afectado, cuya credibilidad en las instituciones públicas y, por extensión, en el propio sistema, dependerá de la construcción del espacio en el que habrá de desenvolverse con sus derechos, libertades y obligaciones.

Cuando no se adoptan las decisiones más acertadas, cuando, como se decía, las decisiones son directamente desacertadas hasta el perjuicio, cuando no se gestionan bien directamente los servicios públicos, cuando se absorben recursos sin ningún tipo de rendimiento y además la pérdida de recursos públicos tiene el desvalor que anuda la corrupción pública, el país muestra una patología que debe ser tratada de inmediato y con determinación. En todo este rango de desvalor, no es sólo que se pierdan oportunidades para el desarrollo económico y social de una nación, no es sólo que el espacio de dignidad del ciudadano se estreche o sea de menor calidad, no es sólo una pérdida de oportunidades; es sobre todo, que el ciudadano se siente frustrado, insatisfecho y desafecto con un sistema que no le ofrece respuestas adecuadas a sus necesidades y expectativas, generando un coste directo al propio sistema político democrático.

La democracia debe ser real, creíble para el ciudadano y tal credibilidad sólo se consigue si éste recibe una adecuada respuesta a sus necesidades y expectativas. A modo de síntesis lo expresa muy bien CANALES, *"...el papel de la llamada clase o élites políticas tiene un papel y un reto relevante, que es el de dar respuestas eficaces a las demandas de la ciudadanía y de la sociedad civil, para no provocar el rechazo ciudadano"*<sup>8</sup>.

La mala gestión en el ámbito público y la ausencia de resultados acertados fisura, agrieta el bloque que conforma el sistema político democrático que la ciudadanía cimenta. Y en esas fracturas o grietas se generan huecos por los que pueden tener acceso la carcoma formada por extremismos, populismos, voluntaristas, vividores, aventureros, iluminados y toda una serie de individuos y grupos que restan y parasitan el valor de todo lo público. La realidad actual y, sobre todo, la perspectiva histórica nos evidencia que únicamente dañan las estructuras del sistema, sin aportar nada ni, por supuesto, hacer más fuerte ni al sistema político democrático, ni mucho menos, al espacio de dignidad jurídica, económica y social de los ciudadanos.

---

<sup>7</sup> IVANEGA, M.M.: *"La Administración Pública del Siglo XXI: entre la utopía y la realidad"*. LA LEY (Buenos Aires. República Argentina). Nº43. 2 de marzo, 2001. Pág. 3.

<sup>8</sup> CANALES, ALIENDE, J.M.: *"Algunas reflexiones sobre el presente y el futuro de la democracia"*. | Administración & Ciudadanía (A&C). Vol. 13. Núm. , 2018. Pág. 145

Con cualquiera de ellos, el ciudadano siempre pierde, pero en un sistema donde el ciudadano observa que tampoco se gana demasiado e incluso se retrocede en derechos y bienestar ante su atónita mirada, la promesa de algo mejor o, simplemente, sustituir lo que hay por opciones de perfiles más amables pero de oculta naturaleza xilófaga, puede ser una irresistible tentación.

Infelizmente la deslegitimación de las instituciones y consecuente falta de credibilidad en ellas es un problema que también puede adjetivado como global. Tal vez el mejor ejemplo lo podamos observar en el propio proyecto europeo tal y como se expone en el Libro Blanco sobre el futuro de Europa<sup>9</sup> en el que, desde el optimismo y la necesaria visión de futuro (a la que nosotros también nos unimos) se reconoce y aborda sin complejo el problema de la desafección por la política y las instituciones convencionales a todos los niveles, apuntado que *Europa y los Estados miembros deben actuar más rápidamente para interactuar con los ciudadanos, responsabilizarse en mayor medida y cumplir mejor y con más rapidez lo que se ha acordado de forma colectiva*<sup>10</sup>.

Responsabilidad y cumplimiento frente al ciudadano pueden ser las dos ideas fundamentales que se destilan de la propuesta comunitaria y, en general, sintetizan mucho lo expuesto hasta el momento. Responsabilidad y cumplimiento que supone un rompiente frente a ese manto de impunidad con el que se suelen cubrir algunos gestores públicos.

Así las cosas, alcanzar ese objetivo requiere de una doble exigencia:

En primer lugar, exigencia objetiva de cumplimiento a través del respeto a la legalidad en su sentido más amplio.

Afirmación que siempre requiere ser matizada: lo sujeción a la legalidad no supone una aplicación mecánica de las normas. Pese a que la práctica totalidad de las acciones públicas puede tener aspectos reglados o protocolizados como de hecho puede evidenciarse en la misma institución del procedimiento administrativo o las reglas de organización y funcionamiento de una Administración, siempre se debe contar con esa variable que es la orientación del gestor, del servidor público, hacia el bien o hacia otros fines espurios o desviados de la atención al bien común. La totalidad de las decisiones públicas, como decisiones humanas que son, dependen de la conciencia y libre elección del órgano gestor por eso es necesario el apoyo o encauzamiento a través de parámetros como los expuestos sin que los mismos puedan asegurarnos al cien por cien el acierto pleno, pero sí, al menos, la mayor interdicción de la arbitrariedad y el capricho.

---

<sup>9</sup> Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025. Comisión Europea COM(2017)2025 1 de marzo de 2017. Consultado el 30 de diciembre, 2017 en la página: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro\\_blanco\\_sobre\\_el\\_futuro\\_de\\_europa\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf)

<sup>10</sup> Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025. Comisión Europea COM(2017)2025 1 de marzo de 2017. Pág. 13 in fine

Recuperando las palabras que GASCÓN FERNÁNDEZ escribió hace ya más de seis décadas, *la Administración es la acción de todos los días, acción cotidiana, incesante, omnipresente, al mismo tiempo que subordinada y secundaria. Subordinada a la legislación—principio de seguridad jurídica y de Estado de Derecho—y secundaria al Gobierno, aunque ya sabemos que en las altas cimas se confunden y unimisman Administración y Gobierno. Pero por mucho que la Administración sea secundaria y subordinada, no deja de existir en toda tarea administrativa aquel punto de labor de creación que permite que no quede vacía de sustancia la metáfora de que todo funcionario, toda persona que administra, es en alguna forma escultor de la realidad social*<sup>11</sup>.

En segundo lugar, requerimiento subjetivo al operador público de una actitud conformada a través del principio de atención preferente al interés general. Actitud que, pese a su carácter subjetivo, puede y debe ser formada a través de la educación, la capacidad y la conformación de un entorno de actuación y vida, entorno social, al fin y al cabo, capilarizado por valores cívicos y una ética colectiva sobre el bien común.

Sólo desde este sumatorio de factores de carácter objetivo y subjetivo, tendrán sentido y podrán rendir aspectos elementales para poder configurar un sistema que, sin poder asegurarnos en su totalidad el éxito, sí nos acerque en lo posible al acierto en la adopción de decisiones públicas o, al menos, minimice en lo posible los efectos desfavorables del desacierto.

Argumentación que, para quienes están más próximos a una disciplina jurídico-administrativa, les resultará conocido en la medida que, precisamente, la rama jurídica que soporta el peso fundamental de la gestión pública a través de la regulación del ejercicio de potestades públicas es el Derecho Administrativo. Disciplina jurídica que lleva en su ADN la idea de prevención, de prudencia, de actuación *ex ante*. Y ello basado en la actitud y aptitud del gestor público que ha podido demostrar que es el mejor para trabajar con intereses públicos, en el marco de un firme y general vínculo con la legalidad.

En definitiva, la adopción de decisiones públicas y su implementación es un área crítica de elevada responsabilidad en orden a proveer el repetido espacio de dignidad jurídica, económica y social al que todo ciudadano tiene derecho de disfrutar y obligación de contribuir, proporcionando legitimidad y credibilidad en el sistema.

Sin embargo, pese a la aparente sencillez de todo lo apuntado, el acierto a través de la correcta adopción de decisiones y su cumplimiento o ejecución, contiene algunos factores de complejidad que deben ser necesariamente considerados a modo de premisas cautelares o prevenciones que habrán contextualizar cualquier planteamiento sobre la materia, mucho más si el propósito es diseñar un sistema

---

<sup>11</sup> GASCÓN HERNÁNDEZ, J.C.: "Los fines del Estado". Revista de Administración Pública. Nº11. Mayo/agosto, 1953. Pág. 34 y 35.

jurídico-administrativo que, favoreciendo la corrección en la adopción de las decisiones públicas, verifique los postulados de responsabilidad y cumplimiento.

Por un lado, aunque, en general se sabe o se ha podido deducir de todo lo expuesto, conviene señalar que la gestión pública, la adopción de decisiones en el ámbito público, es una actividad particularmente complicada. Junto a la dificultad que, por sí misma, supone desarrollar una actividad orientada a dar contenido a las cláusulas constitucionales del Estado mediante la provisión a todos y cada uno de los ciudadanos un espacio de bienestar y realización a través de la intervención de una extensa pluralidad de sectores y materias, se le añaden otros factores como la limitación de recursos, la ineludible presión sociopolítica propia de un sistema democrático, las limitaciones temporales y toda una serie de contingencias sobrevenidas. Empleando la metáfora de Clausewitz sobre la “fricción de la guerra” según la cual la secuencia más sencilla de acciones en la guerra puede verse interrumpida por infinidad de pequeños obstáculos de distinta naturaleza, convirtiéndola al final en una tarea compleja, bien podría hablarse también de la “fricción en la toma de decisiones públicas” como el efecto de la realidad en las ideas e intenciones del gestor público. Y es que, como señala el ilustre militar prusiano, *todo cambia de aspecto, empero, al pasar del mundo abstracto a la realidad. En la abstracción, todo permanecía supeditado al optimismo...*<sup>12</sup>

Complejidad que debería tener como consecuencia que, al igual que en otros ámbitos de la vida o en otros sectores, los ciudadanos tendrían que saber y, por tanto, exigir que no cualquiera puede asumir las responsabilidades propias de un gestor público. Por eso, trivializar la gestión pública, supone aumentar el riesgo de desacierto en cualquier rango de desvalor. Como en otras muchas actividades y desempeños que la vida ofrece, la adopción de decisiones públicas, el gobierno y la administración de los asuntos públicos, no es una actividad a la que cualquiera pueda dedicarse sin que ello suponga plantear o deducir algún tipo de limitación al fundamental derecho de acceso a cargos y funciones públicas. El derecho queda

---

<sup>12</sup> CLAUSEWITZ, C.: “De La Guerra”. Greenbooks editore, 2016. Capítulo 1: 6 Modificaciones en la práctica.

De manera más precisa, las consideraciones expresadas en el Capítulo 7 del Libro I de la obra, sobre las fricciones de la guerra, pueden trasladarse con facilidad al ámbito del Gobierno y la Administración mostrando la diferencia entre realizar un esfuerzo meramente teórico respecto a las decisiones públicas y el hecho de tener que adoptarlas en la realidad. El comienzo del citado capítulo no puede resultar más clarificador:

*Mientras no se tenga un conocimiento personal de la guerra no se podrá apreciar dónde residen las dificultades que encierra, ni la importancia que realmente asumen el ingenio el genio y las extraordinarias cualidades espirituales que se le exigen a un comandante en jefe. Todo parece tan simple, parecen tan sencillas las formas de conocimiento requeridas, y tan fútiles sus combinaciones, que, en comparación con ellas, el problema más elemental de matemáticas superiores adquiere una significación científica evidente. Pero en cuanto se conoce la guerra, todo se vuelve inteligible. Sin embargo, resulta extraordinariamente difícil describir qué es lo que produce este cambio y designar con un nombre ese factor invisible y universalmente operativo. Todo es muy simple en la guerra, pero esto lo más simple resulta difícil. Estas dificultades se acumulan y causan una ficción de la cual nadie que no haya asistido a una guerra puede formarse una idea ajustada.*

...

*La fricción es la única concepción que de un modo bastante general corresponde a lo que distingue la guerra real de la guerra sobre el papel. La máquina militar, el ejército y todo lo que le corresponde es en el fondo muy simple y por esa razón parece fácil de manejar. Pero hay que tener presente que ninguna parte de esta máquina se compone de una sola pieza, sino que está compuesta de múltiples individuos, cada uno de los cuales mantiene su propia fricción hacia todas las direcciones.*

indemne, es la responsabilidad personal, individual, de quien es su titular la que orienta su ejercicio y alcance; y es la responsabilidad colectiva de los ciudadanos en su conjunto los que deciden a través del sistema democrático a quien permiten hacerse cargo de esa tarea tan compleja de desempeñar funciones de gobierno y administración en el ámbito público.

Cuando por distintos motivos como la falta de coeficiente cívico, la responsabilidad individual y, sobre todo, la colectiva se reduce o incluso desaparece relativizando, trivializando, las funciones de gobierno y administración, no debería extrañar la generalización del error y el desacierto.

Puede resultar sencillo teorizar, acertar haciendo prospectiva del pasado, procurar respuestas cuando no se tiene capacidad administrativa esto es, cuando no se disponen de las titulares activas necesarias (legitimación democrática y habilitación administrativa), para materializar lo que teóricamente se propone o, en el debate político, se exige como elemento de crítica.

Retomando lo ya apuntado, desde un marco teórico, cuando nada tiene que demostrarse en la práctica, siempre se acierta, pero decidir y ejecutar la decisión sobre el terreno no siempre es tan fácil como, en ocasiones, de manera muy irresponsable puede llegar a verse desde la linealidad o trivialización de la actividad pública y sus gestores.

Para la teoría casi todo el mundo es válido e incluso se puede correr el riesgo del atrevimiento que otorga la ignorancia, sin embargo, para llevar las ideas a la práctica, ese ámbito subjetivo se reduce notablemente (o así debería ser) a través de dos tamices esenciales en un sistema político democrático:

- Para burocracia política, la existencia de adecuados procesos internos de elección de sus élites de tal manera que sólo se presentaran ante los ciudadanos los más aptos y, por supuesto, la elección democrática de estas élites políticas mediante un voto responsable otorgado a quienes se consideran más capacitados o idóneos.

- Para la burocracia técnica, el respeto y adecuación del reclutamiento a través del principio de mérito y capacidad que, como veremos, pese a su simplicidad y notable desarrollo normativo, no está exento de conflictividad y desaciertos.

Y por si estos tamices no fueran suficientes, el ordenamiento jurídico a través del Derecho Administrativo, guste más o menos, se reconozca o no, establece *limitaciones nacidas de la desconfianza hacia quienes se les impone el deber de tutelar los intereses públicos; desconfianza cuyas causas pueden ser múltiples: apropiación indebida del poder en beneficio propio o ajeno; ineptitud; negligencia o falta de celo; sobra de audacia, inconsciencia o irresponsabilidad; sobrevaloración de sí mismo; etc*<sup>13</sup>.

Por otro lado, el segundo factor que no contribuye al acierto es la ausencia de autocritica y conciencia del error propio.

---

<sup>13</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: "Los fines de interés público como «causa» y como «limite» de la competencia y como «medio- y «medida» de control jurídicos". Revista de Administración Pública. Nº 85, 1978. Pág. 187.

Nadie parece ser responsable de nada. Los desaciertos existen y sus perniciosos efectos son tangibles pero la responsabilidad que debería tener anudada, se difumina hasta resultar inexigible y, por tanto, inexistente. El ciudadano es consciente y llega a sufrir, como decimos, los efectos del desacierto, pero le resulta muy difícil poner una cara, un nombre concreto a la inmediata necesidad de singularizar la responsabilidad. Al final, pese a la existencia de vagas referencias o indicaciones, todo queda atribuido a la Administración en general, a los políticos o los funcionarios en abstracto ya que si alguien es malo para la gestión pública o ha tomado decisiones desacertadas habrá sido otro. Son los otros, como en la película del mismo nombre, los malos, los fantasmas que asustan, pero nunca la responsabilidad del desacierto se toma en primera persona. Se verá cuando se aborde específicamente el tema de la responsabilidad del gestor público.

Los gestores, los titulares de los órganos administrativos pasan, pero los efectos de sus decisiones, en no pocas ocasiones cristalizados en desprestigio y mala reputación, se acumulan al

Eso sí, nos referimos a las responsabilidades que no alcanzan el desvalor penal, en cuyo caso sí que quedarían, en general, individualizadas.

Por último, debe advertirse el déficit de visibilidad que en numerosas ocasiones tiene la actividad pública y la real existencia de un reconocible espacio de buen funcionamiento y notable bienestar que el ciudadano aún puede disfrutar, muchas veces oculto por los problemas del día a día y los fracasos del sistema de gestión pública que, indudablemente, siempre eclipsan más que sus aciertos.

Obviamente desde nuestra aportación y esfuerzo de corrección y mejora no podemos dejar de reflexionar y analizar los supuestos de desacierto y absorción de recursos sin rendimiento, advirtiendo de los peligros de menoscabo o incluso involución para el sistema constitucional que tanta paz y bienestar ha proporcionado. Pero este análisis no desconoce todo lo que de manera encomiable y acertada se hace para que los ciudadanos dispongan de un adecuado espacio de dignidad, como tampoco se olvidan las exigencias para su mantenimiento y las posibilidades de degradación.

Aceptadas las bases expuestas en relación al proceso de toma de decisiones, se podría estar un poco más cerca de restablecer lo que debe ser una práctica ordinaria en la gestión pública, haciendo real lo que hasta ahora, con decisiones y comportamientos desacertados y en algunos casos bastante deplorables, se ha convertido en una apariencia o simple formalidad: que el Gobierno y la Administración tienen como único objetivo la atención preferente al interés general a través del servicio efectivo a los ciudadanos.

Quedan aquí estas consideraciones con las que se puede tener una primera aproximación a la intención de este trabajo y su entorno, que no es otro que aportar de manera constructiva y esperanzadora un sistema que favorezca la mejor adopción de decisiones públicas, asistiendo al ejercicio de las funciones de gobierno y administración en cualquier nivel en el que esta pueda ser desarrollada. Se

trata, en definitiva, de reflexionar y establecer pautas para cumplir la promesa duradera de protección, estabilidad y oportunidades que la Presidenta de la Comisión Europea lanzaba a los ciudadanos europeos durante su discurso sobre el estado de la Unión en septiembre de 2020<sup>14</sup> pero que cabe incorporar a los compromisos que cualquier responsable público debe asumir.

Almendralejo – Salamanca – Santiago de Alcántara, marzo de 2021

*Copia parcial autorizada por el autor a efectos didácticos*

---

<sup>14</sup> Disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech\\_20\\_1655](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_20_1655) a fecha 19 de septiembre de 2020.

## CAPÍTULO 5

# Responsabilidad y control en la toma y ejecución de decisiones públicas

*Administrar los recursos de la forma más eficaz y eficiente posible es un deber ineludible.*

S.M. EL REY DON FELIPE VI

*No se sale adelante celebrando éxitos, sino superando fracasos*

ORISON SWETT MARDEN

*No se debe juzgar el mérito de un hombre por sus grandes cualidades, sino por el uso que sabe hacer de ellas.*

F. DE LA ROCHEFOUCAULD

*Dicen que la historia se repite, pero lo cierto es que sus lecciones no se reaprovechan.*

CAMILLE SALOMON SÉE

### 1.- La recuperación de la idea de control y responsabilidad en la gestión pública

La exposición contemplada en el anterior capítulo nos dirige directamente a la idea de la control y responsabilidad de las decisiones públicas. Binomio que, por lo general, acompaña el desempeño de cualquier función o realización de una actividad y que, en el ámbito público, resulta de particular importancia su presencia (y exigencia) como garantía básica de los valores e intereses con lo que el gestor público se encuentra comprometido.

RIVERO ORTEGA, apoyándose especialmente en Montesquieu, lo expresa con todo acierto:

*Obviamente el Rey, como todos los seres humanos -incluso el Papa, pese al dogma de su infalibilidad en cuestiones de fe- puede equivocarse. En Democracia, todas las personas están sometidas a las leyes, a la rendición de cuentas y a la posible exigencia de responsabilidades. Esto es más claro desde Montesquieu, tan lúcido como para afirmar que hasta la virtud necesita límites, en un enfoque aristotélico de punto medio y equilibrio, coherente con su sistema de frenos y contrapesos.*

*Este sistema incluye la exigencia de respuestas y razones a quienes deciden afectando a otros. Tal es el sentido de la responsabilidad, al fin, donde se encuentran sus orígenes y permite comprender el devenir histórico de la rendición de cuentas de autoridades y funcionarios, más allá de la moral particular. El respeto a los demás explica por qué la sociedad tiene derecho a exigir respuesta (responder) a quienes administren sus recursos.*

*En todo tiempo y lugar, se han ideado instituciones tendentes a realizar tal principio. Montesquieu lo explicó con su nítida elocuencia: “todo hombre investido de poder abusa de él. No hay poder que no incite al abuso y a la depravación. Para evitarlo sólo existe una solución. Disponer las cosas de tal forma que a través de ellas se llegue a una situación en que “el poder controle al poder”. Hasta la virtud necesita límites, porque el concepto de lo bueno de una persona no tiene por qué coincidir con el bien común, lo correcto conforme al interés general<sup>457</sup>.*

A mayor abundamiento, entre los muchos textos y trabajos sobre la materia, podemos destacar de la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto de 2016<sup>458</sup>, en la que, sin entrar en matices conceptuales o semánticos, a través de la rendición de cuentas (como fundamento de un buen gobierno) se definía de manera amplia y nítida la idea del control y la responsabilidad como un deber legal y ético en la gestión pública, asentado en tres obligaciones esenciales:

- Obligación de fundamentar el proceder en la gestión pública y asunción de responsabilidades sobre las decisiones públicas adoptadas.
- Obligación de informar sobre la gestión de fondos, bienes y recursos públicos asignados.
- Obligación de informar sobre los resultados obtenidos durante su gestión.

Estas tres obligaciones, por sí mismas, podrían cerrar cualquier debate sobre el alcance de las exigencias de control y responsabilidad en el ámbito de la gestión pública y, particularmente, en la adopción de decisiones públicas. No obstante, resulta oportuno abundar un poco más en la materia al objeto de establecer con mayor precisión y rotundidad los perfiles del control y la responsabilidad en un sistema de adopción de decisiones públicas.

En la actualidad, recibiendo la tendencia marcada desde hace años por los casos de mala gestión y malas prácticas, la preocupación por el control se ha visto incrementada habida cuenta, principalmente, por la situación del estado de ingresos y gastos públicos en un entorno de crisis económica y desconfianza en el proceder de las instituciones públicas. Actualizada preocupación por el control que, siendo comprensible, debería quedarse grabado en la memoria de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho que el control de una gestión pública eficiente y eficaz, es un mecanismo que, de manera ordinaria y no sólo en situación de crisis, debe acompañar la actividad de la Administración en todos los planos.

---

<sup>457</sup> RIVERO ORTEGA, R.: “Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos”. El antídoto de la arbitrariedad”. Edit. Iustel. Madrid, 2020. Pág. 22.

<sup>458</sup> Aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Bogotá, Colombia, los días 7 y 8 de julio de 2016

Los espacios de integridad públicas son espacios de control y, consecuentemente, de responsabilidad, en los que la observancia de los parámetros de legalidad en el proceder de los distintos operadores públicos supone una destacada fortaleza o verdaderamente, una de las paredes maestras del sistema. La “Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública”<sup>459</sup> lo pone expresamente de manifiesto en varios de sus apartados:

- Clarificar las responsabilidades institucionales en el sector público para fortalecer la eficacia del sistema de integridad pública (Apartado segundo).
- Implementar un marco de control y gestión de riesgos que salvaguarde la integridad en las entidades del sector público (Apartado décimo)
- Reforzar el papel de la supervisión y control externos en el sistema de integridad del sector público (Apartado decimosegundo).

Indicaciones generales inmediatamente desarrolladas en acciones concretas que dan la medida de la importancia del control y al responsabilidad para definir espacios públicos de integridad. Pero a lo largo del texto esta idea de control y responsabilidad subyace de manera constante ya que, reiterando lo expuesto hasta caer en lo pesado, no existe integridad sin control y responsabilidad.

Control y responsabilidad, suponen dos importantes líneas de defensa que el ordenamiento articula para garantizar una correcta atención al interés general en un entorno de legalidad. No son las únicas, el Derecho Público y, particularmente, el Derecho Administrativo, responden a una vocación “preventiva” y garantizadora del interés general marcada por la actuación *ex ante*, pero también por las reacciones *ex post* que en el corto plazo tienen un efecto corrector, y en el medio y largo plazo despliegan un efecto disuasorio y por tanto de prevención.

Sin duda, de manera general, la fiscalización de la actividad administrativa es condición de su funcionamiento. Así se expresaba GAUDEMET a mediados del siglo pasado, rematando su afirmación al señalar con notable acierto que, *instituido ante todo en interés del público, el control tiende a asegurar la eficacia del servicio, a evitar el despilfarro y a impedir los abusos de autoridad frente a los administrados*<sup>460</sup>.

Palabras de innegable actualidad que establecen un vínculo elemental entre control, responsabilidad y la necesidad de una obligada eficacia y eficiencia en el actuar público como

---

<sup>459</sup> <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

<sup>460</sup> GAUDEMET, P.M.: “La eficacia en el servicio civil británico”. Revista de Administración Pública. Nº11, Mayo/Agosto 1953. Pág. 286.

condicionantes básicos de un espacio de integridad pública. Y es que, más allá de la épica de la integridad desde planteamientos éticos o morales, la gestión pública, a través de la acertada adopción de decisiones, debe estar orientada hacia la racional y eficiente utilización de recursos públicos y, en su caso, la generación de éstos. El gestor público no sólo debe ser íntegro como cualidad subjetiva, dicha integridad debe expresarse en su capacidad para gestionar, para administrar de la forma más adecuada dentro de la más absoluta corrección respondiendo a los criterios propios de una buena gestión.

Y es que, pese al desvalor y reproche adicional que tiene, habitualmente, el ejercicio impropio de potestades administrativas o el mal uso de los recursos públicos en los casos de malas prácticas y corrupción, no pueden pasarse por alto las incorrecciones o la absorción de recursos públicos sin ningún rendimiento en un marco de formal pulcritud y estricto cumplimiento ya que el menoscabo al interés general no queda únicamente limitado al campo de las ilegalidades que puedan cometerse. Es posible identificar actuaciones que, siendo jurídicamente impecables, no podrían ubicarse en un espacio de auténtica integridad.

El problema es que ha habido tantos y tan graves casos de malas prácticas y de corrupción que el listón en materia de gestión pública ha descendido hasta conformarnos con solicitar lo elemental: cumplir con la legalidad. Pero no es eso únicamente, ya que, siendo lo fundamental, la integridad es mucho más o debería serlo. La integridad es actuar con corrección, dentro de la legalidad, pero es también administrar correctamente, gestionar eficazmente, en definitiva, tomar las decisiones más correctas y para ello, la presencia de controles y posibles exigencias de responsabilidad, sin mermar la competencia y su orientación (pensemos como siempre en el ejercicio de funciones de gobierno y su amplio margen de discrecionalidad) disciplinan la conducta del gestor público a favor de una mejor tutela del interés general representado en los servicios públicos que definen y hacen realidad, entre otros, los postulados propios de la cláusula constitucional del Estado social definiendo el espacio de dignidad y bienestar que todo ciudadano reclama y le hace creer, no por fe, sino por hechos, en la democracia real que le acoge. VILLAR PALASÍ lo resumía en una gráfica analógica:

*No es que la eficacia prime aquí sobre la garantía de honestidad; es, por el contrario que se muestra necesario aunar ambas perspectivas; el olvido o el menosprecio de cualquiera de ellas conduce a la esterilidad o al desconcierto, frustrando el mismo fin que se pretendió conseguir. Ni la eficacia debe primar sobre la garantía, ni la garantiza sobre la eficacia. Ambas son tan esenciales como las dos ruedas de una bicicleta. Con una sola rueda sana la bicicleta no andará o andará a trompicones<sup>461</sup>.*

---

<sup>461</sup> VILLAR PALASÍ, J.L.: "Administración y planificación". Ediciones Cultura Hispánica. Op. cit. Pág. 171

En la semántica propia de la cultura de la calidad (que en el ámbito público no se puede desprender de instituciones e ideas básicas del Derecho Administrativo como las que ahora nos ocupan, ni tampoco de su nomenclatura) se puede observar una llamada continua al control y la responsabilidad como determinantes de la calidad en la gestión cuyo objetivo no es otro que responder de manera adecuada a las necesidades y expectativas de los ciudadanos. Lo cual no deja de ser en cierta manera sorprendente para cualquier conocedor medio de la tradición normativa en nuestras Administraciones, mucho más si el planteamiento es desde la perspectiva de una cultura innovadora y transformadora.

Así por ejemplo, atendiendo a la Carta iberoamericana de calidad en la gestión pública de 2008<sup>462</sup>, entre los principios inspiradores de una gestión pública de calidad enumera los de servicio público, responsabilidad (responsabilización) y control siendo muy clara en algunos de sus contenidos como el parágrafo 26 *in fine*<sup>463</sup> al indicar:

*La gestión pública para resultados requiere la implementación de sistemas de monitoreo, medición y control que permitan un adecuado control, y la toma de decisiones.*

Por supuesto, las consideraciones expuestas alcanzan a la totalidad de servidores públicos que prestan sus servicios y desarrollan sus funciones integrados en el ámbito subjetivo que conforma el concepto de sector público que, entre otras normas, define el artículo 2 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. No hay dobles o triples personalidades que puedan hacer decaer las exigencias manifestadas, situándose fuera de la órbita del Derecho Administrativo y sus garantías a la integridad del interés general. Debe recordarse, reiterarse sin descanso, que sólo existe una única personalidad jurídica, tal y como prevé el artículo 3.4 de la precitada norma, y que los efectos de este principio esencial de organización y régimen jurídico, despliega relevantes efectos sobre todo en orden a

---

<sup>462</sup> “Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública”, aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio de 2008. XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno San Salvador, El Salvador, del 29 al 31 de octubre de 2008.

Carta completada con la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública” Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en Caracas el 10 de octubre de 2013.

<sup>463</sup> Podrían apuntarse otros párrafos como el cuarto, sexto, décimo séptimo, vigésimo cuarto, quincuagésimo segundo, que también reflejan ideas expuestas.

Por todos, merece ser citado el parágrafo vigésimo octavo del Capítulo Cuarto sobre “Responsabilidad directiva, liderazgo y constancia de objetivos” por cuanto aúna los planteamientos expuestos al nivel de los órganos de superior dirección reflejando su responsabilidad a lo largo de toda la estructura jerárquica de la Administración.

*La gestión pública de calidad exige una alta cualificación de los directivos, que deberán destacar por sus elevadas competencias para la conducción de los órganos y entes públicos, su especial vocación por el servicio público y una concepción ética del ejercicio de sus funciones. Asimismo, deberán rendir cuentas y someterse a control por los resultados obtenidos, e impulsar activamente el cambio, definiendo visión, misión, objetivos y metas, de conformidad con la ley. También, deberán reforzar y ser impulsores de la calidad en las prestaciones y servicios públicos ofrecidos a los ciudadanos, poniendo en marcha los procesos y sistemas que se requieran para tal propósito; y motivar a los funcionarios públicos, apoyándolos, facultándolos y otorgándoles el reconocimiento merecido.*

tener siempre bien identificados los perfiles públicos del desempeño, por mucha descentralización funcional y aplicación de un régimen de Derecho privado al desarrollo de la actividad que se trate.

Pese a todo, infelizmente la realidad nos muestra que el control y la responsabilidad en la Administración se han ido difuminando sobre la base de las más diferentes argumentaciones y motivos (algunos ya expuestos) dejando a la estructura institucional pública, muy debilitada, no en la disposición de adecuados instrumentos de control y, en su caso, exigencia de responsabilidad pero sí en su rendimiento. En efecto, debilitada en la determinante voluntad de emplear adecuadamente dichos instrumentos o de dotarlos de los medios necesarios para su buen rendimiento.

No son pocos los ejemplos que podrían ilustrar estas afirmaciones, baste apuntar lo indicado por el Tribunal de Cuentas Europeo<sup>464</sup> al identificar, como ya hemos visto *ut supra*, los riesgos potenciales para el gasto del presupuesto de la Unión Europea y su buena gestión. Señala el órgano europeo de control externo en relación con la evaluación y control del gasto las siguientes debilidades:

En relación a los sistema de control:

- Falta de sistemas de control interno para supervisar las tres «E» (economía, eficacia y eficiencia).
- Insuficiencias en el diseño o aplicación de los sistemas de control, sistemas de control y supervisión inexistentes o inadecuados.
- Sistemas de control complejos (ineficaces o costosos).
- Diferencias en los sistemas de control entre beneficiarios/Estados miembros.
- Operaciones no sujetas plenamente a los controles habituales.
- Las inspecciones sobre el terreno o las atribuciones de supervisión no se aplican o bien se utilizan raramente.

Sobre los sistemas de control financiero:

- Sistemas contables de los beneficiarios incompatibles con los sistemas de la Unión Europea.
- Costes excesivos en el programa, o superiores a las previsiones, o bien falta de consecución de las metas presupuestarias en una medida importante.
- Dificultad para determinar los costes de los recursos empleados.
- Falta de sistema contable/pista de auditoría deficiente.

Finalmente, en lo tocante a los sistemas de auditoría y evaluación:

- Sistema de auditoría inadecuado (cobertura, calidad, presentación de informes, seguimiento).
- Resultados de auditorías anteriores no son tomados en consideración.
- Evaluaciones deficientes/falta de seguimiento de los resultados de evaluación.

---

<sup>464</sup> Tribunal de Cuentas Europeo: “Hacia un uso óptimo de los fondos de la UE: análisis panorámico de los riesgos para la gestión financiera del presupuesto de la UE”. Op. cit. Anexo.

Es más, en ocasiones se han podido llegar a identificar organizaciones inmunes o impermeables a tan elementales exigencias de la gestión pública y la toma de decisiones. Sólo así pueden ser explicados los muy lamentables casos de incompetencia y latrocinio que se han podido conocer a lo largo de las dos últimas décadas.

El problema es grave. Estos casos que van del desacierto por incompetencia al latrocinio de la corrupción muestran que el control administrativo y la consecuente exigencia de responsabilidad en sede administrativa ha sufrido un alarmante a la par que escandaloso proceso de raquitismo sólo paliado de manera parcial por las acciones judiciales ejercidas en el orden penal. Intervención del Derecho Penal que debemos considerar adecuada y necesaria, sobre todo cuando en bastantes ocasiones se configura como la única respuesta del Estado de Derecho ante decisiones públicas lesivas para el interés general que no encontraron en sede administrativa ni valladar ni respuesta. Pero la respuesta penal es, sobre todo, reactiva cuando en el ámbito de la adopción y gestión de decisiones públicas lo determinante en orden a evitar desaciertos y patologías es la proactividad que sólo se puede desarrollar adecuadamente desde la propia Administración desarrollando la vocación que le otorga el Derecho Administrativo: la prevención. Prevención y ejemplaridad han sido durante mucho tiempo un mero espejismo formado por todo tipo de manifestaciones, incluidas las de carácter normativo, que sólo ha servido (o se ha utilizado) para crear un fino barniz en la deteriorada estructura pública.

La prevención no es una opción, es una obligación exigida por la legalidad que marca el camino más difícil para los gestores públicos. La otra ruta, más sencilla, es la de reprimir más y mejor a través del Derecho Penal y una estructura orientada a la persecución reactiva como la que se refleja en el grupo normativo comunitario formado por la *Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal* y el *Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*.

Pero esta vía que, como acabamos de decir, resulta necesaria y oportuna, no puede ser la única ni la primera respuesta del Estado de Derecho. Desde el Derecho Penal se puede llegar a restituir muy bien la legalidad perdida, pero la percepción social ante los casos que afectan a la Administración Públicas y sus servidores no puede ser más negativa. Y la percepción de los ciudadanos es importante para la democracia y el buen funcionamiento de las instituciones que, como tantas veces estamos repitiendo, requieren legitimidad y credibilidad.

Siguiendo con la Unión Europea y tomando como objeto la salvaguarda de los intereses financieros de la Unión (coincidentes con los intereses nacionales), a través del trabajo del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea se tiene un buen conocimiento de lo que sucede en las sedes de gestión, nivel de Administración Pública, y de las medidas que deberían ser adoptadas. Los trabajos del Tribunal reflejados

en el Informe Especial 1/2019: “Lucha contra el fraude en el gasto de la UE: es necesario adoptar medidas” (Comisión) e Informe Especial 6/2019: “Lucha contra el fraude en el gasto de cohesión de la UE: las autoridades de gestión tienen que reforzar la detección la respuesta y la coordinación”. (Estados miembros, fondos FEDER, FC y FSE) resultan elocuentes, destacando en este momento las recomendaciones del Informe 6/2019 que nos sitúan ante prácticas y medidas sobradamente conocidas.

A saber:

- Desarrollo de una adecuada planificación antifraude.
- Realizar evaluaciones de riesgo más rigurosas, sin anteponer el mero cumplimiento formal al fondo.
- Mejorar las actuaciones preventivas de lucha contra el fraude como por ejemplo las denuncias o la generalización del uso de herramientas de análisis de datos.
- Mejorar la comunicación de los casos de fraude a los intereses financieros de la Unión a los órganos de investigación.
- Mejorar la coordinación de todas las autoridades nacionales con competencia sobre la materia.
- Establecer mecanismos de supervisión de la efectividad de las medidas antifraude adoptadas.

Pero además de las recomendaciones, el Tribunal de Cuentas de la Unión, también identifica riesgos en el propio grupo normativo de lucha contra el fraude. Así, en el Informe Especial 1/2019 apunta de manera muy certera en relación a la Fiscalía Europea que su Reglamento de creación no establece ningún mecanismo que le permita (ni a ningún otro organismo de la UE) instar a las autoridades de los Estados miembros a que asignen recursos a la labor proactiva necesaria para la investigación de fraude en el gasto de la UE<sup>465</sup>.

Sin duda, la implementación de estas medidas, como lo adelantó el Tribunal de Cuentas de la UE, requiere un importante esfuerzo en la organización y medios de las Administraciones actuantes en la gestión de fondos públicos procedentes de la Unión Europea. Exigencia que en España se multiplica habida cuenta de la distribución territorial de las competencias según nuestra cláusula constitucional del Estado Autonómico y el reconocimiento de la autonomía local.

Sin embargo, como decíamos líneas atrás, el esfuerzo ha sido más bien raquítico. El propio Tribunal de Cuentas UE en el citado Informe Especial 6/2019 así lo reconoce al afirmar que las autoridades de gestión han mejorado sus medidas de prevención del fraude, pero no han logrado avances significativos en la detección proactiva, de tal forma que las medidas de detección del fraude para el período 2014-

---

<sup>465</sup> Proactividad que no sólo hace descansar sobre la estructura administrativa de los Estados miembros. También extiende su recomendación a los organismos propios de la UE como la OLAF indicando la necesidad de reconsiderar su función y responsabilidades en la lucha contra el fraude en el gasto de la UE, debiendo proponerse al Parlamento Europeo y al Consejo medidas para atribuirle una función estratégica y supervisora en la actuación de lucha contra el fraude en la UE.

2020 siguen siendo, en gran medida, las mismas que para el período 2007-2013. Además, dichas autoridades no emplean suficientemente los análisis de datos en la detección del fraude, y la mayoría de los Estados miembros visitados por el órgano de control no han explotado todas las posibilidades del sistema Arachne<sup>466</sup> que, recordemos, está desarrollado por la Comisión desde el año 2009.

Y aún resulta más contundente el también citado Informe 1/2019 al indicar que las actividades de blindaje contra el fraude de la Comisión se remontan al año 2000 pero diecinueve años después se constata que la prevención del fraude no ha recibido suficiente atención y que la Comisión carece de información exhaustiva sobre la magnitud, la naturaleza y las causas del fraude.

Como puede apreciarse, no pocos países de la Unión y, por supuesto España para quien los fondos procedentes de la Unión Europea han contribuido de manera determinante a su progreso y desarrollo, mantienen su estructura administrativa en unos niveles de desarrollo débiles, tanto a nivel de gestión como de control<sup>467</sup>, ya que los tímidos avances en sede administrativa no son suficientes. En este sentido, el legislador español modificó a través de la Disposición final séptima de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* la *Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones*, al objeto de regular el “Servicio Nacional de Coordinación Antifraude para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea” cuyas funciones tienen por objeto coordinar las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea contra el fraude y dar cumplimiento al artículo 325 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*<sup>468</sup> y al artículo 3.4 del *Reglamento (UE, Euratom)*

---

<sup>466</sup> Arachne es una herramienta informática integrada que ha desarrollado la Comisión Europea y que está destinada a la extracción y al enriquecimiento de datos. Su función consiste en ayudar a las autoridades de gestión en los controles administrativos y de gestión que llevan a cabo en el ámbito, esencialmente, de los Fondos Estructurales. En concreto:

- Detección de riesgos de fraude
- Ayuda a evaluar el rendimiento la gestión (calidad) y prevenir errores.

<sup>467</sup> Pese a la existencia de indicaciones tan claras y precisas como las recogidas en el Anexo IV del Reglamento Delegado (UE) nº 480/2014 de la Comisión de 3 de marzo de 2014 sobre requisitos clave para los sistemas de gestión y control y su clasificación por lo que se refiere a un funcionamiento eficaz, a los que hace referencia en el artículo 30 (criterios para determinar graves deficiencias en el funcionamiento de los sistemas de gestión y control).

Reglamento Delegado (UE) nº 480/2014 de la Comisión de 3 de marzo de 2014, que complementa el Reglamento (UE) nº 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca

<sup>468</sup> Artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

1. *La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.*

2. *Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.*

n.º 883/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

Sin embargo, la realidad nos muestra que todo se fía, prácticamente, a respuestas de orden penal reactivas cuyas posibilidades de cumplir el mandato el artículo 325 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* respecto a la prevención (disuasión) y eficaz protección de los intereses financieros de la Unión, son significativas pero no alcanzan de manera plena el objetivo de la citada normas.

En un plano más doméstico, en España, como ya hemos apuntado en varias ocasiones, el esfuerzo en Administración evidencia perfiles de mayor molición, generando incluso sospechas de intencionado abandono. Debemos volver a recordar lo que también se ha afirmado: sólo desde una intencionada laxitud en la gestión y el control pueden entenderse algunos de los supuestos de corrupción que han podido conocerse en España, agradeciendo que el Derecho Penal desplegara sus efectos para corregir situaciones impropias de un Estado social y democrático de Derecho.

Un síntoma de esta laxitud en la gestión y control se identifica en el gran testigo de la actividad administrativa que es la contratación pública. El ya referido informe de diciembre de 2019 elaborado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación<sup>469</sup> a partir del análisis de los trabajos desarrollados por el Tribunal de Cuentas y los Órganos autonómicos de control externo, muestra un conjunto de irregularidades en el ámbito estatal, autonómico y local<sup>470</sup> cuyo patrón de origen es, en

---

3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo

<sup>469</sup>[https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/INFORME%20ANUAL%20SUPERVISION/INFORME\\_SUPERVISI%C3%93N\\_OIRESCON\\_2019\\_%20DEFINITIVO2.pdf](https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/INFORME%20ANUAL%20SUPERVISION/INFORME_SUPERVISI%C3%93N_OIRESCON_2019_%20DEFINITIVO2.pdf)

<sup>470</sup> En apretada síntesis:

- Adjudicaciones directas, prórrogas tácitas, extemporáneas, una vez vencido el contrato.
- Incumplimiento de las obligaciones de publicidad
- Insuficiente justificación del procedimiento de adjudicación empleado,
- Falta de justificación del presupuesto de licitación.
- Insuficiente justificación de la naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer, la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.
  - Definición y valoración de los criterios de adjudicación.
  - Irregularidades en la adjudicación de contratos por la vía de la contratación menor (fraccionamientos).
  - Irregularidades en el proceso de valoración de las ofertas, fundamentalmente, la insuficiente justificación de la valoración de los criterios sujetos a juicios de valor.
- Ausencia de acto de recepción o conformidad.

gran medida, la molicie en la aplicación normativa y el escaso ejercicio de funciones de control. Por supuesto, el listado de irregularidades es preocupante y marca un objetivo de esfuerzo y trabajo para su corrección en orden a mejorar la integridad y eficiencia del sistema de contratación pública, pero la inquietud es mayor si se considera la estratificación normativa en materia contratación pública generada en la última década y, sobre todo, que muchas de las irregularidades detectadas ya habían sido puestas de manifiesto, e incluso listadas, décadas atrás<sup>471</sup>.

La falta de inquietud por el funcionamiento de la Administración ha causado y causará, salvo corrección, notables daños al interés general. El control de la actividad administrativa es ante todo y en primer lugar, buen funcionamiento, buena administración por los gestores responsables, buena adopción y ejecución de decisiones.

Es una verdadera lástima que la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)<sup>472</sup> en su tarea de asesorar a las instituciones de la UE y a los gobiernos nacionales sobre Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al objeto de ayudar a su promoción y eficaz protección, no tenga entre sus áreas de atención preferente el derecho fundamental a la buena administración previsto en el artículo 41 de la Carta. Derecho a la buena administración cuyo correcto rendimiento, además de resultar determinante para la cobertura y atención de otros derechos, por sí mismo tiene sustantividad propia para ser merecedor de una tutela específica<sup>473</sup>.

Por supuesto que el trabajo de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre áreas tan sensibles como la discriminación, acceso a la justicia, racismo y xenofobia, protección de datos, derechos de las víctimas o derechos del niño, está perfectamente justificado, avalado por la significación de los derechos involucrados y la interdicción de situaciones de vulnerabilidad en un entorno democrático y de Derecho como es la Unión Europea. Pero esta necesaria y prioritaria atención no es incompatible con la garantía a los derechos que despliega la previsión del artículo 41 de la Carta de los

---

- Incumplimiento de los plazos de ejecución sin imposición de penalidades.

<sup>471</sup> Sirva como ejemplo la elocuente Circular de la Dirección de Fondos Comunitarios, Secretaría General de Presupuestos y Gastos (Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos) de 14 de febrero de 2005 en la que se informa a las Comunidades Autónomas y Administración Local, "los casos más característicos observados" que pueden dar lugar a "correcciones financieras". Casos que en la actualidad se identifican como irregularidades pero que ya en aquel momento modulaban indebidamente la actividad contractual de la Administración sin que hasta la fecha, una gran parte, se haya llegado a corregir.

<sup>472</sup> [https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/fra\\_es](https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/fra_es)

<sup>473</sup> Baste recordar la doctrina de interés casacional expresada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, en su Sentencia 1853/2019 de 18 de diciembre (Recurso 4442/2018) reafirmando que del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles... (Fundamento jurídico noveno).

Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para cualquier ciudadano, el respeto a los plazos establecidos, el cumplimiento del trámite de audiencia, la motivación de los actos, hacen sentir con mayor o menor intensidad la vigencia del Estado de Derecho y la credibilidad de sus instituciones.

Tomando como referencia la previsión de la norma sobre el derecho a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable, es posible que los tiempos administrativos para quien se encuentra obligado a su cumplimiento como condicionante en la toma de decisiones pueda resultar una cuestión menor. Sin embargo, para el interesado, será con seguridad un punto fundamental, determinando la imagen de la institución actuante; y, en todo caso, si los plazos están fijados normativamente, tiene derecho a que los tiempos se respeten. Así lo reitera la sentencia del Tribunal Supremo Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 1853/2019 de 18 de diciembre (Rec. 4442/2018), como doctrina de interés casacional declarada en la sentencia 1909/2017 de 5 de diciembre (Rec. 1727/2016) *reafirmando que del derecho a una buena administración derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable.*

Por lo menos, volviendo a la figura de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si atendemos a los informes de los últimos años, especialmente el de diciembre de 2019<sup>474</sup> (por coincidir con el décimo aniversario del carácter legalmente vinculante de la Carta), podemos incluir el derecho a la buena administración en la indicación general sobre la ausencia de políticas nacionales dirigidas a promover el conocimiento y la aplicación de la Carta.

A mayor abundamiento, sin perjuicio de apreciar todo tipo de asimetrías en el ámbito de la UE, puede convenirse que las debilidades y déficits en la atención al funcionamiento de la Administración Pública es, tal vez, una de las grandes diferencias que nos separan de otros países en los que el fenómeno de las malas prácticas y la corrupción, si bien puede llegar a conocerse, no lo son con la virulencia que se ha experimentado en nuestro caso. Países en los que tampoco se admite con tanta comprensión la negligencia o el desacierto, que sin tener el desvalor jurídico de las malas prácticas o de la corrupción, cuando supone la pérdida de recursos público o se trata de un uso impropio de potestades o medios públicos, dicho comportamiento resulta intolerable e incompatible con la permanencia en un cargo público.

Debería establecerse una comparativa entre dos magnitudes de sencilla identificación:

---

<sup>474</sup> [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2019-fundamental-rights-report-2019-opinions\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-fundamental-rights-report-2019-opinions_es.pdf)

- Recursos invertidos en prevención a través de estructura, medios, selección y formación de personal etc.

- Recursos invertidos en educación con capacidad de formar ciudadanos con un elevado coeficiente cívico.

Como ya se expuso el abordar el análisis del sentido de Estado, la sociedad refleja su manera de gobernar y administrar los medios y recursos públicos desde el aprecio al interés general que refleja su coeficiente cívico. Por eso no debería sorprendernos que, de vez en cuando, los ciudadanos encontremos en los graves casos de malas prácticas y de corrupción el destino que nosotros mismos nos hemos marcado.

Volviendo a retomar nuestro análisis a nuestra realidad más cercana y manteniendo la distancia visual con el Derecho Penal, se puede apreciar que siendo muchas y destacadas las desviaciones en sede administrativa corregidas en sede jurisdiccional penal, no podemos dejar de preocuparnos, y mucho, respecto a aquellas otras actuaciones que, sin alcanzar la gravedad del ilícito penal, quedan ayunas de cualquier tipo de reproche mostrando en el espacio público, fisuras o zonas de auténtica impunidad con un terreno abonado para la adopción de decisiones sin conciencia de control y mucho menos de responsabilidad. Toda decisión o actuación, mejor o peor, acertada o desacertada, se adopta en un contexto que va a favorecer o no el sentido de aquella.

A una abuena parte de las situaciones padecidas, ha contribuido ese silencioso proceso de difuminación de los elementos de control en la estructura administrativa a favor de un mayor margen de discrecionalidad o de capacidad de decisión tal y como sucedió en el ámbito local en el momento que los antiguos Cuerpos Nacionales, además de cambiar de nombre por imperativo de una semántica políticamente más ajustada, en ciertos ámbitos como por ejemplo el desempeño de las funciones de Secretaría pasaron de tener la posibilidad de reparar por motivos legalidad, como función reservada de relevante significación, a ser meros titulares de una función de asesoramiento legal. Esto es, se toman decisiones que caminan más hacia la vulnerabilidad del sistema que hacia la existencia de elementos de fortaleza institucional ya que se trivializa la posibilidad de cometer errores e infracciones en el conjunto de la diversa actividad pública pero, sobre todo, en áreas críticas tanto por su contenido jurídico y económico como por su capacidad de influir en la imagen de quienes desarrollan funciones públicas. No parece que se quiera con auténtica voluntad que los controles se han bien.

En el sentido expuesto, el hecho que instituciones frente a las que se deberían espejar el resto de las entidades y organismos públicos, con una responsabilidad propia por el valor mediático de sus actos, se vean afectadas por las mismas malas prácticas que les compete denunciar y, en su caso, sancionar,

genera situaciones que si bien son recuperables desde el punto de vista jurídico, el coste reputacional para todos es ya más difícil de reponer<sup>475</sup>.

Obviamente, como estamos reiterando en diversas ocasiones, debe existir margen para la decisión pública, lo cual es consustancial al propio sistema democrático basado en la alternancia política y el desempeño de las funciones de gobierno. Pero tal afirmación no excluye que el sistema establezca un sistema de alertas preventivas al que se le permita funcionar adecuadamente (y se le haga caso), además de prever reacciones en el caso de desviaciones o incumplimientos. El gestor público por elección o selección, burocracia política o técnica, tiene pensar que en el desempeño de funciones pública los peligros son probables y, consecuentemente, hay posibilidades reales de materialización, por lo que más allá de su compromiso, habilidades y conocimiento, no puede desdeñar el seguro apoyo de emplear la técnica en la gestión.

El sistema de gestión que el bloque jurídico-administrativo diseña y dispone un anutable capacidad para defenderse reaccionando frente a dichas desviaciones o incumplimientos. Anular o relativizar la reacción no puede ser más contrario a la democracia y, en su seno, al proceso de toma de decisiones al que se le otorga una injustificable inmunidad que además es contraria a postulados normativos básicos.

Es verdad que el buen hacer y esfuerzo de distintos órganos de control, interno y externo, han estrechado los inaceptables márgenes de inmunidad en los que algunos operadores públicos han podido llegar a desempeñar sus funciones públicas adoptando decisiones que se les podía considerar gravosas para el interés general en su origen o que se ejecutaban sin atender las alarmas que su tramitación procedimental encendían o, simple y llanamente, asumían irresponsablemente el elevado riesgo de ejecutar una decisión realizando un cumplimiento parcial o meramente teatral de la normativa de aplicación.

También es cierto que desde la jurisdicción contencioso-administrativa se ha tratado de reforzar el sistema de control público a través de sentencias tan significativas como la dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 2ª, Sentencia 252/2018

---

<sup>475</sup> Felizmente, no son muchos casos los que se conocen, pero cuando salen a la luz evidencian, sin duda, el buen funcionamiento del Estado de Derecho, cumpliéndose la vieja máxima de que nadie está por encima de la Ley, pero su efecto es demoleedor para la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, 1326/2019 de 8 de octubre, 2019 (Recurso 473/2017), apreciando desviación de poder en la selección de un técnico al servicio del Defensor del Pueblo genera, cuando menos, un profundo malestar que afecta directamente a los niveles de confianza y credibilidad en las instituciones públicas.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, 1768/2019 de 16 de diciembre, 2019 (Rec. 316/2018) por la que se obliga al Tribunal de Cuentas a facilitar la información solicitada sobre su personal eventual (identificación y retribuciones), no deja de ser inquietante al doblegar la contumaz voluntad del propio Tribunal Cuentas contrario al cumplimiento de las más elementales exigencias de transparencia y acceso a la información pública.

de 3 abril de 2018 (Rec. 233/2017), por la que se confirmó la validez del del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 23 de diciembre de 2016, que aprobaba el *Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción*<sup>476</sup>, al considerar que no se trataba de un órgano que hubiera sido creado en duplicidad con otros órganos locales ya existentes (Intervención General, Inspección General de Servicios y Asesoría Jurídica) responsables de desarrollar funciones de fiscalización de la gestión económico-financiera del Ayuntamiento.

No obstante, se observan supuestos en los que el control y la responsabilidad quedan claramente relativizados, dejando en el ciudadano una incómoda y deslegitimadora impresión de impunidad. Y ahí el problema es donde toma las mayores cotas de gravedad ya que, junto a los daños y perjuicios causados a los fondos públicos que se han podido perder o mal utilizar, el coste en la reputación de las instituciones es elevado y como también hemos repetido en numerosas ocasiones la credibilidad y legitimidad de las instituciones públicas, particularmente de la Administración, son bienes intangibles de difícil reposición a corto y medio plazo<sup>477</sup>.

No es fácil escoger supuestos concretos ya que, como se indicaba en el capítulo anterior, la ocupación de espacios técnicos por criterios políticos ha tenido el perverso efecto de contaminar hasta las decisiones de naturaleza técnica o, incluso, reglada. Y el control, es una actividad principalmente técnica, en la mayoría de las ocasiones de contraste objetivo que, en ocasiones, ante sus resultados o contundencia se trata de relativizar de forma interesada a través de la introducción de elementos políticos o de valoración ideológica. Elementos o valoraciones que llegan a tener cierta relevancia ya que estamos en un entorno institucional que ha padecido y padece las peores manifestaciones de una actividad, en origen, tan encomiable como es la política. Así, no importa desprestigiar cualquier institución, sea cual sea su naturaleza y función, si con ello alcanzamos un rédito o bonus político.

Con esta cautela, tratando de orientarnos por la más absoluta objetividad científica en un estricto análisis de base jurídica, centramos nuestra atención en el caso que se desarrolló en el Ayuntamiento de Madrid como consecuencia de la venta de una importante cartera de patrimonio inmobiliario (viviendas públicas y promociones de viviendas) junto al abono de la comisión de intermediación. Caso que por sus perfiles y contenido puede ser considerado un “patrón-medida” que responde empíricamente a las preocupaciones expresadas.

---

<sup>476</sup> Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid nº. 7824 de 13 de enero, 2017. Pág. 11 a 19

<sup>477</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de ROBLES LÓPEZ, C.M.: “La reputación y la legitimidad como bienes intangibles en el sector público”. Edit. McGraw Hill. Madrid, 2019.

Tanto la Cámara de Cuentas de Madrid<sup>478</sup> como, posteriormente, el Tribunal de Cuentas<sup>479</sup> detectaron y confirmaron graves irregularidades en la enajenación del referido patrimonio público. Irregularidades que ubicándolas en un plano estrictamente técnico jurídico, causan pasmo ante la poca diligencia o cautela que se tuvo al materializar una decisión que, siendo legítima en términos de legalidad y oportuna para quien en ese momento ostentaba la habilitación democrática y jurídica para adoptarla (se enmarcaba dentro del Plan de Viabilidad de la empresa), tenía un elevado contenido económico que por sí mismo aconsejaba una especial prudencia y pulcritud jurídica, pero también una notable significación social, al abordar una materia muy sensible para el ciudadano como es el acceso a la vivienda.

Entre las irregularidades detectadas, en breve síntesis, pueden apuntarse las siguientes:

- Inaplicación de los principios de racionalidad, economía y eficacia, como rectores de la gestión de los intereses públicos<sup>480</sup>.
- Ausencia de pliego de condiciones de la venta, estudio o informes de necesidad y viabilidad técnica y jurídica de la enajenación<sup>481</sup>.
- Inadecuación normativa al haber aplicado el Reglamento de Viviendas de Protección Pública de la Comunidad de Madrid y no el Reglamento de Adjudicación de viviendas de protección pública de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, aprobado por el Ayuntamiento de Madrid<sup>482</sup>.
- Inexistencia del principio de libre concurrencia<sup>483</sup>.
- Intencionada restricción de la publicidad del procedimiento de enajenación, limitándose a una publicación en los tableros de anuncios de las oficinas de la empresa municipal<sup>484</sup>.

---

<sup>478</sup> Informe de Fiscalización de operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, SA y controles realizados por las instituciones competentes, ejercicios 2012 y 2013. Aprobado por Acuerdo del Consejo de la Cámara de Cuentas de 30 de junio de 2016.

<sup>479</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas, Departamento Primero de Enjuiciamiento 11/2018 de 27 de diciembre. Procedimiento de reintegro por alcance nº A124/17 del Ramo Sector Público Local (Informe de Fiscalización de operaciones de enajenación del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid S.A. y controles realizados por las instituciones competentes. Ejercicios 2012 y 2013), ámbito territorial de la provincia de Madrid.

<sup>480</sup> Conclusión cuarta del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas.

<sup>481</sup> Conclusión quinta del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas.

<sup>482</sup> Conclusión sexta del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas.

<sup>483</sup> Conclusión séptima del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas.

<sup>484</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas, Departamento Primero de Enjuiciamiento 11/2018 de 27 de diciembre. Pág. 76.

- Omisión del valor objetivo del patrimonio inmobiliario objeto de enajenación. En este sentido se soslayó el informe técnico de valoración realizado por expertos admitiendo la estimación por aproximación realizada por una empresa de asesoramiento que resultaría ser la misma que contrató el comprador final de la cartera inmobiliaria<sup>485</sup>.

- Omisión del procedimiento ordinario de adjudicación, subasta, siendo sustituido por el de adjudicación directa previa negociación.

- Proscripción de la información y la transparencia al incluirse en las escrituras públicas en las que se formalizaron las enajenaciones una cláusula de confidencialidad, mediante la cual *“las partes se comprometen a mantener la confidencialidad respecto a las negociaciones que han precedido al otorgamiento de esta escritura”*<sup>486</sup>.

En síntesis, la compraventa se realizó como una operación entre particulares en la que una de las partes ofrece un precio y la otra parte lo acepta, sin olvidar los honorarios de intermediación. Proceder claramente lesivo para los intereses generales del municipio de Madrid y sus ciudadanos, pero muy beneficioso para el grupo societario adquirente.

Como la lógica parece imponer ante tan elocuentes irregularidades, el Tribunal de Cuentas a través de su Sección de Enjuiciamiento, cifró en veinticinco millones setecientos cincuenta y dos mil ciento tres euros con sesenta y tres céntimos los perjuicios ocasionados en los fondos públicos de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, declarando responsables contables directos por la totalidad de dicho perjuicio a quienes tenían la potestad para dictar instrucciones vinculantes a la empresa municipal al formar parte de los órganos que determinaban los criterios sobre el procedimiento para vender los inmuebles y fijar un precio mínimo adecuado al valor de los mismos. Esto es, distintos miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid y, por supuesto, de la Junta General de la empresa municipal fueron declarados responsables y condenados al pago de las millonarias cantidades apuntadas, dejando además la Sala una importante enseñanza:

*Los demandados... ...ni se atuvieron al canon de diligencia cualificado exigible en la gestión de fondos públicos (por todas, Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 15/04, de 26 de julio), ni agotaron los medios a su alcance profesional para prevenir y evitar el menoscabo del patrimonio público puesto a su cargo (Sentencias de esa misma Sala de Justicia, entre otras, 2/03, de 26 de febrero y 4/06, de*

---

<sup>485</sup> Conclusión octava del Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas.

<sup>486</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas, Departamento Primero de Enjuiciamiento 11/2018 de 27 de diciembre. Pág. 85.

29 de marzo), ni adoptaron las mínimas cautelas necesarias para no incurrir en un descuido inexcusable en el ejercicio de sus funciones (Sentencia de la misma Sala de Justicia 11/04, de 6 de abril)<sup>487</sup>.

Esta sentencia fue recurrida en apelación por los condenados ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas que, en un fallo sorprendente por la rotundidad de los argumentos de la sentencia de instancia, tributaria del Dictamen de la Cámara de Cuentas, estimó dicho recurso considerando que no existía ninguna responsabilidad ya que los hechos enjuiciados no resultaban subsumibles en el concepto legal de alcance<sup>488</sup>.

Fallo alcanzado tras elevar la complejidad del caso en orden a realizar una milimétrica y muy hábil aplicación de la normativa, además de relativizar la base probatoria admitida en instancia. Sin embargo, pese al esfuerzo y minuciosidad argumental, no se logró la unanimidad de la Sala para la revocación de la sentencia, siendo formulado además un voto particular.

Por supuesto, con todo respeto y reconocimiento al trabajo de los integrantes de la Sala que con su voto revocaron la sentencia de instancia, particularmente al ponente de la misma, desde las posiciones que venimos exponiendo a lo largo de este trabajo, no podemos coincidir con una línea argumental que, en definitiva, salva deficiencias procedimentales que, como se sabe, traen causa en omisiones observadas tanto por la Cámara de Cuentas como por el propio Tribunal de Cuentas en la instancia previa.

No vamos a realizar nuestro particular voto en contra de la sentencia, ese ya se formuló por quien tenía la capacidad y autoridad para hacerlo, pero a modo de síntesis, cabe plantear dos reflexiones que parten de la especificidad del caso hasta a generalidad de nuestros planteamientos en materia de control y responsabilidad.

En primer lugar, como ya se ha anticipado, para la exención cualquier responsabilidad se emplea un formalismo normativo pensado al extremo que sumado a unas interpretaciones sumamente garantistas y benevolentes para los recurrentes, conduce (seguramente sin ser intencionado) a mantener espacios de inmunidad en el desempeño de funciones públicas o, en el mejor de los casos, a un debilitamiento del sistema de control y responsabilidad por cuanto quedan desautorizados por la corrección jerárquica de la revisión, no uno, si no dos órganos de control.

En segundo lugar, para cualquier interesado que establezca el iter cronológico de los hechos, no puede pasar desapercibido que la denuncia ante el Tribunal de Cuentas se interpuso tras un cambio de gobierno en el Ayuntamiento de Madrid (mayo, 2015) a la vista del Dictamen de la Cámara de Cuentas

---

<sup>487</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas, Departamento Primero de Enjuiciamiento 11/2018 de 27 de diciembre. Pág. 98 in fine.

<sup>488</sup> Sentencia el Tribunal de Cuentas nº 13 del año 2019 dictada por la Sala de Justicia.

(junio, 2016). Por otro lado, que en la composición de la Sala de Justicia jugaban los nefastos y siempre criticados (pero nunca corregidos) repartos de elección política, y que tras un nuevo cambio de gobierno en el Ayuntamiento de Madrid (mayo, 2019) la sentencia estimatoria del recurso de apelación (julio, 2019) pudiendo ser recurrida ante el Tribunal Supremo no consta que se haya hecho.

Reflexiones que generan dudas o incluso pueden maliciar a muchos respecto a la arquitectura del sistema de control y responsabilidad, y su capacidad para respaldar la integridad y la ejemplaridad en el desempeño de funciones públicas ya que, pese a la corrección y acierto del fallo estimatorio, la completa ausencia de reproche, lanza el mensaje no jurídico de la posible existencia de impunidad. Mucho más si consideramos que, para bastantes ciudadanos y operadores más especializados, el camino ya estaba trazado por precedentes con un relato muy similar<sup>489</sup> o, incluso si se plantea la pregunta de por qué no hay constancia de denuncia alguna ante otros casos que presentan un perfil muy cercano al expuesto<sup>490</sup>.

---

<sup>489</sup> Recordemos, entre otros, el denominado “Caso San Antonio” en el que se identifica la formalización de un contrato de arrendamiento por parte del Ayuntamiento de Vitoria que, se separó del Informe Técnico municipal y estableció una cláusula de blindaje a favor del arrendador: el arrendatario se obligaba a mantener la vigencia del contrato y a permanecer en el local arrendado la totalidad del período de vigencia, establecido en veinte años. Se decía también en dicho contrato que, en el caso de que el arrendatario rescindiera la relación contractual y desalojara el local antes de cumplirse los veinte años, debería indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a la renta que correspondiera al plazo que hubiera quedado por cumplir para alcanzar los mencionados veinte años de vigencia. Estas circunstancias provocaron un menoscabo a la hacienda local declarándose la responsabilidad contable directa de algunos miembros de la corporación municipal y, consecuentemente, la condena a abonar las cantidades objeto del daño patrimonial. Sentencia nº 5/2016, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº A80/15, del Ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz), de 13 de mayo de 2016.

Posteriormente dicha sentencia fue revocada por la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas nº18 de 14 de diciembre de 2016 en la que nuevamente por dos voto a favor y uno en contra (que también formula voto particular) revoca y dejar sin efecto el fallo de la sentencia de instancia dictada siete meses antes.

En ese caso, más allá de los conocidos y apuntados repartos políticos de los cargos de Consejeros, se dio la circunstancia que la ponente de la Sentencia revocatoria fue en su día Ministra con un gobierno sostenido por el mismo partido que el de los denunciados. Dato irrelevante a efectos de recusación o posible abstención de la Consejera (que no lo hizo, claro está), sin mayor importancia para el órgano de control, pero tal vez el crujido de la institución sí fue oído por algunos ciudadanos y no contribuyó a generar mayor credibilidad.

La sentencia revocatoria tampoco fue recurrida ante el Tribunal Supremo.

<sup>490</sup> Por razón de la materia puede apuntarse a título ejemplificativo el Informe de fiscalización de operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) y controles realizados por las instituciones competentes ejercicios 2012 y 2013, Aprobado por Acuerdo del Consejo de la Cámara de Cuentas de 6 de noviembre de 2015.

Sobre esta misma cuestión, tampoco pasa desapercibida la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, 442/2019 de 22 d julio, 2019 (Rec. 829/2018), por la que se anula la adjudicación por concurso de viviendas de protección oficial propiedad del IVIMA por infracción del principio de innecesaridad ya que no se explicitaron los motivos por los que esa cartera inmobiliaria no eran ya necesarias para el cumplimiento de los fines del organismo titular, quebrando además la protección social de los arrendadores de las viviendas.

Desde nuestra posición, el ejemplo no puede ser peor si, tratando de elevarse sobre criterios y planteamientos políticos o ideológicos, el caso se examina en estrictos y objetivos términos de integridad y ejemplaridad en el desempeño.

Como se apuntaba al inicio del apartado, el sistema de control no parece bien afinado y no es que se pretendan declaraciones de responsabilidad y condenas sin garantías ni fundada contradicción, es que a la vista de los datos que sucintamente se han expuesto, hay bastantes elementos para que quede un gusto amargo o un gran sabor a comedia, a puro teatro, en el sentido que ya apuntara acertadamente NIETO<sup>491</sup>.

Y no son estos gestores, inicialmente reprobables y después correctos, el problema, ni tampoco el quebranto a los fondos públicos en estos u otros casos, el gran problema es el precedente para los futuros gestores que la alternancia política investirá de las potestades necesarias para la adopción y gestión de decisiones públicas. Sin duda alguna los nuevos gestores por elección tratarán de actuar de acuerdo con ese canon de diligencia cualificado que el Tribunal de Cuentas señalaba, pero sabiendo a la vez que, si las cosas se ponen mal en términos de responsabilidad personal, la propia estructura de control junto al sistema político de reparto de puestos en dicha estructura, tratarán de garantizar su inmunidad ante decisiones desacertadas o el incumplimiento de sus más elementales obligaciones de buena administración.

Y ello sin contar, por un lado, con el agravio comparativo ante otros servidores públicos por selección que, no siendo tampoco muchos o tantos como tal vez deberían ser si los órganos superiores de personal ejercieran mejor sus competencias de control, sí recibieron con normal rigor la oportuna respuesta por su comportamiento o mal proceder, pero ya ubicándonos en otros niveles más inferiores de la jerarquía pública.

Por otro, el mensaje social que se lanza en un fermento social de desconfianza, no contribuye particularmente a incrementar los niveles de confianza y credibilidad institucional.

La conciencia de control y responsabilidad debe estar siempre en la conciencia de quien toma una decisión pública. En otras palabras, el normal sometimiento a control y la conciencia de la responsabilidad por la gestión a la que nos hemos referido en no pocas ocasiones<sup>492</sup> debe ser un elemento primordial en la adopción y ejecución de cualquier decisión pública, exigida en una situación ideal por la coherencia moral del gestor o, en su defecto, por un marco jurídico riguroso y sin fisuras que, debemos ser muy conscientes,

---

<sup>491</sup> NIETO, A.: "El desgobierno de lo público". Edit. Ariel. 2ª edición. Madrid, 2012.

<sup>492</sup> Entre otros, NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: "Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública". En la obra: "La corrupción: aspectos jurídicos y económicos". Salamanca. Editorial Ratio Legis. 2000.

nunca alcanzará los beneficiosos efectos de la virtud y la ética en la gestión pública tal cual lo apuntábamos en el capítulo 1 al referirnos a la idea del sentido de Estado o sentido del bien común. Parafraseando a CAMBÓ, la asimilación por coacción es como aquellos remedios que se emplean cuando ya se llega a una situación de impotencia para curar el mal<sup>493</sup>.

Conciencia de responsabilidad que se anuda por tanto al sistema de control propio del bloque normativo jurídico administrativo como fundamental instrumento que garantiza y, en su caso, defiende el propio sistema asegurando el acierto y legalidad de las decisiones públicas<sup>494</sup>.

No se puede entender ni, por supuesto, asumir, que decisiones públicas erróneas o fruto del puro capricho político, arbitrarias en términos jurídico-administrativos, queden impunes a cualquier exigencia de responsabilidad o que, con una evidencia muy dolorosa, se constate la inexistencia de control alguno respecto a ellas.

Y todo ello sin entrar en las ya apuntadas conductas delictivas, ubicadas en el campo de la corrupción pública.

En este sentido, como veremos en el siguiente epígrafe supone un acierto que la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, haya regulado con mayor precisión el procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas<sup>495</sup> o que haya establecido órganos adicionales de control como los ya citados “Servicio Nacional de Coordinación Antifraude para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea” y “Oficina Nacional de Evaluación”.

---

<sup>493</sup> CAMBO, F.: “*Por la concordia*”. Compañía Iberoamericana de Publicaciones S.A.. Segunda edición. Madrid, 1927. Pág. 103

En similar sentido se manifiesta FLORES DE MORAES, citando a PEIXINHO, afirmando que *Não se mais o principio da legalidade por estar simplesmente positivado no ordenamento jurídico. Daí a necessidade de os atos administrativos estarem de acordo com os princípios éticos e morais norteadores da Administração Pública. Assim, insuficientes são aqueles atos administrativos que, mesmo ostentando um status de aparência de legalidade, discrepen dos valores éticos previstos e respeitados em determinada comunidade. Neste sentido pode-se dizer que a legalidade ética é a comorção dos princípios da legalidade e da moralidade*”.

FLORES DE MORAES, A.: “*Legalidade, eficiencia e controle da Administração Pública*”. Editora Forum. Belo Horizonte, 2007. Pág. 216, nota 244.

<sup>494</sup> Vid. “*Algunas reflexiones sobre malas prácticas, corrupción y ética del bien común. Una visión desde el Derecho Administrativo*”. Op. cit.

<sup>495</sup> Artículo 36

Actuar sin conciencia de responsabilidad, esto es, sin control y evaluación de la actividad desarrollada, conlleva las debilidades, peligros y daños que infelizmente estamos padeciendo, mostrando ejemplos de elevado desvalor público y gran coste en la reputación de las instituciones.

## 2.- La exigencia de responsabilidad en la adopción de decisiones públicas

Con carácter previo debe advertirse que el tratamiento de la responsabilidad y su exigencia en el ámbito público ha tenido, en nuestro ordenamiento jurídico, un desarrollo que podría definirse como incompleto.

Dejando en el campo que le corresponde la exigencia de responsabilidad por la comisión de ilícitos de naturaleza penal, situándonos en sede administrativa el desarrollo normativo de la responsabilidad, como volveremos a recordar, muestra una notable articulación en el ámbito de la burocracia técnica construyéndose un sistema de responsabilidad que, sin perjuicio de sus deficiencias, podemos considerar completo. Por el contrario, el sistema de responsabilidad de la burocracia política adolece de una notable falta de tratamiento, reduciéndose a algunas referencias normativas que, repartidas en el conjunto del bloque jurídico-administrativo, no llegan a conformar un auténtico sistema de responsabilidad.

El constituyente y el legislador ordinario, a diferencia de otros ejemplos comparados<sup>496</sup>, muestra una elevada fe en la bondad de la burocracia política a quien parece otorgarle una naturaleza seráfica si consideramos la atribución de las más altas potestades públicas sin el contrapeso de un sistema de responsabilidad específico más allá del genérico vínculo con la legalidad en sus actuaciones. Un somero examen de nuestra Constitución así lo acredita, salvo la referencia del artículo 102 atribuyendo la

---

<sup>496</sup> Por su proximidad geográfica y política, pueden tomarse como ejemplo algunos preceptos de la Constitución portuguesa que, de manera inequívoca, testimonian, al más alto nivel, unos perfiles de responsabilidad en el ámbito del Gobierno y la Administración, desconocidos en nuestro ordenamiento.

Artículo 22: Responsabilidad de los órganos públicos

*El Estado y las demás entidades públicas serán civilmente responsables, de modo solidario con los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes, por acciones u omisiones en el ejercicio de sus respectivas funciones, cuando por razón del desempeño de éstas resulte una violación de los derechos, libertades y garantías o un perjuicio a tercero.*

Artículo 117: Estatuto de los titulares de los cargos públicos

*1. Los titulares de los cargos públicos responden política, civil y penalmente por las acciones u omisiones que lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones.*

*2. La Ley establecerá los deberes, responsabilidades e incompatibilidades de los titulares de cargos públicos, las consecuencias de los respectivos incumplimientos, así como los respectivos derechos, privilegios e inmunidades.*

*3. La Ley determinará los delitos específicos de los titulares de cargos públicos, así como las sanciones aplicables y los correspondientes efectos, que podrán incluir la destitución del cargo o la pérdida del mandato.*

Artículo 190: Responsabilidad del Gobierno

*El Gobierno es responsable ante el Presidente de la República y ante la Asamblea de la República.*

Artículo 191: Responsabilidad de los miembros del Gobierno

*1. El Primer Ministro es responsable ante el Presidente de la República y, en el ámbito de la responsabilidad política del Gobierno, ante la Asamblea de la República.*

*2. Los Viceprimeros Ministros y los Ministros son responsables ante el Primer Ministro y, en el ámbito de la responsabilidad política del Gobierno, ante la Asamblea de la República. 3. Los Secretarios y Subsecretarios de Estado son responsables ante el Primer Ministro y el Ministro respectivo.*

responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no existe ninguna otra referencia a la exigencia de responsabilidad en el Título dedicado al Gobierno y la Administración.

Y si ello no fuera suficiente, como seguidamente analizaremos, existen tendencias que tratan de achicar la general exigencia de responsabilidad como factor ineludible en el desempeño de funciones públicas.

#### 2.1.- La indebida devaluación de la responsabilidad pública: la impunidad del desacierto

Las muy graves efectos de las malas prácticas y la corrupción pública han centrado el foco de atención en materia de responsabilidad sobre estos dos grandes frentes. Desde luego son los supuestos más graves de quebranto al bien común, pero no son los únicos. Como hemos manifestado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, el menoscabo a la integridad del interés general, el daño al bien común, discurre en una amplia franja que discurre entre el desacierto y la corrupción. Entendiendo el desacierto como un concepto síntesis en el que podemos identificar distintos resultados indeseados bajo el común denominador de haberse perdido esfuerzo y recursos sin ningún rendimiento o, de manera más genérica, malográndose cualquier tipo de oportunidad para mantener y, en su caso, engrandecer, a largo plazo, el espacio de bienestar y realización que diseña nuestro texto fundamental.

Además, sin poder establecer una relación directa, la realidad nos muestra que un buen número de desaciertos trae causa en el abandono o deficiente seguimiento de las reglas ordinarias de un sistema de adopción de decisiones.

En esta línea argumental, téngase en cuenta, como también se ha anticipado, que la integridad debe manifestarse en la necesidad general de adoptar decisiones acertadas por lo que no debería extrañar la exigencia de asumir las responsabilidades precisas en el nivel que corresponda, cuando dichas decisiones suponen un quebranto a interés general. En otras palabras, no solo deben realizarse apelaciones a la integridad ante casos de malas prácticas y corrupción. Fuera de estas patologías, la integridad debe desplegar también toda su significación y contenido por lo que, su menoscabo, expresado en el directo perjuicio al bien común o la ausencia de resultados, debería ser objeto de algún tipo de respuesta o reacción.

No estaría de más volver la mirada hacia los fundamentos de la democracia ateniense que pese a su alejamiento temporal y sociológico pueden suponer un punto de reflexión sobre lo verdaderamente relevante. Así, LÓPEZ MELERO explica con suma claridad como, en lo tocante a la responsabilidad política de los gobernantes, no se trataba de que el cargo público tuviera un comportamiento u otro con mayor o

menor provecho personal, ni siquiera se trataba exclusivamente de dinero. Lo que contaba era si el resultado de sus actuaciones llegó a perjudicar de alguna forma a la comunidad, y por esa razón los juicios a los comportamientos impropios se convertían en evaluaciones de la gestión pública. Las conductas, con independencia de sus rasgos definidores (que hoy encajaríamos en un tipo penal o infracción administrativa) quedaba subsumido en un amplio control de la gestión de lo público. Esto es, no se juzgaba por haber infringido tal o cual ley sino por haber perjudicado a la comunidad, de tal forma que la discusión procesal se centraba en si se había causado un perjuicio o un beneficio a la comunidad<sup>497</sup>.

Pues bien, sería un escenario ideal que, sin perjuicio de la verificación de algún tipo penal o infracción administrativa, al gestor público, técnico y político, se le exigiera responder por los resultados obtenidos o las consecuencias derivadas por sus decisiones.

A la vista del escenario que arroja la realidad, no puede ser más que un motivo de preocupación que, en general el desacierto quede diluido en la propia dinámica del actuar de la Administración, habiéndose establecido subjetivamente una conciencia de impunidad y objetivamente una completa ausencia de respuesta, particularmente en el ámbito de la burocracia política. En efecto, el desacierto público de consecuencias lesivas, no suele generar responsabilidad alguna. Es más, prácticamente se ha asumido que supone una especie de inevitable error venial que acompaña al propio desempeño de las funciones de gobierno y administración. Y, en todo caso, de exigirse algún tipo de responsabilidad, esta será siempre de carácter político y habrá de ser exigida por los ciudadanos en las urnas. Sin embargo, confiar en el electorado para responder en las urnas frente al mal proceder de los servidores públicos, es absolutamente insuficiente mientras no se disponga de una conciencia cívica elevada, y no suele desalentar ni prevenir adecuadamente nuevos supuestos de desacierto. El argumento de que al final son las urnas las que castigan supone, cada vez más, una interesada fundamentación para justificar el mantenimiento de espacios de impunidad, alejados de una respuesta tangible frente al menoscabo del interés general por desacierto.

Falta de responsabilidad que WEBER consideraba, junto a la ausencia de finalidades objetivas, los dos pecador mortales en el terreno de la política, advirtiendo del *peligro de tomar a la ligera la responsabilidad que por las consecuencias de sus actos le incumbe y preocuparse sólo por la "impresión" que hace. Su ausencia de finalidad objetiva le hace proclive a buscar la apariencia brillante del poder en*

---

<sup>497</sup>LÓPEZ MELERO, R.: "Corrupción y responsabilidad política en la democracia ateniense". Canal UNED. Disponible en [https://canal.uned.es/video/5a6f3226b1111fb50f8b4b17?track\\_id=5a6f3227b1111fb50f8b4b1a](https://canal.uned.es/video/5a6f3226b1111fb50f8b4b17?track_id=5a6f3227b1111fb50f8b4b1a) a fecha 5 de septiembre, 2020.

De la misma autora, resulta igualmente muy útil la lectura de la obra "La formación de la democracia ateniense". Editorial Akal. Madrid, 1989.

*lugar del poder real; su falta de responsabilidad lo lleva a gozar del poder por el poder, sin tomar en cuenta su finalidad*<sup>498</sup>.

Resulta evidente que la ausencia de cualquier exigencia de responsabilidad más allá de la que pueda resultar de las urnas supone un argumento de cobertura para posibles desmanes en la gestión pública, en directa contradicción con un sistema jurídico-público que se define incompatible con la existencia de espacios de inmunidad como gran avance del Derecho y la propia democracia. Y es que, si realmente estamos en un Estado democrático y Derecho de calidad, con un músculo institucional fuerte y creíble, ni la improvisación ni la irresponsabilidad deberían tener cabida en un ámbito tan importante como es el Gobierno y la Administración.

Esta postura no hurta a los ciudadanos su capacidad democrática de elegir o no hacerlo, confirmando con su voto la idoneidad de un candidato para ejercer las más altas responsabilidades públicas, pero el desempeño de las funciones atribuidas no puede quedar exento de la obligación de salvaguardar la integridad del interés general a través del respeto a las reglas que desde un sistema de adopción de decisiones tratan de minimizar el riesgo de desacierto. Malamente se puede garantizar el bien común, la propia legitimidad del sistema, si la incorrección en la gestión pública sólo se puede controlar y exigir, en su caso, responsabilidad, cada cuatro años.

Precisamente, la exigencia de responsabilidad y su generalizado conocimiento de esta, enfatiza la importancia de la representación democrática, de asumir un cargo público por elección y el elevado compromiso con el interés general y, consecuentemente, con las expectativas de los ciudadanos. No es una mera declaración, un discurso vacío o una cínica toma de posesión con más relevancia mediática que jurídica.

El Derecho Administrativo, es la disciplina de las garantías, del control, de los rompientes frente a los abusos del poder en cualquier nivel, pero muy especialmente en los órganos de superior dirección por ser, como se sabe, en los que se ubican las facultades de mayor impacto jurídico y económico. Pese a ello, la capacidad de muchas de las técnicas e instrumentos de garantía y control ha sido limitadas o anuladas de hecho (y también de derecho) en los niveles de superior dirección política, dependiendo además del ámbito en el que vayan a ser desplegadas.

Así, con absoluta corrección, se puede exigir responsabilidad personal por el perjuicio que un empleado público puede irrogar a la Administración en la que presta sus servicios, obligándolo a asumir el coste de los daños provocados como consecuencia de su negligencia profesional o por carecer del cuidado debido en el desempeño de su función. Tanto las reglas sobre responsabilidad de las autoridades

---

<sup>498</sup> WEBER M.: "El político y el científico". Pág. 153.

y personal al servicio de las Administraciones Públicas, responsabilidad contable o la responsabilidad específica en servicios públicos concretos, dan buena muestra de ello.

Sin embargo esta responsabilidad profesional y, por supuesto, la consecuente obligación indemnizatoria, parece desaparecer cuando se trata de decisiones públicas indebidas, fallidas, desacertadas en definitiva, adoptadas al más alto nivel. Como si a partir de cierto nivel en la jerarquía administrativa se vinculara una exigente general de responsabilidad.

En efecto, en los citados niveles superiores de la jerarquía administrativa y muy particularmente en el de autoridades electas, la exigencia de responsabilidad por desacierto resulta poco exigible salvo que haya causado una gran alarma o escándalo social en cuyo caso es posible que haya algún tipo de exigencia, incluso se trate de reconducir a la vía penal. Eso sí. el escándalo o alarma no significa que el daño al interés general sea elevado ya que dependerá de que el hecho en sí, con independencia de su gravedad, mediáticamente se quiera convertir en motivo de escándalo o alarma, generando lo que BYUNG-CHUL HAN denomina *shitstorm*<sup>499</sup>. El problema es que con igual facilidad que se puede disponer de la capacidad de generar una situación de *shitstorm* se puede bajar el nivel e incluso ocultar completamente casos de desacierto con un grave quebranto al interés general que quedan ocultos bajo los telones del desconocimiento social y la complicidad de quienes deberían denunciarlo, bien institucional o mediáticamente<sup>500</sup>.

Esta situación, impropia de un Estado de Derecho al permitirse auténticos espacios de impunidad, se ha tratado de revertir al resultar insostenible la deslegitimación pública y la pérdida o mala utilización de los recursos públicos. Ha habido correcciones, pero han sido de carácter parcial y, sobre todo, poniendo el énfasis en respuestas de escasa reacción apuntando exclusivamente a los resultados económicos de la gestión pública, pero sin abordar el daño real al bien común. Nada que ver con la respuesta de la democracia ateniense que se apuntaba líneas atrás o lo que, ya en unas coordenadas temporales más cercanas apuntaba GONZÁLEZ PÉREZ en relación a este problema:

*Cuando llueven sobre las Administraciones Públicas condenas de resarcimiento derivadas de las gravísimas negligencias o de la soberbia y prepotencia de sus más altos rectores, cuando se acumulan los agujeros dejados en los caudales públicos por administradores corruptos, es necesario potenciar al*

---

<sup>499</sup> Término utilizado en el sentido de “tormenta de indignación”.

BYUNG-CHUL HAN: “En el enjambre”. Editorial Herder. Barcelona, 2014. Pág. 15

<sup>500</sup> Ejemplifica bien lo expuesto comparar el intenso debate social y político suscitado por el gasto realizado por el Alcalde de Zaragoza en el año 2016 en concepto de productos para el cabello por un valor de apenas 16 euros, y el que para su entidad, suscitó, con un perfil social y político bastante bajo, el caso de la AP7 y el perjuicio patrimonial de 1494 millones de euros al que se ha hecho referencia en el Capítulo 4.

*máximo los procedimientos para hacer efectivas las responsabilidades patrimoniales cualquiera que sea el rango de los culpables. ...*

*...Sólo así el ciudadano medio volvería a tener confianza en la Justicia. Cuando viera que, ante la pasividad de los políticos para exigir responsabilidades a sus antecesores en la detentación del poder, existía en el Estado una institución que velaba de verdad por la legalidad, el derecho de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley...<sup>501</sup>.*

Por todo lo expuesto, es necesario que la idea de responsabilidad por la gestión sea interiorizada y se refleje de manera tangible en las referencias que el servidor público debe considerar en su proceder, tomando conciencia de las consecuencias de sus acciones. Y es que, simplificando las cosas, en un sistema de adopción de decisiones, en cualquier ámbito y nivel, la secuencia de acto y consecuencia es absolutamente elemental. Y en ese orden, se encadena, en función de los aciertos o desaciertos, la correspondiente respuesta, que puede ser, positiva o negativa en función del sentido y alcance de aquellos.

Pues bien, en el ámbito público, esa sucesión de actos y consecuencias que se suele aprender desde la infancia, muestra notables fallos y no sólo en el rango de genérico desacierto, también en situaciones de un perfil más definido por el incumplimiento.

La secuencia presenta interrupciones, auténticos cortes, particularmente en sede administrativa no de manera generalizada, pero sí, como se ha anticipado, en niveles de superior dirección. Puede afirmarse que, en algunas ocasiones, la secuencia que comienza en la actuación y, dependiendo de caso, debería finalizar en la exigencia de responsabilidad no siempre se completa. Ruptura que puede responder a diferentes causas relacionadas con la organización, el ejercicio de las competencias, o las propias debilidades del propio marco regulador. En definitiva, podemos decir que la no exigencia de responsabilidad es también un pernicioso efecto de un sistema que no funciona como debería, un síntoma de la patología de no adoptar correctas decisiones entre las que están, por supuesto la exigencia de responsabilidad.

Hechas estas observaciones generales, pueden apuntarse varias circunstancias que contribuyen a debilitar el concepto de responsabilidad y su exigencia.

En primer lugar, insistiendo en algunas ideas ya expuestas, el sentido de la responsabilidad y, consecuentemente, su exigencia, es en gran medida una construcción sociocultural. Debemos recordar en este momento lo que ya se expuso al abordar el concepto del sentido de Estado, reiterando la importancia de contar con el multiplicador social positivo de un coeficiente cívico elevado por cuanto la

---

<sup>501</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: "La responsabilidad patrimonial de los servidores públicos". Diario ABC. Jueves 15 de agosto de 1996. Pág. 26.

responsabilidad es un reflejo de éste. Y en lo tocante a esta materia, el estado de la cuestión se puede reducir a una idea muy simple de doble cara: a nadie le gusta que le exijan responsabilidad y tampoco suele apetecer exigirla.

No existe una auténtica cultura de la responsabilidad, ni individual ni por tanto colectiva y quienes deberían dar ejemplo de ello a través de su posición social o institucional, eluden o permiten eludir cualquier exigencia de responsabilidad.

Desde cada ámbito del Estado, en el nivel que corresponda se debería tener un proceder no ya ejemplar, simplemente normal: asumir y exigir la responsabilidad que corresponda. Ahora bien, ni se asumen responsabilidades ni tampoco se exigen, perdiendo la oportunidad de la convicción a través de la fortaleza de los ejemplos de corrección que conlleva la exigencia de responsabilidad. Es más, según el británico Comité sobre las Normas de Conducta en la Vida Pública (*Committee on Standards in Public Life*), el propósito de las sanciones como principal manifestación de la exigencia de responsabilidad, en un marco de integridad, responde a cuatro propósitos<sup>502</sup>:

- Observancia de la normativa
- Disuasión
- Evitar más irregularidades
- Mantener la confianza pública

Propósitos que entroncan con la disciplina que el Derecho Administrativo exige para todos los servidores públicos, pero, como se mantiene, deberían estar también interiorizados en el fundamento social y político que soporta pero también es el capital humano de la organización administrativa para otorgar a las exigencias de integridad una realización efectiva ya que, la toma de posesión como servidor público en cualquiera de sus modalidades, formaliza un compromiso con la legalidad pero no otorga especiales valores éticos a quien no los tiene.

Infelizmente, la ejemplaridad de la responsabilidad, propia y exigida, no suele aflorar cuando más falta hace, perdiendo grandes oportunidades para realizar de manera efectiva una ética pública más teórica que práctica, además de socavar la credibilidad social en la misma.

A título de ejemplo, no parece necesario insistir sobre la posición de los partidos políticos en el sistema democrático y su aportación a la calidad de éste. En esta concreta materia como en tantas otras, los partidos políticos desempeñan un papel fundamental en mantener una cultura de la integridad en la

---

<sup>502</sup> Local Government Ethical Standards. A Review by the Committee on Standards in Public Life. January, 2019. Chapter 4: Sanctions. Pag. 65

Disponible en:

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/777315/6.4896](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/777315/6.4896)

CO CSPL Command Paper on Local Government Standards v4 WEB.PDF

que la responsabilidad es una pieza esencial. Más allá de la afinidad ideológica, deben ser vistos por los ciudadanos, como organizaciones con elevados estándares de ejemplaridad a la altura de su reconocimiento constitucional. Por lo tanto, los partidos políticos deberían dejar muy claro a sus miembros y, especialmente, a sus cargos públicos el escenario de ejemplaridad y responsabilidad en el que habrán de desarrollar su actividad política y el desempeño de funciones públicas en el caso de que se les atribuyan. Sin embargo, sin distinción de siglas o color político, la realidad nos muestra que el comportamiento general en orden a la disciplina y consecuente exigencia de responsabilidad por actos que comprometen la integridad del interés general o que incluso han podido verificar algún tipo penal, no puede ser más lamentable y perjudicial como ejemplo social. En contadas ocasiones se ha hecho efectiva la principal sanción que se puede imponer en este ámbito, la suspensión o la expulsión del partido y para ello, se ha tenido que llegar a una aplastante convicción vinculada a la insalvable presencia de un auto judicial de prisión provisional o una sentencia firme condenatoria, habiendo estirado y ampliado el principio de presunción de inocencia hasta extremos vergonzantes.

La mayoría de los partidos políticos olvidan que son el origen y, en gran medida, el fundamento de la fortaleza en la ética pública, por lo que su actitud ejemplar debería elevarse sobre lo que deberían ser comportamientos puntuales de alguno de sus miembros, pero que al recibir el inusitado apoyo del “aparato” del partido, son elevados a una categoría de mayor entidad por cuanto la sombra individual se extiende sobre el conjunto de la organización, incrementando una peor percepción social. El rigor y la absoluta pulcritud sólo se exige al rival político, y las bíblicas palabras sobre la mirada a la paja en el ojo ajeno y la falta de vista en la viga propia, tienen una especial resonancia en la vida pública. El autocontrol político frente a los daños al interés general y el coste reputacional en las instituciones públicas, no funciona o, mejor dicho, no se quiere hacer funcionar ya que suele tener más peso la concreta figura política afectada que el interés por ejemplificar a través de un comportamiento caracterizado por la determinación frente a la tutela del bien común y la pulcritud en el desempeño de funciones públicas.

En segundo lugar, como segunda circunstancia que ha contribuido a debilitar el concepto de responsabilidad y su exigencia, podemos señalar algunos planteamientos sobre convicción y autocontrol que, como en tantas otras cosas, ya hubo quien los anticipó. Baste, por todos, recordar a WEBER y su “ética de la convicción”<sup>503</sup> o, más cercano, a POSADA, cuyo extenso y brillante pensamiento queda reflejado en la siguiente cita:

*... de lo que se trata es de inducir a las personas, por la convicción y la persuasión, a que de su espontánea voluntad practiquen ciertas acciones, a que las practiquen por creerles racionales,*

---

<sup>503</sup> WEBER M.: “El político y el científico”. Op. cit.

*aconsejadas por su conciencia, por su derecho racional, cuya coacción interna debe ser, el fundamental, o mejor aún, acaso el único resorte del obrar humano*<sup>504</sup>.

Así las cosas, con carácter previo, debe también recordarse una premisa que ayude a enfocar la cuestión: no se duda que el autocontrol y la convicción personal sobre la necesidad de garantizar y proteger la integridad del interés general, supone la principal y más eficaz garantía para la corrección y acierto de las decisiones públicas y actos de ejecución.

Pero, ¿qué sucede cuando no se cuenta con esta garantía?, ¿qué sucede cuando estamos ante comportamientos que tienen como efecto el quebranto al interés general?, ¿cómo se dota de efectividad a la ética pública cuando se vulnera o no se tiene intención de respetarla?. Estas preguntas miden la debilidad de muchas propuestas, de un discurso atractivo y buenista que falla ya que se requieren criterios y propuestas posibilistas y no utópicas cuya implementación, de practicarse, conllevaría el sacrificio de elementos fundamentales de la organización y el desempeño de funciones públicas.

La respuesta a los interrogantes planteados, casi refleja, es la exigencia de responsabilidad completando la secuencia de acto y efecto, haciendo mostrar de la manera más inmediata posible el desvalor de la actuación y la oportuna respuesta en términos de legalidad.

La cadena se completa: acto, efecto, responsabilidad y respuesta. Y en esa secuencia se genera una muestra de esa ejemplaridad didáctica a la que líneas atrás aludíamos, que además goza de un indudable carácter preventivo por la disuasión de futuras conductas lesivas o contrarias al interés general<sup>505</sup>.

Se trata, volviendo a apoyarnos en WEBER, de la “ética de la responsabilidad” que *ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción*<sup>506</sup>.

Sin embargo, como se anticipaba, desde hace tiempo, se han adherido consideraciones de distinta naturaleza, principalmente doctrinal, que cuestionan la validez del proceso, sobre todo en la fase de respuesta ante la lesividad de la acción para el interés general. Cuestionamiento que se asienta sobre la base de dos argumentos que corren en paralelo:

Por un lado, con carácter general, la responsabilidad, como concepto síntesis, debe ser ubicada en una triangulación fijada por varias circunstancias sobre las que ya nos hemos pronunciado:

---

<sup>504</sup> POSADA, A.: “Tratado de Derecho Político”. Tomo Primero. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1923. Pág. 552.

<sup>505</sup> Así lo reclama la Agencia de Prevención y Lucha Contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, identificando los diferentes tipos de responsabilidades en que pueden incurrir las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas como un elemento más a tener en cuenta en la creación de una cultura preventiva que *abogue por el funcionamiento íntegro, eficaz y eficiente de las Administraciones Públicas...*

Agencia de Prevención y Lucha Contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana: “La vía del enriquecimiento injusto en el sector público: ¿uso o abuso?”. Valencia, mayo de 2020. Pág. 42.

<sup>506</sup> WEBER M.: “El político y el científico”. Op. cit. Pág. 161.

- Un coeficiente cívico medio-bajo.
- La crisis de legitimidad institucional que hace cuestionar cualquier tipo de exigencia, por cuanto la autoridad se encuentra socavada.
- La preferencia por soluciones distintas a la respuesta legal que requeriría la exigencia de responsabilidad en un Estado de Derecho, incluyendo en no pocas ocasiones la completa inacción.

Por otro lado, de manera incuestionable, quienes objetan o propugnan un cambio en el sistema de responsabilidad ponen de manifiesto su escaso rendimiento para evitar, prevenir, de manera adecuada, los no pocos casos de malas prácticas y corrupción pública que se han llegado a conocer.

Ante estas coordenadas una notable tendencia doctrinal<sup>507</sup> se ha orientado hacia el establecimiento de una “ética pública” que, relativizando la exigencia de una responsabilidad tangible o planteando sanciones de bajo nivel, se intenta concretar a través de diferentes estrategias como por ejemplo los denominados “marcos de integridad” a los que se les presupone mayor eficacia en la obtención de resultados, resultando menos lesivos o impactantes que el modelo de respuesta sancionadora más tradicional.

Sobre este tipo de planteamientos ya se hizo alguna referencia al abordar la ética jurídica del bien común y posicionamos al respecto. No obstante, conviene hacer algunas consideraciones adicionales desde la concreta perspectiva de la exigencia de responsabilidad.

Y desde ese punto de vista, cabe apuntar que las objeciones y propuestas de cambio en la exigencia de responsabilidad (contribuyendo, aunque sea indirectamente, a su mayor devaluación) reciben su mayor aval por el carácter teórico de las alternativas propuestas que siempre gozan del optimismo y la esperanza, que se anuda a toda iniciativa novedosa en un escenario anegado de fracasos y malos resultados. Todo ello expuesto a través de una retórica buenista, de talla universal que conduce a un modelo de control y responsabilidad que, en realidad, resulta impracticable y por tanto con un contenido irreal, verdaderamente inexistente, para ser incorporado al bloque regulador del desempeño público real, en el día a día.

En 1843, OLIVAN, al plantear los principios de la ciencia administrativa en su estudio sobre la Administración Pública, realizaba varias advertencias generales, una de las cuales resulta de especial interés recordar en este momento al hilo de los planteamiento teóricos en materia de integridad y responsabilidad pública:

---

<sup>507</sup> Entre los muchos trabajos sobre la materia, puede destacarse el número monográfico dedicado al tema por la Revista Vasca de Administración Pública (Nº 9, julio-diciembre de 2015) y, la monografía de VILLORIA, M. e IZQUIERDO, A.: “Ética pública y buen gobierno”. Editorial Tecnos e INAP. Madrid, 2016. Trabajo brillantemente analizado y comentado por JIMÉNEZ ASENSIO, R. en su recensión, “La integridad institucional como presupuesto de la buena gobernanza (A propósito del libro “Ética Pública y Buen Gobierno”, de Manuel Villoria y Agustín Izquierdo). La Administración al día. Estudios y comentarios, 2 de febrero, 2016.

*Nada es más fácil que la exageración; nada más cómodo que la formación de teorías extremadas; nada más holgado que la proclamación de sistemas sencillísimos de gobierno y administración hechos a medida del deseo, y exentos de todo inconveniente; más á semejantes concepciones, hijas de la ilusión é inexperiencia, cuando no son pretexto a miras ambiciosas, ha de tocarles pasar del dominio de la filosofía al de la codificación, ha de llegarles su día de prueba y de castigo, que es el de la práctica<sup>508</sup>.*

Desde luego, no parece que ninguno de los planteamientos generales en materia de ética pública, ni tan siquiera cualquiera de las estrategias concretas para implementarla pueda llegar a suscitar algún tipo de discusión: la exigencia de integridad a quien debe desempeñar funciones públicas. Es más, plantear esta idea es casi como tratar de explicar el abecedario, habiéndonos autoconvencido de haberlo creado hace apenas unos años, cuando el alfabeto de la ética pública tiene antecedentes mediatos e inmediatos que, a día de hoy, por su plena vigencia y acierto, resultan perturbadores y, sobre todo, nos muestran que estamos inventando una y otra vez la rueda.

Pero el problema no es el continuo barniz al marco ético del servidor público en el desempeño de sus funciones, ni tan siquiera la apropiación intelectual de ideas y conceptos que, necesariamente, integran el acervo institucional de un Estado social, democrático y de Derecho. El problema es pretender construir una repuesta, una estrategia fuera de esa estructura que, a los efectos que más nos interesan, tiene como eje motor la legalidad y como parte fundamental del mismo la exigencia de responsabilidad.

No hay que olvidar que la importancia de la exigencia de responsabilidad se vincula a la relevancia de las funciones encomendadas y las obligaciones que se le anudan, de tal forma que, al devaluar la respuesta, se deprecia el desempeño relativizándose el cumplimiento. LIPOVETSKY identificó y describió el fenómeno hace más de un cuarto de siglo al reflexionar sobre la ética indolora<sup>509</sup> entre cuyas manifestaciones se identifica la miniaturización del deber, su descrédito y, por tanto, la tendencia a evitar nombrarlo y, por extensión, a la responsabilidad<sup>510</sup>.

La Agencia de Prevención y Lucha Contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, lo expresa con absoluta claridad sin los habituales “paños calientes” que algunas entidades de este tipo, pese a la finalidad que ha justificado su creación, suelen hacer. Y aunque la Agencia Valenciana realiza sus consideraciones desde la perspectiva de su ámbito territorial y la materia que aborda (enriquecimiento injusto) sus consideraciones superan estas limitaciones para alcanzar el nivel de recomendación general:

---

<sup>508</sup> OLIVAN, A.: “ De la Administración Pública con relación a España”. Op. cit. Pág. 41

<sup>509</sup> LIPOVETSKY, G.: “El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos”. Traducción de Juana Bignozzi. Editorial Anagrama. Barcelona, 1994.

<sup>510</sup> La redacción del Estatuto Básico del Empleado Público es una buena muestra de ello. La mermada cita a los deberes de los empleados públicos en el artículo 52 es seguida de la mención “Código de conducta” concretado en los principios éticos y de conducta previstos en los artículos 53 y 54.

Puede parecer una cuestión baladí, pero la semántica empleada por el legislador no es ingenua.

*Uno de los elementos que contribuirían al funcionamiento íntegro, eficaz y eficiente de las administraciones públicas valencianas es la eventual depuración de las posibles responsabilidades de toda índole de autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas que ordenen la ejecución por un tercero de una prestación al margen de la Ley, y, como la otra cara de la misma moneda, la necesaria consideración de la responsabilidad de aquéllas entidades públicas o privadas que han ejecutado la prestación a sabiendas de que, al hacerlo, estaban vulnerando el ordenamiento jurídico o desviando el interés público de la Administración a favor de sus intereses particulares<sup>511</sup>.*

En general, no son pocos los que desde una impecable posición sobre ética pública y con el citado respaldo de los numerosos casos que se identifican en la franja que discurre desde el mero desacierto a la corrupción, plantean la necesidad de superar lo que, con cierta connotación negativa, se define como el modelo burocrático o “legicentrismo”, considerando el Derecho Administrativo como un sistema obsoleto sin capacidad de dar respuesta a la realidad actual o, en el mejor de los casos, un sistema insuficiente. Esto es, la legalidad, materializada en el bloque jurídico-administrativo, es correcta, necesaria como pieza esencial que es del Estado de Derecho, pero no es suficiente.

Qué duda cabe que estos planteamientos resultan convincentes, en principio, no resulta difícil admitirlos, basados en la automotivación y la confianza. Siempre es preferible la responsabilidad positiva que trata de buscar soluciones y no castigar, que la responsabilidad coercitiva o impuesta.

Pero conocido el iter argumental y el punto de llegada de quienes cuestionan el sistema, surgen algunas dudas y muchos problemas sin resolver que se concretan en varias preguntas:

¿Qué ha cambiado de la realidad?

¿En qué no se ha adaptado el Derecho Administrativo?

¿Qué sistema puede reemplazar con eficacia la secuencia completa de acción – efecto – responsabilidad -respuesta?.

Por lo que se refiere a las primeras dos preguntas, sin entrar en grandes debates doctrinales sobre los fines y la evolución del Derecho Administrativo, de manera muy simple cabría reflexionar si, más allá de las dimensiones presupuestarias y complejidad de las actuaciones concretas, las necesidades de la Administración para contratar bienes, obras y servicios, seleccionar a los mejores empleados públicos, proteger los bienes caracterizados como públicos, fomentar conductas apreciables para el interés general etc, son tan distintas en estos momentos como hace un siglo.

---

<sup>511</sup> A mayor abundamiento, no puede pasar desapercibida la recomendación relativa a la exigencia de responsabilidad: *Recordamos la importancia de que se depuren, cuando concurran los elementos preceptivos y previos los oportunos procedimientos contradictorios al efecto, las responsabilidades de las autoridades o personal al servicio de las Administraciones...*

Agencia de Prevención y Lucha Contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana: “La vía del enriquecimiento injusto en el sector público: ¿uso o abuso?”. Valencia, mayo de 2020. Pág. 50 y 53.

La defensa del interés general, de lo público, a través de la conducta de sus agentes, ¿ha experimentado tantos cambios que en la actualidad los pilares del sistema jurídico ya no pueden soportar el peso de la nueva realidad?

Se debería pensar en qué medida (salvando la distancia tecnológica y obvios aspectos socioculturales) si alguno de los muchos de los códigos éticos o de conducta aparecidos en los últimos años supone una innovación relevante respecto a las exigencias de integridad y conducta ejemplar a los servidores en la normativa del siglo XIX<sup>512</sup> y por supuesto en el XX.

Pero aún hay más, ampliando la posible respuesta, en consonancia con argumentos ya expuestos, que el núcleo del problema es muy posible que no esté tanto en el sistema normativo de exigencia de responsabilidad como en su aplicación por parte de quien, no por opción, sino por obligación, tiene que hacerlo y cómo procede ante ello.

En definitiva, si preguntamos ¿por qué no funciona el sistema de responsabilidad?, la respuesta verdaderamente honesta sin necesidad de una gran construcción intelectual, es que los responsables de su buen funcionamiento no lo están haciendo bien. Por este motivo, aun cuando se pudiera articular algún sistema de reemplazo, estaría abocado al fracaso ya que las exigencias de integridad pública requieren de un capital humano, sobre todo al más alto nivel de las instituciones públicas, que hoy por hoy no existe desde el momento que el propio concepto de responsabilidad y su exigencia se ha llegado a tizar de connotaciones peyorativas fuera de lo sociopolíticamente correcto.

Es más, tal vez haya quienes estén particularmente interesados en que se dilate este debate sobre la responsabilidad, su exigencia o no a través de formulaciones y marcos de integridad, manteniendo una

---

<sup>512</sup> Por la facilidad para establecer pasarelas con las actuales nociones de ética pública, considerando las referencias destinadas a garantizar, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados, entre otras, pueden citarse La Real Orden Circular de 17 de septiembre de 1842 prohibiendo que los funcionarios públicos entren en contestaciones con la prensa sobre asuntos del servicio o la Real Orden de 20 de diciembre de 1845 por la que se aprobaba la Cartilla del Guardia Civil.

A título meramente ejemplificativo, la Real Orden de 17 de septiembre de 1842, se expresaba en los siguientes términos:

*Los empleados públicos, sea cual fuere la clase a la que pertenezcan, deben estar íntimamente penetrados de que en el ejercicio de sus respectivas funciones no cabe voluntad propia para obrar conforme a su libre albedrío, sino de aquella manera que cumpla mejor a la exacta observancia de las leyes y al decoro y prestigio del Gobierno, de quien reciben su investidura. Parten de aquí innumerables consecuencias, que cada uno está en el caso de sacar con aplicación al cargo y diferente posición en que se encuentre... Ni intereses personales, ni las pasiones, ni los partidos políticos tienen en ella cabida de ninguna especie. Jamás por tanto debe aparecer el individuo, sino el funcionario de la ley...*

*Por lo que se refiere a la Real Orden de 20 de diciembre de 1845 por la que se aprobaba la Cartilla del Guardia Civil, es un auténtico código de conducta. Baste recordar algunas de sus prevenciones generales por su carácter expansivo a cualquier servidor público:*

*4. Siempre fiel a su deber, sereno en el peligro y desempeñando sus funciones con dignidad, prudencia y firmeza, será más respetado que el que con amenazas sólo consigue malquitarse con todos.*

*5. Debe ser prudente sin debilidad, firme sin violencia y político sin baja.*

*7. Cuando tenga la suerte de prestar algún servicio importante, si el agradecimiento le ofrece alguna retribución, nunca debe admitirla. No hace más que cumplir con su deber, y si algo debe esperar de aquel a quien ha favorecido, debe ser sólo un recuerdo de gratitud. Este desinterés le llenará de orgullo, le granjeará el aprecio de todos, y muy particularmente la estimación de sus Jefes, allanándole el camino para sus ascensos.*

*18. Sus primeras armas deben ser la persuasión y la fuerza moral...*

situación muy ineficiente que está posibilitado espacios de descontrol público en el que pueden llegar a primar todo tipo de intereses menos los únicos que deberían monopolizar toda la actividad pública, los vinculados al bien común.

Puestas, así las cosas, el hecho cierto es que no es posible renunciar a un sistema de exigencia de responsabilidad de naturaleza jurídica y algunos planteamientos, pese a su aplauso académico o político no son directamente relevantes para la defensa del interés general. Son magníficos árboles que adornan el paisaje intelectual, proporcionado sombra en el páramo público, pero sin posibilitar el crecimiento efectivo de la ejemplaridad a su alrededor.

Podrán admitirse planteamientos buenistas, esfuerzos por hacer propuestas, autodefinidas como más positivas y menos represivas, pero al final el punto de llegada es el mismo: se requiere una respuesta tangible, de corte jurídico, previa tramitación obviamente de un procedimiento cierto y con todas las garantías garantías.

Volviendo a citar el trabajo del Comité sobre las Normas de Conducta en la Vida Pública (*Committee on Standards in Public Life*), cualquier sistema diseñado para mantener los estándares del comportamiento ético debe incluir formas para abordar y corregir el comportamiento realizado por debajo de lo esperado. Pero aún más, el Comité, desde una perspectiva de ética pública, no tiene empacho en afirmar que la sanción desempeña un papel fundamental otorgando credibilidad al sistema<sup>513</sup>.

Muchos esfuerzos intelectuales e incluso institucionales, desde luego con la mejor intención, desde su generalizado imaginario, no hacen más que arrojar sedimentos sobre una cuestión que debería mostrarse de manera mucho más clara. No pocas preocupaciones sobre ética pública acaban generando confusión antes que certeza, restado efectividad a la insoslayable exigencia de responsabilidad entendida como un elemento esencial para el Estado de Derecho, al constituir una de las principales garantías para la vigencia del principio de legalidad.

En efecto, tomando un punto de referencia no estrictamente jurídico, una completa lectura de las recomendaciones de la OCDE sobre integridad pública muestra que en el sistema coherente y global que se demanda, la exigencia de responsabilidad es una pieza fundamental. E incluso, de manera mucho más concreta, la solución propuesta por el Estatuto Básico del Empleado Público, pese a poner especial énfasis sobre la existencia de un Código de Conducta estableciendo principio éticos y de conducta, no deja de identificar el enunciado de este apartado con el clásico e identificable concepto de “deberes” y, mucho menos, puede renunciar a la regulación de un régimen disciplinario.

---

<sup>513</sup> Local Government Ethical Standards. A Review by the Committee on Standards in Public Life. January, 2019. Chapter 4: Sanctions. Pag. 65

## 2.2.- Competencia administrativa y responsabilidad propia del gestor público

Tomando como referencia la descomposición analítica que DE LA MORENA<sup>514</sup> realizó en su día del concepto de competencia y los factores que identificó, al abordar el análisis de la competencia en la gestión y la determinación de las consecuencias jurídicas que conlleva para su titular, es posible aludir tanto al sentido de la competencia como capacidad para hacer o desarrollar una actividad, como a su noción jurídico-administrativa como técnica de organización y asunción de responsabilidad.

En realidad, ambos sentidos del concepto, convergen sin dificultad y nos muestran, sin necesidad de grandes exposiciones o debates la especial aptitud que debe tener el servidor público, aunando capacidad y habilitación. Sumatorio que resultaría incompleto si no se contara con la necesaria vocación de servicio público.

Salvando que fue escrito pensando en el sector privado pero con pleno acomodo para trasladarlo al ámbito público, MARTÍN-RETORTILLO compendia brillantemente las ideas expuestas al apuntar que *...la profesión no requiere sólo una especialización de conocimientos y técnicas, sino que presupone, ante todo,*

---

<sup>514</sup> Resulta oportuno recordar, de manera completa, la descomposición analítica del concepto de competencia, que realizó DE LA MORENA, identificando los siguientes factores:

- *Un componente apoderativo o habilitante, que viene dado por la atribución de poder concreto—o, al menos, concretable—hecho a un determinado órgano por una norma.*
- *Un componente normativo, indicativo de que toda competencia debe tener su origen legal en la letra o en la ratio de una norma o conjunto de normas (nulla competentia sine norma).*
- *Un componente organizativo o estructural, alusivo al órgano en el que la porción de poder en que la competencia consiste va a quedar incardinado, con vistas a su ejercitabilidad inmediata.*
- *Un componente imperativo u obligacional, que alude al imperativo jurídico de que el fin o interés a cuya satisfacción la competencia subviene, y por cuya razón se otorga, sea alcanzado, lo que postula su obligatorio ejercicio por parte del titular del órgano, siempre y cuando se den los presupuestos causales y teleológicos normativamente previstos.*
- *Un componente medial o instrumental, referente a los medios personales y materiales de los que el titular del Órgano deberá servirse para el más correcto y eficaz ejercicio de su competencia.*
- *Un componente decisorio o de toma de decisiones, referente a que el ejercicio de una competencia habrá de traducirse en una declaración de voluntad y no en simples actos materiales de ejecución, ni en meras declaraciones de deseo, conocimiento o juicio, las cuales no podrán producir directamente efectos frente a terceros como no sea asociadas procedimentalmente a otra decisión principal, anterior o posterior, de la que traerán su causa y razón.*
- *Un componente táctico o causal, alusivo a los distintos presupuestos de hecho contemplados por la norma atributiva de la competencia y a cuya existencia condiciona la legítima actuación del órgano llamado a ejercerla.*
- *Un componente formal o procedimental, con el que se designa el imperativo jurídico de que la competencia sea ejercida de acuerdo con el procedimiento preestablecido en cada caso, y cuya total omisión nos situaría ante las llamadas «vías de hecho», equiparables en un todo a las acciones realizadas sin competencia y, por consiguiente, contra Derecho.*
- *Un componente teleológico, con el que se hace referencia a la finalidad por razón de la cual se estableció o fundó la competencia y para cuya realización debe ser actuada.*
- *Un componente material u objetivo con el que se alude a la parcela o sector de la realidad social específicamente incidido por la norma atributiva de la competencia y ordenadora de los asuntos comprendidos en él.*
- *Un componente constitutivo, con el que se expresan los efectos jurídicos producidos en las situaciones jurídicas preexistentes como consecuencia directa del ejercicio de una competencia. El poder, articulado en competencias, es la palanca de que el Estado dispone para mover a la Sociedad. De ahí que la primera norma (Constitución) tenga que ser básicamente una norma de creación y atribución de competencias.*

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: "Los fines de interés público como «causa» y como «límite» de la competencia y como «medio- y «medida» de control jurídicos". Op. cit. Pág. 155 y 156.

*unos modos de comportamiento. Se parte de que el profesional asume una responsabilidad y debe dejar asegurada su fiabilidad*<sup>515</sup>.

Ciñéndonos a la perspectiva jurídico-administrativa, en varias ocasiones ya se ha puesto de manifiesto que uno de los elementos vertebradores de la gestión pública y, por tanto, de la toma de decisiones es el principio de competencia.

El principio de competencia conforma un pilar básico en el sistema jurídico-administrativo de toma de decisiones por cuanto supone el título habilitante para el desempeño de la correspondiente función pública.

La idea de competencia, desde una perspectiva pública, nos sitúa ante una obligación de actuar en el momento que se verifiquen las condiciones que determinan su ejercicio. Actuación que se precisa inmediata, con prontitud pues lo contrario, la dejación material o temporal de la competencia, puede suponer un grave quebranto al interés general. Ya lo señalaba COLMEIRO al describir los principios que deben informar la acción administrativa:

*La prontitud declara que una Administración lenta y perezosa muestra flojedad en el mando, y si alguna vez se propone remediar los males públicos, llega tarde con el remedio. La flojedad en el mando arguye ignorancia, indiferencia o flaqueza en el poder: vicios que le despojan de la fuerza moral necesaria para regir el Estado. La lentitud priva a las providencias del Gobierno del mérito de la previsión y la oportunidad, porque la variedad de los tiempos lleva consigo la mudanza de necesidades y deseos*<sup>516</sup>.

Ninguna norma puede ser considerada una mera declaración de intenciones, pero en ningún caso la noción de competencia que recoge el artículo 8 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, estableciendo pautas funcionales que definen un preciso contenido obligacional y sus consecuencias en términos de responsabilidad.

La competencia es irrenunciable y debe ser ejercida por quien la tiene atribuida. Afirmación que cierra todo debate sobre si la competencia es de ejercicio discrecional. La competencia implica obligación de actuar en el momento que se produce el hecho o la circunstancia que determina su ejercicio, fuera de la pasividad o todo cálculo interesado ajeno a lo que el ordenamiento, al diseñar la competencia y atribuirle, espera en términos de atención al interés general. Debate que ya cerró DE LA MORENA al afirmar que *no se debe hablar por ello de competencias de ejercicio discrecional, sino de ejercicio discrecional de las competencias, por cuanto la competencia es, con relación a su ejercicio, imperativa (supuesta la cobertura material necesaria), y sólo con relación a las posibles soluciones en que ese ejercicio*

---

<sup>515</sup> MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L.: "Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades". Op. cit. Pág. 43

<sup>516</sup> COLMEIRO, M.: "Elementos del Derecho Político y Administrativo de España". Imprenta de F. Martínez García. Madrid, 1870. Pág. 122.

*se traduzca, discrecional. Precisamente, al tener que dar por sí mismo la solución en cada caso, el titular del órgano competente pasa a asumir una esencial labor coadyuvante, de integración...*<sup>517</sup>

Por tanto, la competencia faculta para decidir y actuar de manera inmediata generando seguridad y confianza en quien espera la respuesta a sus necesidades a través del ejercicio de aquella, impidiendo esa nefasta impresión que los ciudadanos pueden llegar a tener de despreocupación institucional hacia sus problemas o, al menos, a los problemas reales del ciudadano medio.

A partir de esta constatación el régimen general del principio de competencia nos facilita una serie de condicionantes y exigencias que orientan el proceder de quien tiene que decidir y actuar. Régimen que por elemental y conocido no resulta en ocasiones ni tan sencillo ni tan sabido por lo que es conveniente recordar su caracterización básica a través de lo dispuesto en el precitado artículo 8.1.

A partir de esta caracterización de la competencia administrativa, se identifican importantes elementos de control y, sobre todo, de responsabilidad del titular de aquella. Postura que ya quedó reflejada por GARCÍA DE ENTERRÍA al abordar la reducción de la discrecionalidad hacia el control:

*La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, en fin, la competencia para ejercitarla*<sup>518</sup>.

Así pues, será la competencia la que distribuya la correspondiente responsabilidad de una manera exacta y objetiva. Así por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 6 de junio de 2018 (Rec. 1007/2016) ante un caso de contratación irregular, define claramente la atención jurídica que debe otorgarse al caso, identificando los niveles de responsabilidad:

- La cuestión relativa al abono al contratista de las prestaciones realizadas, bien como responsabilidad extracontractual o contractual o por reconocimiento extrajudicial de créditos en evitación de un enriquecimiento injusto;
- La revisión de oficio del acto nulo o anulable.

---

<sup>517</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: “Los fines de interés público como «causa» y como «limite» de la competencia y como «medio- y «medida» de control jurídicos”. Op. cit. Pág. 218.

<sup>518</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”. Op. cit. Pág. 167 y 168

- La exigencia de responsabilidades disciplinarias al titular del órgano o funcionario responsable que ha procedido a la contratación irregular.

- La exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del expediente de gestión económico-financiero.

Más determinante resulta el Tribunal de Cuentas en lo tocante a la administración del patrimonio público, función prácticamente transversal para los órganos con mayor capacidad de gestión y decisión. Para el superior órgano de control, debe ser considerado administrador del patrimonio público, a efectos de la responsabilidad contable, basta con disponer de la competencia habitante para ejercer un auténtico poder de disposición sobre los bienes o derechos públicos menoscabados, aunque no se haya intervenido de forma directa en la ejecución de los pagos o en la ausencia de ingresos que hayan generado el daño.

Pero sin entrar en minuciosas clasificaciones legales, lo que debe dejarse muy claro es que la competencia es irrenunciable y se ejerce bajo la responsabilidad de quien la tiene atribuida tal y como decíamos prevé el artículo 8 de la citada *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. Responsabilidad que se manifiesta en una primera y fundamental obligación: el deber de conocer la competencia atribuida (asumida) y saberse con la capacidad y aptitud necesaria para ejercerla.

A partir de esta regla, el bloque jurídico-administrativo articula una notable red de previsiones de las que se infiere el inescindible vínculo entre competencia y responsabilidad. Entre otras, podemos destacar por su relevancia en la estructura normativa de la gestión y adopción de decisiones públicas:

- El artículo 36 de la misma *Ley de Régimen Jurídico del Sector Público* respecto a la exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

- Los artículos 176 y siguientes de la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria* sobre responsabilidad por la adopción de resoluciones o realización de actos infringiendo las disposiciones normativas presupuestarias.

- Los artículos 27, 28 y 29 de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* sobre infracciones en materia de conflicto de intereses, gestión económico-presupuestaria e infracciones disciplinarias.

- La Disposición adicional vigésima octava de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público* en lo tocante a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración.

Es evidente que si realizáramos una lectura comparativa de las previsiones apuntadas encontraríamos redundancias y duplicidades como manifestación propia de un periodo de hiperregulación por incumplimiento o incapacidad de hacer rendir adecuadamente el principio de legalidad, pero lo que interesa destacar en este momento es que quien asume la competencia asume la responsabilidad de su ejercicio y todas las consecuencias jurídicas y económicas que se generen en el ámbito objetivo de aquella sin posibilidad de poder desplazar dicha responsabilidad propia, salvo que medie alguno de los supuestos perfectamente tasados de alteración del ejercicio de la competencia.

No es infrecuente, sobre todo a niveles jerárquicos de superior dirección, tratar de realizar ese desplazamiento de responsabilidad hacia subordinados o alegar desconocimiento o falta de preparación.

Conviene recordar en este momento las duras conclusiones del *Primer informe sobre los presuntos casos de fraude, mala gestión y nepotismo en la Comisión Europea* (1999) provocando la dimisión en bloque de toda la Comisión Europea presidida por el luxemburgués Jacques Santer. Consideraciones que, si bien se refieren a un órgano europeo y sus miembros, pueden extenderse sin dificultad (y con plena vigencia pese al tiempo transcurrido) a cualquier alto cargo o autoridad de la Administración al mostrar el verdadero sentido de la competencia y la responsabilidad en los perfiles políticos de la Administración:

*...el Comité ha observado que los Comisarios a veces alegan que desconocían lo que estaba ocurriendo en sus servicios. Sin duda, casos de fraude y corrupción en la Comisión han pasado "desapercibidos" a nivel de los propios Comisarios.*

*Aunque estas afirmaciones, si son sinceras, absolverían claramente a los Comisarios de responsabilidad personal directa por los casos individuales de fraude y corrupción, representan un grave reconocimiento de incumplimiento en otro aspecto. El hecho de que los Comisarios aduzcan ignorancia en relación con problemas que a menudo eran bien conocidos en sus servicios, incluso a nivel de los más altos funcionarios, equivale a admitir una pérdida de control de las autoridades políticas sobre la administración que se supone que dirigen. Esta pérdida de control implica, en principio, una grave responsabilidad, tanto para los Comisarios individualmente como para la Comisión en su conjunto.*

*La responsabilidad de los Comisarios, o la Comisión en su conjunto, no puede ser una idea vaga, una noción falta de realismo en la práctica. Debe ir unida a un ejercicio permanente de "responsabilización". Cada uno debe sentirse responsable de lo que gestiona. A través de los estudios llevados a cabo por el Comité se ha constatado con demasiada frecuencia que el sentido de la responsabilidad se diluye en la cadena jerárquica. Resulta difícil encontrar a alguien que tenga el más mínimo sentimiento de ser responsable. Y sin embargo ese sentimiento de responsabilidad es esencial. Es necesario encontrarlo, en*

*primer lugar, en los Comisarios y en su Colegio. La tentación de vaciar la noción de responsabilidad de todo contenido efectivo es peligrosa. Esta noción constituye la manifestación definitiva de la democracia*<sup>519</sup>.

Estos duros pero acertados revelan, bien a las claras, a los efectos que nos interesan, que la esencia de un Estado democrático y de Derecho es incompatible con la idea de mantener la aparente impersonalidad de la responsabilidad en la Administración por las acciones u omisiones de quienes están al frente de los órganos de superior dirección. Las decisiones públicas no son de las de las Administraciones o las de entidades que correspondan. Hay una realidad personal, identificable, que se esconde en la organización<sup>520</sup>, pero que no puede evitar, si se busca, su evidente responsabilidad y, consecuentemente, exigencia.

En esta línea se observa la acertada línea del Tribunal de Cuentas a quien volvemos a acudir por su autorizada y especializada doctrina, afirmando que la falta de cumplimiento de las obligaciones por otros, cuando no imposibilita las propias, no exime del deber de hacerlas efectivas, pudiendo incurrirse en negligencia grave y por tanto ser declarado responsable, por acción, pero también por omisión al no dar las instrucciones necesarias (en uso de las competencias propias) para evitar actos ilegales o injustificadamente lesivos para el interés general<sup>521</sup>. Esta idea, y prácticamente la totalidad de los argumentos expresados, se muestra bien a las claras en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 490/2019 de 19 de noviembre que cierra, en primera instancia, el conocido como “Caso de los ERE”. Fallo judicial que, junto a no pocos datos y hechos que causan notable alarma y rechazo, suscitando diversas y nefastas reflexiones sobre la adopción y gestión de decisiones públicas, refleja el carácter melifluo, inaprensible, impersonal y, sobre todo, carente de toda responsabilidad, que para algunos gestores públicos tenía el principio de competencia. Al menos en ese caso, y sin perjuicio de lo que en superiores instancias judiciales pueda fallarse, el Estado de Derecho les ha mostrado de manera exacta, la medida de la competencia administrativa y los efectos que se anudan a su ejercicio u omisión de las obligaciones inherentes a ella.

No obstante, lo expuesto, incluso ante resoluciones tan elocuentes como la precitada sentencia, sorprende apreciar que la competencia lejos de ejercerse en los términos expuestos con la exactitud que requiere la obligación general de todo gestor público de sujetarse a la legalidad, parece estar sometida a

---

<sup>519</sup> *Primer informe sobre los presuntos casos de fraude, mala gestión y nepotismo en la Comisión Europea*. Conclusiones segunda y vigésimo quinta.

Informe accesible en [https://www.europarl.europa.eu/experts/report1\\_es.htm](https://www.europarl.europa.eu/experts/report1_es.htm)

<sup>520</sup> En este sentido lo apunta BELTRÁN, M.: “La élite burocrática española”. Colección monografías. Fundación Juan March y Editorial Ariel. Madrid, 1977.

<sup>521</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas, Departamento Primero de Enjuiciamiento 11/2018 de 27 de diciembre. Pág. 98.

las contingencias o circunstancias del momento en que debiera ser ejercida. Podemos decir que la relación virtuosa entre legalidad y competencia se sustituye por la de oportunidad y competencia, haciendo que los objetivos parámetros que la legalidad marca para el ejercicio de la competencia se sustituyan por otros de perfil más subjetivo, difuso o poco identificables para el ciudadano medio, que englobamos bajo ese concepto síntesis de oportunidad.

Pero aún hay más, no sólo se detectan los problemas derivados por la mutación del axioma legalidad-competencia en oportunidad-competencia, hay también que consignar el efecto que ha tenido la irrupción de organizaciones privadas en el desempeño de funciones tradicionalmente asignadas a la Administración como por ejemplo en el ámbito social o de defensa de los derechos de los ciudadanos, con un papel protagonista y una legitimidad muy superior a la de las propias autoridades. En la actualidad la participación de este tipo de organizaciones está completamente asumida y resulta incuestionable, pero eso no nos tiene que hacer olvidar la naturaleza de las funciones que desempeñan y el carácter público de los recursos que, en una gran mayoría, sostienen la estructura necesaria para el cumplimiento de sus objetivos. Se ha trasladado el ejercicio de la competencia, pero en ningún caso la exigencias de control y responsabilidad que la competencia anuda.

### **3.- Control y evaluación de las decisiones públicas: formación, ejecución y desarrollo.**

#### **3.1.- Los sistemas de control y la adopción de decisiones públicas**

En cualquier organización, de mayor o menor entidad, el control supone un elemento fundamental que trata de asegurar el correcto cumplimiento de los fines que le son propios y, por tanto, garantizar su propia supervivencia.

Desde el momento que el desarrollo de la actividad propia de la organización requiere la continua adopción de decisiones, el riesgo del acierto o desacierto de éstas y, por tanto, sus efectos positivos o negativos, requieren el sometimiento a una serie de condicionantes y la presencia de controles específicos.

A estas alturas del trabajo, la importancia de estas consideraciones en el ámbito de la gestión pública ha quedado plenamente justificada, adquiriendo la exigencia de controles específicos una

relevancia superior, había cuenta del valor democrático y jurídico que van a tener los efectos de las decisiones adoptadas.

Como recuerda TAVARES, en la actualidad el control es un principio fundamental del Estado de Derecho<sup>522</sup>.

De nuevo, en esta materia, se vuelven a establecer paralelismos con los sistemas de control de las organizaciones privadas y, esencialmente, la gestión del riesgo empresarial<sup>523</sup>, pero debe reiterarse que pudiendo existir coincidencias de concepto o incluso en objetivos, la importancia y significación de la gestión pública requiere, exige, abordar su sistema de control con una especificidad propia y diferenciada, cuya principal causa viene determinada por la manera en la que se adoptan las decisiones en materia de gestión pública: a través de una burocracia política, en su inmensa mayoría no profesional, cuyos intereses, sean los que sean, pueden llegar a neutralizar e incluso perjudicar, a los generales o propios del bien común.

JIMÉNEZ ASENSIO, con disparo certero, sintetiza en un párrafo la razón de ser del control en la adopción de decisiones públicas.

*Cualquier organización política, gobernada como está por personas, tiende por la naturaleza de las cosas a la concentración de poder. Quien ejerce el poder político en todo tipo de estructura de gobierno pretende hacerlo sin límites y su objetivo muchas veces inconfesable es huir a cualquier tipo de controles o, en su defecto, disimular o reducir sus efectos. Esto ha sido siempre así, desde tiempos inmemoriales<sup>524</sup>.*

Habida cuenta de los muchos desaciertos y malas prácticas que traen su causa en las debilidades o, directamente, ausencia de un adecuado sistema de control en la toma y ejecución de decisiones públicas, no vemos otro medio de mejora que tratar de recordar los elementos fundamentales de un modelo de control público.

En este sentido, la doctrina sobre la materia ha desarrollado un notable capital intelectual formalizado en todo tipo de estudios y trabajos que muestra, sin mayor dificultad, estos elementos y su

---

<sup>522</sup> TAVARES, J.F.: “Atos políticos e atos de administração. Reflexões sobre os critérios de distinção das funções do estado e das demais entidades públicas”. En Estudos em homenagem a Rui Pena. Edições Almedina. Lisboa, 2019. Pág. 553.

<sup>523</sup> Tómese como ejemplo la norma ISO 31000 sobre gestión del riesgo en organizaciones.

<sup>524</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Los frenos del poder (Una introducción al principio de separación de poderes y al control de las instituciones en los sistemas constitucionales)”. Revista Vasca de Administración Pública. Número especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014. Pág. 1753.

proyección en la práctica. Así, tomando nuevamente a IVANEGA<sup>525</sup> como referente doctrinal, asumimos su idea de presentar el control en el ámbito público como un instrumento capaz de ser definido en todas sus manifestaciones pero, a la vez, con posibilidad de establecer dos rasgos caracterizadores:

- El control implica acción. No se puede entender el control por omisión.
- El control requiere la determinación previa del patrón (parámetro) frente al que se va a medir el comportamiento objeto de control.

El quebranto a la confianza y respeto a las instituciones motivado por los casos de malas prácticas y corrupción pública conocidos, han elevado la idea de control en cualquiera de sus variantes a convertirse en una constante de discurso político, académico y profesional vinculado con la gestión pública.

Afirmación que, pese a su sentido positivo y de avance, no deja de tener un cierto matiz amargo ya que la preocupación por el control (como concepto síntesis) se ha desarrollado más como consecuencia que por intención. Esto es, más como consecuencia de la multiplicación de casos en los que se evidenciaba el raquitismo, cuando no la ausencia de todo control apuntada líneas atrás, que por la recta y lógica intención de lo que debe suponer la gestión pública y la adopción de decisiones anudada al oportuno sistema de control.

El control es, valga la expresión, el talismán de la gestión pública y la adopción de decisiones por cuanto pone de manifiesto las debilidades y riesgos de una actividad que ya hemos calificado como de enorme relevancia desde cualquiera de sus perfiles: económicos, jurídicos, políticos y, por supuesto, sociales. Como indica FERNÁNDEZ AJENJO *todos los regímenes políticos se preocupan de vigilar que los administradores públicos no antepongan los intereses personales por encima de los generales. En los regímenes democráticos esta preocupación se convierte en crítica, en tanto que la res publica forma parte inherente a su naturaleza*<sup>526</sup>.

### 3.1.1.- El control interno: prevención y reacción

Como cualquier organización compleja, la Administración Pública dispone en su estructura órganos de control interno, encastrados en la misma actividad de gestión con la finalidad de asegurar el

---

<sup>525</sup> IVANEGA, M.M.: "Gestión pública y control interno". En la obra colectiva dir. ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial", Tomo I. Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2016. Pág. 512.

<sup>526</sup> FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.: "Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude". Revista Internacional Transparencia e Integridad. Nº 9 Enero-Abril 2019. Pág. 3.

cumplimiento de los parámetros de legalidad e integridad del interés general que le son propios a toda actividad pública. A tal fin, con independencia de sus diferentes modalidades y contenido, el control interno avala la actividad que se trate o, en su caso, repara y corrige las desviaciones o irregularidades que puedan ser observadas.

El cumplimiento de los fines propios de la institución que se trate, su integridad y su propia supervivencia (al menos en términos de respeto y credibilidad social) depende, en primer término, de su sistema de control interno y su capacidad para detectar desviaciones, irregularidades, incumplimientos o, simplemente la adopción de decisiones inadecuadas. El control, en cualquiera de sus modalidades, materializa la preceptiva idea de prevención y actuación *ex ante* que está, como tantas veces se ha repetido, en la esencia cualquier práctica desarrollada por una organización pública y que, entre otros textos internacionales, se encargó de poner de manifiesto la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 en su Capítulo II<sup>527</sup>, así como una amplia batería normativa interna a la que más adelante nos referiremos.

En la actualidad no son pocas las propuestas y desarrollos teórico-prácticos que, con notable acierto, abundan en esta idea de prevención a través del establecimiento de distintos sistemas o metodologías que, en definitiva, embridan a la organización y sus sujetos para el mejor y más adecuado cumplimiento de sus fines<sup>528</sup>. Pero el problema del control no es tanto el sistema o modelo elegido ya que, reconociendo en cada uno su evolución y posibles diferencias de capacidad, su efectividad real queda en gran medida modulada por diferentes factores y circunstancias que pueden llegar a lastrar el mejor modelo de control o hacer que un modelo de éxito en una organización o latitud, sea un fracaso en otra.

Factores y circunstancias que no pueden ser tomadas de manera estanca o autónoma ya que, como podrá fácilmente apreciarse, están relacionadas y se retroalimentan unas con otras. A saber:

a) La actitud y proceder de los propios sujetos integrantes de la organización y, particularmente, por quienes tienen las más altas responsabilidades en aquella, esto es, los titulares de sus órganos de superior dirección.

En no pocas ocasiones, el control no se considera con la prioridad e importancia que tiene, incluso puede llegar a ser observado como una incomodidad u obstáculo para una mejor gestión y obtención de resultados.

---

<sup>527</sup> BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, páginas 27132 a 27153.

<sup>528</sup> Vid., entre otros, FOLGUERA FONDEVILA, R. y BAENA GARCÍA, L.: “La función de los sistemas de alerta en la gestión de riesgos para la integridad: ¿prevención o contingencia?”. Revista Internacional Transparencia e Integridad. Nº 9 Enero-Abril 2019.

Percepción del control que también tiene mucho que ver con la aceptación de lo que se entiende por sector público. Cuestión que pese a estar explicada a todos los niveles (doctrinales, jurisprudenciales, de fiscalización...), y ser explicitada normativamente con claridad meridiana, no ha sido posible acabar aún con los irreductibles negacionistas que de una manera u otra tratan de establecerse como una categoría que no integra el concepto de sector público, al menos, desde el punto de vista de someterse a los controles que le son propios. Entre otras, ni la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, como tampoco más tarde la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, estableciendo con claridad su ámbito de aplicación, parecen haber conseguido de manera plena que la pléyade de organismos y entidades integrantes del sector público institucional en cualquier capa administrativa, se ajuste con plenitud a las exigencias derivadas del control interno, por supuesto, en el nivel y exigencia que normativamente resulte preceptivo<sup>529</sup>.

Traiga causa en una débil interiorización de la idea de control o en el mal entendimiento de la rendición en el ámbito institucional del sector público, el hecho cierto es que el control no genera la aceptación y el respeto que la defensa del interés general requiere.

Como siempre, no es fácil elegir el supuesto que puede ilustrar las afirmaciones realizadas y si tomamos como objetivo las debilidades del control interno son muchos, demasiados, los ejemplos. Entre todos, podemos destacar el que se manifiesta en la *Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Cámara de Cuentas de Andalucía, por la que se ordena la publicación del Informe de Fiscalización Horizontal de la gestión de las ayudas de la Junta de Andalucía a las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT), ejercicios 2010 a 2012*<sup>530</sup>, que además de poner de manifiesto graves incidencias y deficiencias, concluía que en toda la cadena de órganos responsables de la evaluación y seguimiento de estas UTEDLT no se había ejercido un control efectivo y fidedigno del trabajo desarrollado ni, consecuentemente, la necesaria evaluación sobre el mismo.

En este caso, que muy bien puede servir de patrón para otros, el perjuicio al interés general ofrece un resultado multiplicado por el descontrol organizativo que se sintetiza en la creación de unas entidades

---

<sup>529</sup> Puede tomarse como ejemplo el *Acuerdo 4/2013, de 27 de junio, del Consejo de Política Fiscal y Financiera sobre la adopción de medidas normativas por parte de las Comunidades Autónomas necesarias para incorporar la obligación de que los órganos de control interno de la gestión económico financiera realicen anualmente actuaciones de control en las entidades no sometidas normativamente a auditoría de cuentas, que permitan verificar la existencia de obligaciones derivadas de gastos realizados o bienes y servicios recibidos para los que no se ha producido su imputación presupuestaria.*

<sup>530</sup> Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 45 de 7 de marzo, 2014.

En puridad estas entidades eran consorcios (corporación de Derecho Público dotada de personalidad jurídica propia) formados por la, en su día, Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos incluidos en el ámbito geográfico de actuación de la entidad que se tratase.

Los consorcios eran financiados anualmente por las subvenciones concedidas por el Servicio Andaluz de Empleo, existiendo también una cofinanciación de los Ayuntamientos consorciados que oscilaba entre el 20% y el 30%, según los casos.

que habrían de desaparecer pocos años después al no alcanzar la finalidad prevista<sup>531</sup> (perdiendo los recursos públicos invertidos en su puesta en marcha y desarrollo) y el elevado coste de la integración de sus trabajadores en la plantilla de empleados públicos de la Administración matriz<sup>532</sup>.

Lo expuesto no se contradice con ese esfuerzo por evidenciar un interés casi obsesivo en implementar nuevos y más eficaces sistemas de control que, bien analizados, son en gran medida el resultado de un esfuerzo semántico barnizado de modernidad cronológica, para presentar como nuevo o distinto lo que desde décadas está presente en el marco de la gestión pública a través de las reglas de actuación administrativa.

Tal vez llegue el día en que al Interventor se le denomine *Compliance Officer* de la Administración, pero eso no es más que una cuestión semántica (desafortunada si llegara a suceder) que no afecta a lo que ha sido el órgano interventor de una Administración y el desempeño de la función interventora (como función hasta la fecha reservada por mandato legal<sup>533</sup>) en orden al control interno de la actividad económico- financiera del sector público que se trate.

No obstante, todo sea bienvenido si con ello se contribuye, de una manera u otra, a alcanzar mejores resultados en el ámbito del control relativo a la gestión y toma de decisiones públicas.

b) La débil cultura de fiscalización y control con la que se cuente en el ámbito público y, por extensión, en la propia sociedad.

---

<sup>531</sup> Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 27 de julio de 2010 (BOJA de 28 de julio de 2010), impulsado de nuevo por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Andalucía de 12 de febrero, 2019. <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoformacionytrabajoautonomo/actualidad/noticias/detalle/204298.html>

<sup>532</sup> Considerando el elevado número de Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico, tómesese como referencia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 18 de julio, 2014 (Rec. 257/2013) de la que pueden extraerse algunos detalles importantes que muestran la cadena de incorrectas decisiones adoptadas y el menoscabo al interés general.

- Desviación de poder para evitar la integración de los trabajadores en el Servicio Andaluz de Empleo, incumpliendo lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 1/2011 de 17 de febrero, sobre reordenación del sector público de Andalucía que, bajo el título "Adaptación del Servicio Andaluz de Empleo" preveía: que el Servicio Andaluz de Empleo quedaría subrogado en todas las relaciones jurídicas ... del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción.

- Fraude evidenciado por el inexplicable rechazo por la autoridad administrativa a acordar la disolución de las entidades descentralizadas, lo cual habría evitado el coste en indemnizaciones.

- Confirmación del fraude por la decisión adoptada por la autoridad provincial en materia de empleo y de forma simultánea por todas las entidades, y el hecho que la Junta de Andalucía concediese una subvención excepcional para el pago de las indemnizaciones.

<sup>533</sup> Artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local sobre funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

En este sentido, esta cultura o conciencia de la fiscalización y el control viene directamente determinada por el coeficiente cívico de la ciudadanía que se espeja en los gestores públicos, teniendo dos posibles efectos que pueden ser observados de forma paralela.

Por un lado, el poco aprecio a la propia idea del control o fiscalización, olvidando que la idea de gestión pública o gobierno, en un entorno democrático, sólo se puede entender desde la perspectiva del control de la actividad. Afirmación parcialmente cierta ya que el axioma representado por la suma de control y democracia se conoce y exige para el rival político con responsabilidades de gobierno, pero de inmediato se cae en la amnesia cuando en el juego de la alternancia política cambia la situación.

Sólo desde el escaso aprecio al control puede comprenderse que, a día de hoy, pese a lo mucho que se ha avanzado en materia de transparencia y se puedan conocer con facilidad presupuestos y actos de gasto, subsista la una relativa cultura del secreto en lo tocante a los efectos económicos de las decisiones públicas debe terminar. La vertiente económica de las decisiones y su proyección temporal a largo plazo (como se analizó en el capítulo 3) no se puede abordar ni esconder debajo de las alfombras de las instituciones públicas, debiendo existir mayor control y evaluación de resultados que permita corregir y mejorar las decisiones de trascendencia económica, sin heredar periodo tras periodo respuestas inadecuadas o procedimientos de decisión que más que procedimientos, son malas mañas.

Por otro lado, todavía la conciencia cívica admite que con dinero público se sigan realizando gastos de más que dudosa utilidad o beneficio para el interés general, Y ello por estar en el acervo cultural de los ciudadanos.

En la actualidad nos puede parecer impropio realizar gasto público en comidas de Navidad y aguinaldos, lo cual hasta no hace mucho no tenía ningún reproche por el Tribunal de Cuentas<sup>534</sup>, pero no podemos descartar que existan otros gastos cuyo positivo efecto para el interés general puede ser, cuando menos, cuestionable desde la perspectiva de contribución al buen fin de los servicios públicos y la optimización de los recursos públicos en orden a asegurar la sostenibilidad del sistema democrático, social y de Derecho a largo plazo.

---

<sup>534</sup> Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 13/1012 de 19 de julio.

El fallo estima el recurso de apelación presentado contra la Sentencia de 2 de noviembre de 2010, recaída en el procedimiento de reintegro por alcance del ramo de Entidades Locales, declarando la responsabilidad contable de cargos electos municipales y obligación de reintegro. Entre los gastos enjuiciados, se encontraba el abono de 12,853,05 € en concepto de Cena de Navidad y aguinaldo para 250 personas.

La Sala de instancia consideró dicho pago una salida indebida de fondos municipales ya que no se expresó ni el motivo, ni el colectivo que se pudo beneficiar como consecuencia de dicho pago.

Para la Sala de Justicia no se apreció la concurrencia de alcance en los caudales del Ayuntamiento como consecuencia del pago realizado en concepto de cena de Navidad ya que a través de la prueba documental aportada quedaba acreditado que dicho pago estaba previsto en el presupuesto municipal y que se aplicó a la finalidad presupuestariamente asignada (cena de Navidad y aguinaldo), por lo que contaba con la justificación formal y material suficiente respecto a su cuantía y destino.

c) La complejidad de la actividad pública caracterizada por su carácter plural y la necesidad de hacer compatibles exigencias formales con variables como el tiempo, o la presencia de condicionantes económicos, políticos, sociales etc de carácter cambiante, con una atención regular, continua e inexcusable al interés general (cuando no inmediata) materializado en diferentes modalidades de un ámbito, como decimos, multisectorial.

Considerando estos factores de debilidad, podemos tratar de sistematizar, aunque sea brevemente, en dos grandes grupos, los sistemas de control interno que actualmente podemos identificar.

A saber:

En primer lugar, los controles internos propios del marco jurídico-administrativo al que debe ajustarse la gestión pública y la toma de decisiones.

En este sentido, la formalización de las decisiones a través de un *iter* procedimental, supone por sí mismo un magnífico sistema de control tal y como se ha podido estudiar al abordar la capacidad administrativa y la técnica.

Precisamente, en este campo, los esfuerzos del legislador en el bloque normativo jurídico-administrativo han sido muy significativos y de enorme impacto tal y como puede apreciarse en las principales normas constitutivas de la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, reforzadas en los últimos años por las reglas en materia de estabilidad presupuestaria.

Es más, las propias normas del bloque jurídico-administrativo regulan diferentes aspectos del concepto síntesis de control que FERNÁNDEZ AJENJO<sup>535</sup> se encarga de sistematizar de manera muy clara en función de su grado de intensidad:

- Asesoramiento, a través de una función consultiva expresada en dictámenes no vinculantes pero con una gran autoridad técnica, en relación con la gestión y toma de decisiones públicas.

- Evaluación, a la que nos referiremos específicamente en el siguiente epígrafe, suponiendo la cuantificación del grado de ejecución de las políticas públicas mediante informes de evaluación o auditorías operativas.

- Intervención, como esencial control de la actividad administrativa de contenido o naturaleza económica.

---

<sup>535</sup> FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.: "Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude". Op. Cit. Pág. 4.

- Fiscalización, informando de la regularidad normativa (jurídica, económica o técnica) de los actos administrativos.

- Inspección, aportando información y datos más allá de la apariencia de los actos y comportamientos.

- Enjuiciamiento, revisando y, en su caso, sancionando, los actos desarrollados por los órganos o sujetos actuantes.

A la vista de estas funciones públicas, que implican una investidura cualificada del correspondiente órgano de control y sus agentes, abarcando un espectro prácticamente integral del actuar público en la gestión y toma de decisiones, se muestra un sistema de control que debería llegar a tamizar de manera muy eficiente los comportamientos o actuaciones lesivas para el interés general. Es más, se muestra un sistema de control capilarizado en toda la estructura administrativa de tal forma que, con independencia de la atribución, en sentido estricto, de una competencia específica de control y, por tanto, una responsabilidad propia en la materia, todo servidor público en el desempeño de su función desarrolla una importante capacidad para verificar la corrección del proceder administrativo y, consecuentemente ejercer un adecuado control sobre su área de competencia.

En segundo lugar, pese a resultar evidente que el bloque jurídico administrativo diseña un contrastado sistema de control, los factores de debilidad apuntados líneas atrás junto a los supuestos de desacierto e irregularidades, han llegado a generar una cierta sensación de fracaso en el trazado normativo clásico del control interno, abriendo un espacio de necesidad que es colmado por sistemas de control importados. Y es en este punto en el que nuevamente cabe preguntarse si realmente se requieren otros sistemas de control o se trata, más bien, de cumplir con una finalidad de lanzamiento de imagen que trata de camuflar un fracaso generalizado no por la norma o el instrumento de control, sino por su inadecuada utilización o, es posible, la inacción que, como ya expusimos, es incompatible con la idea de control. El control requiere acción, voluntad de ejercerlo y no queda muy claro el papel de los nuevos sistemas de control interno si no se actúa sobre quienes deben ejercerlos.

A mayor abundamiento, el peligro o la cautela que el observador puede apreciar ante el fenómeno de la importación de sistemas de control, unos preceptivos, otros potestativos, es la estratificación de controles sobre controles que puede llegar a conducir a una patología de descontrol.

Puede tomarse como muestra de lo expuesto la reciente extensión del *compliance* privado hacia el sector público. Por supuesto nadie duda de las ventajas que puede tener el *compliance* en su modalidad pública y que, sin duda, puede resultar más atractiva la presentación de un programa de *compliance público*, que abordar el estudio y aplicación del Título VI de la Ley 47/2003 General Presupuestaria sobre control de la gestión económico-financiera efectuado por la Intervención General de la Administración

del Estado, o analizar el cumplimiento de la normativa prevista en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales sobre inventario y registro. Pero, al igual que establecimos en su momento pasarelas del sistema jurídico-administrativo hacia los modelos de calidad, identificando condicionantes y exigencias de Derecho Administrativo que cumplimentaban los patrones de aquellos modelos, es posible hacer este pequeño esfuerzo con el *compliance público*. Desde esta aproximación se puede apreciar que, sin desmerecer sus bondades, a un operador familiarizado con el Derecho Administrativo, no le resultará sencillo identificar de manera tan nítida el efecto que, sin apenas discusión, se le atribuye al *compliance* para recuperar las cotas de integridad y ejemplaridad pública perdidas, considerando que esa pérdida de reputación se ha producido por la inaplicar adecuadamente normas que desde el Derecho Público tiene por objetivo garantizar y mejorar el interés general llevando como efecto la credibilidad y legitimidad de los ciudadanos.

Precisamente, de esa inadecuada aplicación normativa surge de manera razonable y acertada el argumentario del discurso de quienes promueven la incorporación de los sistemas de *compliance* al ámbito público. Argumentos sobradamente conocidos:

- La relativa ineficacia de los controles del sistema jurídico-administrativo que no ha podido prevenir muchos de los casos de malas prácticas y corrupción, como tampoco han alcanzado su objetivo de salvaguardar la integridad del interés general con decisiones acertadas.

- La incapacidad para reaccionar adecuadamente ante los incumplimientos perdiendo la capacidad preventiva de la disuasión sancionadora.

- La creación, a veces con cierto desorden, de distintos órganos de control con competencias y ámbitos de actuación redundantes o, cuando menos, cercanas que lejos de ampliar el espectro de eficacia en el control, pueden llegar a generar mayor confusión<sup>536</sup>.

Todo ello olvidando, como decíamos línea atrás, la capacidad intrínseca de todo órgano integrante de la Administración de verificar la corrección de la actividad administrativa integrando una sólida cadena de cumplimiento y control.

---

<sup>536</sup> Puede tomarse como ejemplo la *Ley Valenciana 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalidad y su sector público instrumental*, en la que a lo largo de su texto y, particularmente, entre los artículos 12 a 16 se pueden llegar a listar los siguientes órganos que representan un notable y esforzado ejemplo de coordinación y ajuste competencial:

- Inspección General de Servicios
- Comisión Interdepartamental para la Prevención de Irregularidades y Malas Prácticas
- Intervención General de la Generalidad Valenciana
- Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana
- Oficina de Control de Conflictos de Intereses
- Sindicatura de Cuentas
- Tribunal de Cuentas

Pero estos problemas, como hemos anticipado y debemos reiterar, no traen causa en las normas que ordenaban y regulaban el sistema de control interno. Como tampoco esa fue la causa en el pasado. El problema fundamental se identifica en quienes asumen la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir esas normas en un entorno de integridad basado en el cumplimiento. Al final todo conduce a realizar una conjugación o juego de palabras con el verbo cumplir. Y no olvidemos que el cumplimiento, utilicemos el anglicismo *compliance* o mejor nos quedemos en los conceptos de conformidad, adecuación u obediencia, son las premisas fundamentales del principio de sujeción general de la actividad administrativa con la legalidad que la Constitución y las grandes normas maestras del sistema, se encargan de recordar hasta el cansancio. Siendo nuevamente insistentes, debemos recordar que el cumplimiento lo exigen las personas, el control requiere la acción de quien lo debe ejercer, de tal forma que sin ese impulso todo sistema se volverá ineficaz.

Claramente puede apreciarse en un simple muestreo del bloque normativo jurídico administrativo del que podemos destacar, entre otras normas, el *Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local*, o en la *Ley Valenciana 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalidad y su sector público instrumental*. Normas que destacamos por su cierta proximidad con los entornos de los sistemas de *compliance* evidenciando que más allá del sistema en sí, del protocolo establecido, o la planificación realizada, en ningún caso pueden prescindir para su efectividad y rendimiento, del concurso de una voluntad de cumplimiento y exigencia por parte de todos y cada uno de los responsables públicos involucrados en función de su competencia.

Resulte ser Interventor o sea *Compliance Officer*, el titular del órgano debe estar dispuesto a ejercer con exactitud su competencia y ser consciente que toda la actividad pública por sí misma implica un riesgo ya que allí donde esté involucrado el interés general, sea en la contratación de una gran obra pública, la selección de personal, el otorgamiento de una autorización o la realización de cualquier otra actuación más modesta o limitada desde una perspectiva de impacto jurídico y económico, merece del operador público (técnico o político) una tención prudente y respetuosa que tiene su principal manifestación en el cumplimiento del principio de legalidad. Sólo desde esta conciencia de la importancia del interés general y el convencimiento de que no hay riesgo desdeñable en el ámbito de la actividad administrativa, podrá identificarse un eficaz sistema de control interno asentado en el cumplimiento.

### 3.1.2.- El control externo: capacidad y credibilidad

En no pocas ocasiones, los debates teóricos o doctrinales sobre la naturaleza o carácter de las funciones a desarrollar por un concreto órgano, han hecho perder efectividad a las funciones del órgano en cuestión o dilatar el tiempo de reacción y actuación de este, con grave perjuicio para el interés general. Y es que, en no pocas ocasiones parece olvidarse que el debate científico y el estudio, siendo necesarios y positivos, tampoco deberían perder la perspectiva de lo que implica la dinámica de la actividad pública que, obviamente, no entra nunca en “tiempo muerto”. Mientras los estudiosos y representantes de los órganos de control externo se esfuerzan en profundos debates y reuniones para tratar de establecer la metodología de control más adecuada, llegando incluso a utilizar disciplinas complejas como la estadística o la teoría matemática<sup>537</sup> capaces de aportar referencias que incrementen su efectividad en la detección de situaciones de malas prácticas o de corrupción pública, la actividad administrativa, incluida la de los mismos órganos, sigue desarrollándose sin alterar su dinámica, con ciertos pero también con errores que causan daños al interés general.

Esta inicial y muy general reflexión, resulta especialmente indicada si se analiza la trayectoria recorrida por los órganos de control externo y su posicionamiento en relación con la gestión y adopción de decisiones públicas. Sobre esta cuestión, podemos sintetizar dos grandes posiciones:

Por un lado, aquella que representa una postura más determinante en lo tocante al control de la actividad pública (gestión y toma de decisiones), con mayor capacidad para el enjuiciamiento y consecuente mayor capacidad de reacción frente a las conductas infractoras o desviadas que se pudieran haber detectado en el desempeño de sus funciones.

Por otro lado, el control de la actividad pública, asentado en la identificación y puesta de manifiesto de las irregularidades y debilidades detectadas a través de la función fiscalizadora, planteando recomendaciones para su proscripción o mejora de la actividad.

En ambos planteamientos, pero particularmente, en el segundo donde se puede apreciar una función fiscalizadora de menor intensidad sancionadora, la autoridad por prestigio y la independencia del órgano de control externo determinan en gran medida la efectividad de su relevante función de control. Así se expuso tempranamente en la denominada Declaración de Lima hace ya más de cuarenta años, consagrando el principio de independencia, así como el principio de profesionalidad de las Entidades Fiscalizadoras Superiores<sup>538</sup>, cuando ni podía imaginarse los críticos escenarios que habrían de conocerse y padecerse en muchos países en relación a la gestión pública y la toma de decisiones.

---

<sup>537</sup> Pensemos en la utilización de la matemática Ley de Benford como herramienta de minería de datos para la detección del fraude.

<sup>538</sup> Vid. el documento elaborado por la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (<http://www.intosai.org>), sobre el 40 aniversario de la Declaración de Lima.

Precisamente, la situación de grave menoscabo al interés general y su continuidad en el tiempo, aboca a reconducir este tipo de planteamientos a una única postura: determinación desde la profesionalidad por cuanto la autoridad y el prestigio, por supuesto, es otorgada por la formación, el prestigio profesional y la independencia en el desempeño de la función fiscalizadora, pero también, y muy especialmente a través de la determinación frente a conductas infractoras.

Plantear recomendaciones y modelos de control, sin duda, tiene su importancia y efectos, pero las condenas a reintegrar fondos públicos, cuando se dictan, llegan a ejercer un efecto ejemplificador y por tanto preventivo de primer orden. Cuando un Alcalde o un técnico municipal es obligado al reintegro de los importes por los que se les han condenado como responsables contables directos, y estos importes pueden llegar a alcanzar cifras millonarias, la inclinación de cualquier servidor público es, inevitablemente, reflexionar sobre su trabajo y la manera en la que lo desarrolla.

Infelizmente, mermando la capacidad de los órganos de control externo, los principios de independencia y profesionalidad se han visto inevitablemente afectados por la captura política de los integrantes de aquellos a través, esencialmente, del sistema de nombramientos por reparto o cuota en detrimento o con grave menoscabo del sistema de mérito y capacidad. Sólo desde esta perspectiva se puede llegar a entender que, en el control externo, los giros de 180 grados sean posibles, modulando la determinación a la que antes nos referíamos.

Y ello, sin perjuicio de los nada elogiables comportamientos internos de algunos órganos respecto a su organización y funcionamiento interno tal cual se ha podido conocer a través del control jurisdiccional de sus actos.

El resultado ha sido una relativa imagen de falta de efectividad, de ausencia resultados en materia de control real (más allá del empleo político de algunos informes y datos concretos) y, peor aún, la aparición de sombras de duda sobre el alcance y consecuencias de las funciones de control y fiscalización. Sombras cada vez más despejadas a través de la obtención de buenos resultados, tal y como debe ser, pero ahí están los sedimentos pegajosos de hechos pasados al alcance y la vista de cualquier interesado que quiera formarse su propia opinión. Hechos que muestran la constatada tibieza o incluso inhibición de algunos órganos de control externo, tal vez más preocupados por su comodidad y neutral posicionamiento frente a los que los nombraron, que por ejercer de manera firme, rigurosa, profesional e independiente sus funciones, sabiendo la importancia de éstas para la defensa del interés general.

No obstante, debe reiterarse, sería injusto la generalización y no reconocer resultados reales, sobre todo en la última década en la que los órganos de control externo han tratado de recuperar parte del prestigio perdido, nuevamente más como consecuencia o necesidad, habida cuenta del entorno de crisis económica y de credibilidad institucional que conllevó en sus peores momentos a cuestionar su propia existencia (baste pensar en el cuestionamiento de los órganos de control externo autonómicos).

Pero si en el desempeño son indudables los avances y la efectividad, la parcelación de las funciones de control y fiscalización, con la creación de otras entidades o agencias especializadas en materia de control externo motivadas por las patologías de corrupción surgidas o conocidas desde la última década del siglo pasado, desde nuestro punto de vista, lejos de favorecer el sistema de control lo han complicado con auténticas duplicidades y solapamientos.

Es evidente que la creación de entidades o agencias especializadas en el control de actos de corrupción o actuaciones públicas de significada trascendencia económica como la contratación, han contribuido y contribuyen al control de la gestión y las decisiones públicas, mereciendo todo reconocimiento. Sin embargo, anudado a la anterior reflexión sobre el papel desarrollado por los órganos de control externo, llamémosles tradicionales y sin perjuicio que, en algunos casos, se ha realizado una ampliación de competencias a estos órganos ya creados<sup>539</sup>, cabría preguntarse si estas nuevas entidades y agencias de control<sup>540</sup> habrían gozado del mismo interés y oportunidad para su creación si estos órganos

---

<sup>539</sup> Como, por ejemplo la Sección de Prevención de la Corrupción del Consejo de Cuentas de Galicia según el artículo 6 de la Ley 6/1985, modificado por la Ley 8/2015, de 7 de agosto, atribuyendo al precitado Consejo competencias específicas en materia de prevención de la corrupción en el ámbito del sector público autonómico de la Comunidad de Galicia.

Igualmente, puede contemplarse una ampliación de funciones en materia de control, en la Inspección General de Servicios de Castilla y León, a quien se encomienda la realización de actuaciones ante las denuncias que reciban sobre el funcionamiento de los servicios y sobre la actuación del personal dependiente de los mismos según el artículo 9 del Decreto 13/2009 del Decreto 13/2009, de 5 de febrero, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Inspección General de Servicios de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, además de la custodia y gestión del Registro de Intereses de los Miembros de la Junta de Castilla y León y de otros Cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma, en los términos de Decreto 3/1991, de 17 de enero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Intereses de Altos Cargos.

Mención aparte merece el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (Disposición Adicional Vigésimoquinta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y que pese a estar orgánicamente integrado en la Intervención General del Estado, sus perfiles de organización y funcionamiento son homologables a los de una agencia independiente.

<sup>540</sup> Cronológicamente:

- Oficina Antifraude de Cataluña, creada por la Ley 14/2008, del 5 de noviembre.
- Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares, creada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre.
- Agencia de Integridad y Ética Pública de Aragón, creada por la Ley 5/2017, de 1 de junio.
- Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, creada por la Ley 11/2016, de 20 de noviembre, de la Generalidad, modificada por la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalidad.
- Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, creada por la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo.coo

de control externo, junto a los propios de naturaleza interna, hubieran sido más eficaces en el desempeño de sus funciones de control en cada uno de sus ámbitos de competencia. Sin duda, la respuesta es negativa, no habría hecho falta crear nuevas estructuras ni disponer recursos adicionales para responder a necesidades correctamente atendidas, en este caso en materia de control.

Todo ello sin entrar a considerar el nacimiento de oficinas antifraude por pura motivación política como soluciones meramente cosméticas tal cual las define FERNÁNDEZ AJENJO<sup>541</sup>.

Y es que, a mayor abundamiento, si se analizan las funciones y competencias de estas entidades y agencias establecidas en sus normas de creación y, particularmente sus dictámenes e informes, se observa una fina línea de división, cuando no solapamiento, con las atribuciones propias de los que ya hemos denominado órganos tradicionales de control externo y, en ciertas materias o campos, con los internos de la organización pública. Lo cual, desde el punto de vista de una correcta aplicación de principios de organización administrativa proscribiendo, por ejemplo, las duplicidades, pudiera resultar algo cuestionable. Pero el escenario ha resultado tan crítico y la sensibilidad con la corrupción tan elevada, que sólo se atiende a la finalidad sin mayor objeción o cuestionamiento, aunque eso no debería evitar la reflexión sobre la etiología del hiperdesarrollo de las estructuras control externo.

### **3.2.- Evaluación y rendimiento de las decisiones públicas**

La dinámica de mejora que debe asociarse a cualquier modalidad de gestión, mucho más habría que decir si es pública, implica recopilar, sistematizar y analizar los datos necesarios que permitan establecer el nivel de cumplimiento de los objetivos marcados. De esta manera se puede disponer de una información cierta y útil que ayude a la adopción de decisiones futuras.

Esta idea ha sido captada en el ámbito público con especial énfasis en los últimos tiempos habida cuenta de una realidad que se muestra problemática, como bien se sabe a las alturas de este trabajo, por la absorción de recursos públicos sin ningún tipo de rendimiento y la generalizada impresión social de mala gestión pública. Por tanto, se apuntan las dos proyecciones de la evaluación de decisiones públicas:

- Proyección como metodología para la mejora del proceso de toma de decisiones y, por tanto, de la gestión pública.

- Proyección política, como instrumento dirigido a incrementar el perfil democrático del sistema a través de un mejor conocimiento del alcance/resultado de las decisiones públicas que permita trasladar a los ciudadanos su racionalidad y la utilidad social alcanzada.

---

<sup>541</sup> FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.: *"Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude"*. Op. Cit. Pág. 8.

Avanzando un poco más, pese a la importancia que se ha otorgado al efecto de los procesos de evaluación sobre los aspectos económicos de las decisiones públicas, no puede desconocerse que su contribución a la idoneidad de las decisiones no queda limitada a esta perspectiva. La evaluación contribuye de manera determinante a que los vectores fundamentales de la gobernanza tengan una adecuada e intensa proyección.

Según lo expuesto en la XI Conferencia Bienal Internacional de Evaluación de Políticas Públicas, *la evaluación es una herramienta clave para la mejora continua de las políticas públicas, facilita la adopción de estrategias con orientación a resultados e impactos y ayuda a optimizar los procesos de toma de decisiones. En el momento actual de exigencia de la sociedad civil de soluciones públicas más eficaces, eficientes e innovadoras la evaluación se sitúa como el canal más idóneo para dar respuesta a estas demandas. Además, la evaluación contribuye a impulsar en mayor medida la transparencia, la rendición de cuentas, la participación ciudadana y la nueva gobernanza*<sup>542</sup>.

Evaluación de la gobernanza y mejora de la capacidad administrativa que supone, como ya se puso de manifiesto al abordar el binomio técnica y competitividad institucional, un factor esencial para el desarrollo económico. Es más, como se afirmaba en uno de los muy solventes documentos que la malograda Agencia de Evaluación y de la Calidad pudo llegar a elaborar, los principios del buen gobierno, pueden ser considerados macro-criterios de valor en la evaluación de decisiones (políticas) públicas<sup>543</sup>. El planteamiento de la Agencia respecto a esta cuestión sintetiza con claridad la manera más correcta de encarar la evaluación de las decisiones (políticas) públicas:

*Desde esa perspectiva una política pública podría tener buenos resultados respecto a sus objetivos pero incumplir el principio de apertura los ciudadanos o presentar una baja legitimación social. La participación aparece ligada a la valoración de calidad, la pertenencia y la eficacia de las políticas públicas. Por otra parte, más allá de la economía contable sigue existiendo poca cultura de la responsabilidad de*

---

<sup>542</sup> Presentación de la XI Conferencia Bienal Internacional de Evaluación de Políticas Públicas. Disponible en <https://conferenciaevaluacion.com/> a fecha 27 de septiembre, 2020.

<sup>543</sup> El estudio realizado por la Agencia de Evaluación y de la Calidad toma como referencia los principios de buen gobierno identificados en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea (Comunicación de la Comisión 428, de 25 de julio de 2001):

- Apertura
- Participación
- Responsabilidad
- Eficacia
- Coherencia

Principios que hoy podemos considerar integrados plenamente en el bloque jurídico administrativo, lo cual nos conduce a afirmar que el cumplimiento de la legalidad supone por sí mismo un punto de partida fundamental para la evaluación de cualquier acción pública.

Fundamentos de evaluación de políticas públicas. Guías de la Agencia de Evaluación y Calidad. Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. Madrid, 2010. Pág. 17

las organizaciones públicas. La eficacia resulta un criterio más común, pero puede correr el peligro de limitarse a una aplicación gestora que no incluya la eficacia social.

En síntesis:

*La evaluación de políticas públicas apunta a un nuevo tipo de control político-democrático en consonancia con los principios de la nueva gobernanza*<sup>544</sup>.

Pero no se descubre nada nuevo al incorporar la evaluación de las decisiones públicas como una destacada fase en el proceso de acierto en la gestión pública. La preocupación por encontrar métodos para analizar y valorar los resultados de las decisiones públicas adoptadas (bien en políticas, programas o acciones concretas) ha estado presente en la historia de los estudios sobre la Administración Pública<sup>545</sup>. Sin embargo, de manera más reciente y notoria, esta preocupación por la evaluación de las decisiones públicas se ha recuperado con intensidad habida cuenta de los factores que se han ido exponiendo a lo largo de estas líneas, determinando el momento que actualmente vivimos y que, aún a riesgo de ser excesivamente reiterativos, debemos recordar:

- Desafección ciudadana en las instituciones y falta de legitimidad.
- Crisis económica y constatación del muy limitado carácter de los recursos públicos, con un uso manifiestamente mejorable.

Y es que, mientras en el ámbito privado la evaluación de las acciones empresariales y la medición del rendimiento se ha desarrollado notablemente hasta adquirir el protagonismo que actualmente se conoce en dicho sector, en el ámbito público, pese a esa temprana preocupación, el desarrollo no ha sido el mismo, llegando nuevamente a importar propuestas y sistemas nacidos en el sector privado sobre la base esencial de la medición de resultados a través de la venta y comercialización de sus bienes y servicios a los clientes. Fundamento evaluador válido para el sector privado pero con dificultades para implementarlo el sector público, por cuanto la contribución en términos de valor público de una decisión pública no es evaluable en términos de cuenta de resultados al incorporar aspectos ajenos a la lógica del mercantilismo privado como el rendimiento social o los ya comentados principios definidores de la gobernanza pública.

---

<sup>544</sup> Fundamentos de evaluación de políticas públicas. Guías de la Agencia de Evaluación y Calidad. Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. Madrid, 2010. Pág. 18.

<sup>545</sup> Baste revisar los trabajos de autores, principalmente norteamericanos, como KEY, LEWIS, SCHICK WILDAVSKY tomando como objeto de investigación la elaboración y ejecución del presupuesto federal con el fin de lograr el mayor rendimiento posible.

Estos trabajos pueden consultarse en la obra SHAFRITZ J. M. y HYDE A.C.: "Clásicos de la Administración Pública". Trad. María Antonia Neira Bigorra. Estudio introductorio de MARTINEZ SILVA, M. Serie Nuevas Lecturas de Política y Gobierno. Fondo de Cultura Económica, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública y Universidad Autónoma de Campeche. México, 1999

Sea como sea, poco a poco, más a golpe de necesidad que por convicción, se ha ido incorporando a la gestión pública la idea de analizar y valorar sus resultados, evolucionando desde unos primeros enfoques meramente objetivos y cuantitativos, a un sistema de valoración integrado por criterios cualitativos con la finalidad de analizar y mejorar la calidad de las decisiones adoptadas en términos de rendimiento social o cumplimiento de los fines y objetivos propios de la Administración que se trate. Y ello debido a que la evaluación meramente objetiva y cuantitativa presentaba importantes debilidades en orden a confirmar el acierto de las decisiones adoptadas sobre todo en lo tocante a la verificación del valor público (social) producido por la inversión<sup>546</sup>.

No son pocos los beneficios de la evaluación de las decisiones públicas que han sido destacados por la doctrina o los diferentes modelos que toman como referencia la gestión por resultados:

- Mejor rendición de cuentas y, consecuentemente, mayor transparencia en la toma de decisiones, aportando contenido a la credibilidad del sistema democrático.

- Generar mayor confianza y credibilidad frente a los ciudadanos y, consecuentemente, fortalecer la calidad de la cláusula constitucional del Estado Democrático mediante una mayor comprensión de la actividad pública a través de aspectos predefinidos que el propio sistema de evaluación exige y sobre los cuales va a desarrollarse dicha actividad evaluadora.

- Verificación del cumplimiento de objetivos o compromisos con los ciudadanos y, en general, con las concreciones en la atención y garantía del interés general.. En este sentido, la evaluación actúa como una herramienta de gestión de control y supervisión en el aseguramiento de los precitados objetivos.

- Disponer de mejores indicadores para priorizar la asignación de recursos en futuras decisiones, reorientando el gasto público hacia actuaciones con mayor impacto o rendimiento social. De esta manera, se ayuda a reducir la incertidumbre en futuras decisiones sobre temas idénticos o similares por cuanto la capacidad de decisión se ejerce de manera más responsable y eficaz.

- Utilizar una información real sobre el área de actividad que se trate, incorporándola dinámicamente a la gestión pública. Se trata, sin duda, de una auténtica labor de inteligencia en la adopción de decisiones al generar conocimiento para comprender el mayor o menor rendimiento o logro de objetivos de una actuación pública, corrigiendo las debilidades o puntos críticos, pero también fortaleciendo los aciertos.

---

<sup>546</sup> Uno de los mejores ejemplos de esta evolución es posible encontrarlo en la evolución de los fondos estructurales y de inversión en el ámbito de la política de la política de cohesión económica, social y territorial que, en el caso de España, han sido fundamentales para su desarrollo en dichos campos. A través de las programaciones plurianuales, puede observarse el desarrollo de unos sistema de evaluación que han pasado de tener una escasa repercusión a establecer sistemas que tratan de asegurar la máxima eficacia de dichos fondos y el éxito de la referida política de cohesión.

A mayor abundamiento, resultando muy interesante por la perspectiva histórica que facilita, puede consultarse el trabajo de DÍEZ LÓPEZ, M.A. e IZQUIERDO RAMÍREZ, B.: "La evaluación de los fondos estructurales de la Unión Europea; revisión y balance". *Ekonomiaz* nº60, Vol. II. 3er. cuatrimestre, 2005.

En síntesis, la evaluación concretada en los correspondientes informes supone, más que una actividad, una herramienta de gran utilidad estratégica para los responsables públicos en orden a adoptar, de manera transparente, decisiones informadas con mayores posibilidades de acierto. Incluso, destilando aún más la idea, puede afirmarse que la evaluación, bien sentida, entendida y aplicada, supone una valiosa herramienta de aprendizaje para la mejora en la toma de decisiones.

Queda entonces claro, que se observa un escenario en el que la evaluación se presenta como una permanente inquietud para la práctica totalidad de los gobiernos, anudada a una modalidad más actualizada de gestión pública y, por tanto, conducente a una mayor legitimidad y credibilidad frente a los ciudadanos.

Tomando como punto de partida que toda decisión pública se ubica dentro de los parámetros propios de la gobernanza pública expresada en el respeto a la legalidad actuando como un primer tamiz evaluador de obligada referencia, son muchos los modelos de evaluación de decisiones públicas, en su mayoría procedentes del sector privado a los que se le han incorporado pequeñas modificaciones o adecuaciones al ámbito público. Pero dentro de esta variedad, es posible identificar unos parámetros básicos que pueden resultar pertinentes mostrar el mayor o menor acierto de una decisión pública en el ciclo convencional integrado por los actos de adopción e implementación. Aspectos, podrían definirse como estratégicos, que contribuyen a un análisis racionalizado de la decisión y con él plantar correcciones y mejoras de futuro.

- Corrección en la función institucional, competencial, empleada.
- Utilización responsable, honesta y transparente de los recursos públicos asignados. Aspectos todos ellos integrables en la idea de eficiencia administrativa en un marco de legalidad.
- Eficacia de la medida respecto a la consecución de las metas u objetivos que, en su día, motivaron la decisión.
- Rendimiento social (valor público) de la actuación o programa implementado a corto, medio y, especialmente, a largo plazo.
- Sostenibilidad económica a largo plazo.

Obviamente, presuponiendo el cumplimiento ordinario de las obligadas exigencias legales, esta evaluación debería superar la mera rendición de cuentas o la corrección contable soportada documentalmente. Lo contrario sería mantener los superados enfoques meramente objetivos y cuantitativos que, pese a todo, aún tienen sus defensores, sobre todo en algunas bolsas de burocracia política que, en beneficio de su comodidad y ausencia de cualquier tipo de juicio, prefieren la formal

pulcritud del cuadro de cuentas sin abordar mayores consideraciones sobre el valor público aportado por la decisión adoptada. Seguramente, este tipo de actitudes pueden explicarse desde el desconocimiento del verdadero sentido de la evaluación, racionalizar las decisiones para su mejor conocimiento ayudando a mejorar en el siguiente proceso de adopción. Muy alejado de una posible recriminación o exigencia de responsabilidad que habrá de seguir otros cauces. Pero el desconocimiento y la inseguridad lastran el pleno desarrollo e implantación de la evaluación en el ámbito público.

Se requieren acciones específicas para abordar el examen de cada uno de los parámetros expuestos y sus indicadores con una actitud mucho más proactiva y esforzada de lo que, quizá, hasta la fecha se ha podido llegar a conocer de manera mayoritaria. Se trata de un cambio muy significado de paradigma: se pasa, como se acaba de indicar, de la adopción de decisiones sin más valoración que el mero cumplimiento de la legalidad formal y contable, a un sistema en el que, sin prescindir de lo que resulta obligado por mera sujeción de toda actuación pública al principio de legalidad, para avanzar un paso más evaluando los efectos de la decisión de acuerdo a parámetros no estrictamente legales ni contables. Se avanza, superando una gestión basada en decisiones sin mayores consecuencias fuera cual fuera su resultado en términos de valor público añadido (siempre que se respetasen los mínimos legales y de rendición de cuentas) a una gestión por resultados tal cual solicita el artículo 3.1.g) de la *Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*.

Como en todos los planteamientos de este tipo, parecería impensable cualquier tipo de oposición a un marco tan lógico y beneficioso para el interés general. En efecto, exponer cualquier tipo de enunciado en materia de evaluación tiene como efecto directo su pleno consenso gozando, como apunta GARDE ROCA, de una rara unanimidad, tanto en el ámbito académico como en el político<sup>547</sup>.

Sin embargo, más allá de planteamientos teóricos, la materialización de los sistema de evaluación en la gestión pública resulta más complejo de los que podría suponerse debido a la cordillera de obstáculos que han de salvarse. Y es que, sin perjuicio de la labor evaluadora que, de manera tangencial, han llegado a realizar los órganos de control externos y, muy especialmente, el Tribunal de Cuentas como entidades consolidadas, el trabajo desarrollado por los órganos de evaluación específicos creados en los últimos años, ha tenido que desarrollarse superando obstáculos que, en un entorno de asentada cultura de la evaluación, deberían haber estado salvados desde el momento de su creación.

Dificultades que pueden ser identificadas en cuatro frentes:

En primer lugar, el propio convencimiento de quien, a través de sus decisiones, es conocedor (y entiende) que va a ser sometido a evaluación.

---

<sup>547</sup> GARDE ROCA, J.A.: "La evaluación de políticas públicas y su institucionalización en España". Ministerio de Administraciones Públicas. Agencia de Evaluación y Calidad. Papeles de Evaluación 3/2006. Pág. 3.

Cuestión nada sencilla tras toda una historia basada en un entorno institucional en el que, más allá del control de legalidad y la formal rendición de cuentas, las decisiones si eran acertadas se consideraba positivo, pero, si no lo eran, podían considerarse admisibles sin suscitar a penas aprendizaje. Toda la preocupación del responsable público podía reducirse al posible impacto electoral o el negativo efecto en su imagen frente a los ciudadanos si es que éstos llegaban a ser informados o enterarse del descalabro público por el desacierto.

Pese a que, aún se sabe poco de lo que sucede tras las puertas de los despachos y mucho menos de lo que un responsable político puede llegar a pensar, los hechos muestran indicios y hasta evidencias que revelan el poco agrado y hasta inconveniencia que suscita la evaluación de la actividad pública. Y es que, como señala MERINO, *la evaluación no es sólo una comprobación de conformidad de la acción pública, sino que expresa un juicio de valor sobre el éxito de los resultados y los impactos -deseados o no- de las políticas públicas*<sup>548</sup>, de tal forma que a veces se soporta mejor un reparo por incumplimiento normativo, que ser identificado por la incompetencia que siempre adjetiva el desacierto<sup>549</sup>.

En segundo lugar, el obstáculo más general y no exclusivo de las entidades de evaluación, son las dificultades derivadas de la falta de recursos y medios.

---

<sup>548</sup> MERINO, M: "La evaluabilidad: de instrumento de gestión a herramienta estratégica en la evaluación de políticas públicas". Agencia de Evaluación y Calidad. Papeles de Evaluación 7/2007. Pág. 2.

<sup>549</sup> Afirmación que supone una reducción de la posible etiología que puede llegar a determinar la incomodidad frente a una evaluación. En este sentido, hace más de dos décadas, uno de los más destacados especialistas en evaluación de Naciones Unidas, Marco Segone, citando el trabajo del consultor en la materia Michael Patton, "Utilization-focused evaluation", enumeró los principales temores de los servidores públicos frente a la evaluación, matizables en función de carácter político o técnico del afectado. Temores que, pese al tiempo transcurrido, aún pueden considerarse muy presentes, mucho más en un país como España en el que la incorporación de la cultura de la evaluación a la vida pública ha sido, más bien, tardía.

- Temor a que le sea asignada mayor responsabilidad sin tener mayor control o mayores recursos.
- Temor a ser culpado: temor a que la evaluación sea utilizada para castigar.
- Temor a ser avergonzado: temor a que se resalten las debilidades y se hagan visibles los fracasos, temor a que los investigadores puedan hacer que el interesado parezca "estúpido" por medio de medidas y diagramas complicados.
- Temor a mayor competencia -cuando se hacen comparaciones- y a las consecuencias de perder en la competencia.
- Temor a que la evaluación no sea justa. Por ejemplo a que se apliquen criterios inapropiados, o a que se formulen conclusiones o se hagan juicios fuera de contexto.
- Temor a la inseguridad: el no estar seguro de qué será incluido, qué se descubrirá o cómo se utilizarán los resultados; temor a que no se midan las cosas importantes o que se hagan ver demasiado simples.
- Temor a no ser escuchado: la credibilidad de la evaluación es debilitada por la manera en que se impone, ordena o exige, sin involucrar o consultar al personal.
- Temor a la arrogancia del evaluador.
- Temor derivado de malas experiencias anteriores con la evaluación: promesas incumplidas, abusos pasados, usos indebidos, informes no pertinentes, asuntos importantes no anotados, recomendaciones sacadas de la nada, etc.;
- Temor a que el riesgo sea demasiado alto: empleo, carrera profesional, supervivencia del programa, recursos, reputación.
- Temor a lo político: escepticismo con respecto a que las consideraciones políticas se impongan sobre las demás, y con respecto al cinismo de los dirigentes que dicen que "esta vez la cosa será diferente".

SEGONE, M.: "Evaluación democrática". UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe Documento de Trabajo nº. 3, Mayo de 1998. Pág. 9.

Baste apuntar el detalle que la AEVAL apenas superó los 40 empleados, aunque eso no le impidió acumular un importante prestigio y gran profesionalidad truncado, como seguidamente veremos, por su desaparición.

En tercer lugar, de manera muy negativa, la marcada fugacidad de su existencia, más vinculada a coyunturas políticas concretas que a una auténtica apuesta por la evaluación manifestada en la existencia de órganos con vocación de permanencia. Y es que, mientras los órganos de evaluación estén vinculados a la potestad organizatoria del gobierno de turno, siempre estarán marcados por una tara que disminuirá la efectividad a largo plazo de los procesos de evaluación por mucho que cada norma de creación enfatice hasta lo épico el valor que tiene analizar y evaluar las actuaciones públicas en cualquiera de sus formas. Casi resulta un sarcasmo plantear las excelencias de la evaluación para, inmediatamente, someter a los órganos creados a continuos procesos de cambio organizativo rompiendo la continuidad en su actividad y la necesaria estabilidad que se requiere para consolidar una autoridad ajena, auténticamente independiente, a las alternancias políticas.

Así, la desaparecida Agencia Estatal para la Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL) que tantas expectativas suscitó en el momento de su creación<sup>550</sup> con la finalidad de evaluar las políticas y programas públicos en el ámbito de la Administración General del Estado, fue sustituida por el Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas<sup>551</sup>. Sustitución que sólo puede entenderse en clave de oportunidad política<sup>552</sup> si analizando su breve norma de creación y desarrollo se

---

<sup>550</sup> Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

<sup>551</sup> Artículo 13.7 del Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Posteriormente confirmado y especificadas con mayor precisión sus funciones por el artículo 2.5 del Real Decreto 307/2020, de 11 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Política Territorial y Función Pública. A saber:

- La evaluación de las políticas públicas y de los planes y programas cuya evaluación se le encomiende, en coordinación con los departamentos ministeriales.
- El fomento de la cultura de evaluación de las políticas públicas.
- La formulación y difusión de metodologías de evaluación.
- El fomento de la formación de los empleados y empleadas públicas en esta materia, en coordinación con el organismo autónomo Instituto Nacional de Administración Pública.
- El apoyo instrumental necesario para realizar los análisis que requieran los procesos de modernización o planificación que se impulsen desde la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública.

<sup>552</sup> La hemeroteca muestra con claridad el calado político de las decisiones adoptadas en materia de evaluación teniendo como protagonista la AEVAL y las cimbreantes posturas al respecto que en nada han beneficiado a la consolidación de una verdadera cultura de la evaluación pública.

No deja de sorprender, que los partidos políticos firmantes del acuerdo denominado “150 compromisos para mejorar España” que suponía facilitar la investidura del Presidente del Gobierno en el año 2017, plantearan como rearme de la evaluación de la actividad pública en el marco de la regeneración pública, la ya apuntada desaparición de la AEVAL para que sus funciones fueran asumidas por un nuevo instituto independiente. Instituto que se crearía *para el análisis y evaluación de políticas sociales para evaluar la eficacia y el coste de las políticas y programas de gasto público incluyendo políticas educativas, sanitarias y sociales a nivel nacional, de forma independiente, profesional y efectiva* (Punto 17 del acuerdo firmado en agosto de 2016 por los representantes del Partido Popular y del partido de la Ciudadanía, disponible en la página [https://www.rtve.es/contenidos/documentos/documento\\_pp-cs.pdf](https://www.rtve.es/contenidos/documentos/documento_pp-cs.pdf) a fecha 15 de agosto de 2020).

deduce con claridad que sus funciones son, salvando detalles semánticos y un mayor énfasis por la evaluación en los ámbitos educativo, sanitario y social, las mismas que las de la AEVAL, aunque su actividad mucho menor si atendemos al histórico de informes elaborado desde el año de su creación, 2017, hasta la actualidad en el año 2020 (un informe<sup>553</sup>).

En cuarto lugar y último lugar, las dificultades apuntadas, sobre todo en el caso de la falta de continuidad, conducen en el caso de la AEVAL y posterior Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas a entender que sus informes no hayan gozado del peso o capacidad de influencia en la toma de decisiones públicas que, en principio, se hubiera podido esperar de su actividad evaluadora. Pero, si analizamos la actividad complementaria de otros órganos ubicados en el campo de la evaluación, se pone de manifiesto su débil autoridad a través de la escasa atención y seguimiento a los resultados y recomendaciones derivados de sus análisis e informes, más allá de cumplimientos meramente cosméticos, sobre el papel, con un alto contenido de hipocresía.

El caso de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), como entidad aún vigente en el panorama institucional, ilustra muy bien lo dicho.

Pese a que el nacimiento de la AIReF fue motivado por las exigencias en materia de gobernanza fiscal con la finalidad de realizar, con rigor e independencia, el seguimiento de las reglas de disciplina fiscal impuestas en el ámbito de la Unión Europea, velando por la sostenibilidad de las finanzas públicas<sup>554</sup>, su capacidad evaluadora se apreció de inmediato aunque sólo fuera desde el punto de vista de la evaluación de las fases del ciclo presupuestario y análisis de sostenibilidad, con la finalidad de ayudar al acierto de las decisiones públicas en materia fiscal.

El legislador lo dejó muy claro en el Preámbulo de la Ley Orgánica de creación de la AIReF al señalar que *las autoridades fiscales han demostrado ser un elemento clave para los Gobiernos a la hora de diseñar,*

---

Y menos entendible aún es que en un acuerdo previo entre el Partido Socialista y el Partido de la Ciudadanía para la investidura, en este caso, del candidato socialista, "Acuerdo para un gobierno reformista y de progreso" se contemplara el impulso de la AEVAL pero no su desaparición (Apartado relativo a las finanzas públicas, subapartado gasto público, del acuerdo firmado entre el Secretario General del PSOE y el Presidente del Partido de la Ciudadanía, disponible en la página [https://www.rtve.es/contenidos/documentos/Acuerdo\\_PSOE\\_Ciudadanos.pdf](https://www.rtve.es/contenidos/documentos/Acuerdo_PSOE_Ciudadanos.pdf) a fecha 15 de agosto de 2020).

En todo caso, el resultado final, se compadecen mal con los más de 65 informes elaborados por la Agencia durante su periodo de vida administrativa y el prestigio que se había ido ganando, que, a juicio de los firmantes del acuerdo definitivo de investidura, no alcanzaba los niveles de independencia, profesionalidad y efectividad pretendidos.

Qué duda cabe que el cambio podría haberse entendido mejor si el nuevo instituto se hubiera configurado en su origen con un estatuto de independencia orgánica y funcional (en la línea abierta por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal) que le situara fuera de la directa subordinación al gobierno de turno, caracterización que, como se sabe, no se hizo. Por tanto, simplemente, se substituyó, en un tema de tanta relevancia un órgano por su exacto clon, eso sí, rebautizado, con un resultado que, a día de hoy, resulta incierto.

<sup>553</sup> Informe Ejecutivo Evaluación Intermedia de la Estrategia Nacional Integral para personas sin hogar 2015-2020.

Los informes de evaluación de políticas públicas pueden consultarse en la página <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/evaluacion-politicas-publicas/Informes-de-Evaluacion.html>, disponible a fecha 15 de agosto de 2020.

<sup>554</sup> Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal

*implementar y evaluar las políticas fiscales, sobre todo en el actual escenario de crisis financiera donde resulta imprescindible realizar un control exhaustivo y riguroso del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, así como de la regla de gasto.*

Y, a mayor abundamiento, la Presidenta nombrada en marzo de 2020, confirmó las posibilidades evaluadoras de la AIReF en su comparecencia ante la Comisión de Hacienda del Congreso de los Diputados, vinculando con claridad la actividad de la AIRef como supervisora fiscal a la evaluación de políticas públicas:

*La evaluación de las políticas públicas debe incorporarse como una función permanente de la AIReF con la finalidad de mejorar la eficiencia del gasto público y también la propia supervisión fiscal. De hecho, permite la aplicación efectiva del artículo 7 de la Ley de Estabilidad sobre el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. Para mí, la evaluación tiene entidad propia pero también es parte fundamental de la supervisión fiscal. No son en absoluto actividades desconectadas, sino que generan sinergias muy relevantes. La evaluación contribuye a que las decisiones a tomar por los distintos niveles de gobierno pierdan el cortoplacismo habitual y contribuyan a la sostenibilidad de las finanzas públicas<sup>555</sup>.*

Sin embargo, como se ha anticipado, pese a la impecable labor de la AIReF y la contundencia de sus informes (algunos citados en este trabajo), su capacidad real para ayudar (reconducir, más bien) a las Administraciones y entidades públicas a superar el cortoplacismo y contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas a través de la mejora de la eficiencia del gasto público, parece aún muy limitada y ensombrecida. Puede bastar el esfuerzo de relacionar la mala situación económica de la gran mayoría de las Administraciones Públicas en España y, muy especialmente, de la Administración General del Estado con el nivel de cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los informes elaborados desde el año 2014.

Desborda los límites de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de la cuestión expuesta, pero a efectos meramente ilustrativos, resulta llamativa la identidad (incluso semántica) entre las recomendaciones contenidas en el *Informe sobre los Proyectos y Líneas Fundamentales de los Presupuestos de las Administraciones Públicas 2015*<sup>556</sup> y el *Informe sobre las líneas fundamentales de los*

---

<sup>555</sup> Cortes Generales Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2020 XIV legislatura Núm. 45. Comisión de Hacienda celebrada el martes 25 de febrero de 2020. Pág. 5.

<sup>556</sup> Disponible en la página [https://www.airef.es/wp-content/uploads/2014/10/Informe\\_sobre\\_los\\_Proyectos\\_y\\_L%C3%ADneas\\_Fundamentales\\_de\\_los\\_Presupuestos\\_de\\_las\\_Administraciones\\_P%C3%ABlicas.pdf](https://www.airef.es/wp-content/uploads/2014/10/Informe_sobre_los_Proyectos_y_L%C3%ADneas_Fundamentales_de_los_Presupuestos_de_las_Administraciones_P%C3%ABlicas.pdf) a fecha 15 de agosto de 2020.

*Presupuestos de las Administraciones Públicas 2020*<sup>557</sup>. Continuidad en la identidad de las recomendaciones de la AIREF a lo largo de los años (diferenciándose, con el tiempo, entre “recomendaciones nuevas” y “recomendaciones vivas”) que puede observarse en otros campos de la actividad supervisora y evaluadora de la entidad.

Ante este escenario, la conclusión es sencilla: no parece que se haya respetado ni se esté respetando completamente la autoridad que el ordenamiento ha otorgado la AIREF<sup>558</sup> con un resultado claramente lesivo para el interés general representado en la correcta gobernanza fiscal de las Administraciones y entidades públicas.

A la vista de todo lo expuesto, admitiendo las debilidades y obstáculos a superar, queda evidenciada la importancia de generalizar la evaluación de las decisiones públicas como una acción determinante para su acierto y corrección a largo plazo. Así, lo afirmaba la infelizmente fallida Agencia Estatal para la Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios cuyas palabras, diez años después, aún resultan absolutamente estimables y, por sí mismas, suponen un homenaje a quienes con un alto compromiso con el bien común, trataron esforzadamente de generalizar la cultura de la evaluación en el ámbito público:

*La evaluación de las políticas públicas es un instrumento más al servicio de estas reformas que tienen como base la reorientación de las relaciones Estado-Sociedad y, entre sus objetivos tácticos, el alcance de una mayor eficiencia de las actuaciones públicas, valorando tanto los aspectos de una mala organización como la desafección democrática que produce el desgobierno y el deterioro intencionado de lo público. Reforzar los controles resulta cada vez más necesario, aunque esos controles no sean exactamente los tradicionales.*

*Evaluar es valorar lo público con el fin de transformar lo que no funciona, pero no bajo premisas exclusivamente técnicas –aunque desde luego necesarias-, sino, también, de interlocución social que propicie una cultura de responsabilidad y mejora continua. Desde esta perspectiva, la evaluación contribuye a la mejora administrativa que, no sólo es compatible con la eficiencia, sino que puede*

---

<sup>557</sup> Disponible en la página [https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/10/Informe\\_L%C3%ADneas\\_PresupuestosAAPP/20191025\\_Informe\\_DBP\\_2020.pdf](https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/10/Informe_L%C3%ADneas_PresupuestosAAPP/20191025_Informe_DBP_2020.pdf) a fecha 15 de agosto de 2020.

<sup>558</sup> Autoridad marcada en un triple sentido:

- Por el rango orgánico de la norma de creación.
- Estableciendo el deber colaboración de todas las entidades públicas y atribuyendo a las recomendaciones expresadas en sus informes, carácter preceptivo e irrecusable, con la obligación de motivar las razones de apartarse de ellas en el caso de darse esa situación (Artículos 4.3, 5 y 13 de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal)
- Vinculando sus informes a la decisión del Gobierno de adoptar las medidas de corrección por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (artículo 20).

reforzarla, promoviendo la lógica relacional entre las distintas esferas administrativas y aprovechando sus capacidades, recursos y sinergias.

*La evaluación de políticas públicas trata de conectar democracia, control y eficiencia, entendiendo que ésta, en el Sector Público, no puede referirse a los exclusivos criterios del mercado, ni a intereses de oligarquías administrativas. Las reglas del buen gobierno deben equilibrar la eficiencia con otros criterios de valor de lo público: equidad, cohesión social, corresponsabilidad, cooperación institucional..., comprendiendo y explicando las tensiones inherentes a los diferentes intereses que se entrecruzan en la acción pública.*

*El valor añadido de la evaluación, en último término, es su contribución a la mejora de la calidad democrática y sólo en ello alcanza su plena legitimidad porque, si se limitara a tareas propias del control tradicional no tendría razón de ser; eso ya es competencia de otros controles del Estado<sup>559</sup>.*

#### **4.- El sentido de la transparencia como factor de control en la adopción de decisiones públicas**

Al igual que otras instituciones o mecanismos que han tenido una notable expansión y refuerzo en el entorno de crisis y cuestionamiento de la actividad pública, la transparencia ha tenido una considerable evolución alcanzado niveles de materialización y acceso ciertamente significativos.

Hoy se habla de la transparencia como un paradigma imprescindible para todo, particularmente en el desempeño de funciones públicas, posibilitando que los ciudadanos y los operadores económicos (baste pensar en la importancia de la transparencia en la contratación pública) conozcan el fundamento y finalidad de las decisiones públicas, asentando certidumbre y credibilidad. Todo esto, sin olvidar la función de control que la propia transparencia despliega.

Consideraciones que desde mediados del siglo pasado ya contaban con un sobrado respaldo normativo a nivel nacional e internacional<sup>560</sup> pero que las especiales circunstancias que han acompañado el devenir jurídico-político en las últimas décadas han reactivado y propiciado definiciones más nítidas de la idea de transparencia pero, como se ha podido indicar con otras instituciones o técnicas y así reiteraremos más adelante, poco se ha innovado en lo tocante a su indispensable presencia en toda democracia.

---

<sup>559</sup> Fundamentos de evaluación de políticas públicas. Guías de la Agencia de Evaluación y Calidad. Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. Madrid, 2010. Pág. 18 y 19.

<sup>560</sup> Recordemos, entre otras referencias, el sentido del acceso a la información previsto en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y su reflejo en el artículo 13 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de 1969.

Ahora bien, siendo incuestionable la transparencia en la acción pública, resulta oportuno efectuar dos consideraciones:

En primer lugar, sin reiterar ideas ya expresadas, la exigencia, incluso la ansiedad de transparencia refleja el déficit de legitimidad y credibilidad en la actividad pública. Al no concurrir esta o, al menos, no reconocerse en la medida democrática precisa, se debe recurrir a la otorgada por el desarrollo, al menos formal, del principio de transparencia.

En segundo lugar, por ampliamente que el principio de transparencia se configure, no podrá en ningún caso sustituir la madurez cívica, el coeficiente cívico de los ciudadanos como factor esencial del sistema. Si al final la transparencia sólo sirve para enunciar datos de manera pública quedándose en aquello que puede resultar meramente anecdótico o de simple curiosidad, ese conocimiento de la gestión pública no aportará todo el valor que se le está atribuyendo y requiere el papel del ciudadano en su responsabilidad directa con las personas que gestionan los asuntos públicos y cómo lo hacen<sup>561</sup>.

Volviendo a la perspectiva general inicialmente otorgada, se ha vinculado a la transparencia el perfil de una nueva incorporación al sistema jurídico-político. La denominada “Declaración de Cádiz” fechada en septiembre de 2018 expresaba que el proceso de implantación de la transparencia en España no había hecho más que empezar. No se conoce el fundamento de la opinión expresada por los representantes de los órganos de garantía de la transparencia españoles agrupado en la Red de Consejos y Comisionados de Transparencia, pero sin entrar en particularismos debe reiterarse lo expresado líneas atrás: la idea de transparencia siempre ha estado, en mayor o menor medida, presente en la vida pública como factor determinante de la calidad democrática de un país en una relación directamente proporcional que anuda el principio de publicidad al de democracia y, lógicamente, al Estado de Derecho<sup>562</sup>.

Ya KANT se refería a la publicidad de las decisiones como una fórmula trascendental del Derecho Público, indicando hace más de dos siglos el siguiente principio:

*“Todas las acciones referidas al derecho de otros seres humanos que no sean compatibles con la publicidad son injustas”.*

Explicando seguidamente que:

---

<sup>561</sup> Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado con anterioridad de manera extensa en el trabajo realizado en colaboración con la Dra. María Cruz Díaz Díaz. *“Algunas reflexiones sobre malas prácticas, corrupción y ética del bien común. Una visión desde el Derecho Administrativo”*. Revista de Estudios Locales CUNAL, nº180, mayo, 2015.

<sup>562</sup> Para GARZÓN VALDEZ, *lo público está caracterizado por la libre accesibilidad de los comportamientos y decisiones de las personas en sociedad. Más aún: cuando ellas desempeñan algún cargo dotado de autoridad político-jurídica, la publicidad de sus actos se convierte en un elemento esencial de todo Estado de derecho.*

GARZÓN VALDEZ, E.: “Lo íntimo, lo privado y lo público”. Cuadernos de Transparencia 06. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI). Pág. 17.

*Este principio no tiene que verse considerado simplemente como un principio ético y perteneciente a la teoría de la virtud, sino también como un principio jurídico que concierne al derecho de los seres humanos. Pues una máxima que no quepa explicitar sin frustrar al mismo tiempo mi propio propósito y que por lo tanto haya de permanecer secreta para tener éxito, de modo que no me quepa confesarla públicamente sin suscitar indefectiblemente con ello la oposición de todos contra mi designio, es una máxima cuya iniquidad se reconoce a priori gracias a esa necesaria y universal reacción de todos en mi contra motivada por la injusticia con que se ve amenazado cada cual<sup>563</sup>.*

Cabría preguntarse, ¿qué más hace falta?, ¿más de dos siglos después puede afirmarse que se ha descubierto la transparencia en el ámbito público?.

Sea como sea, debemos trabajar con la realidad a la que nos enfrentamos y aunque sea inevitable sentir un poso de tristeza y frustración por la preterición de los antecedentes mediatos más elementales, el hecho cierto es que actualmente la transparencia es un paradigma que, al menos formalmente, se ha incorporado con fuerza en todos los segmentos de la vida pública.

Así las cosas, resulta importante poner de manifiesto que esta evolución de la transparencia ha sido posible visibilizarla de una manera tan intensa debido a la evolución y caracterización jurídica de los derechos que la materializan como derechos de configuración legal, esto es, sujetos al régimen y desarrollo que en cada momento se le quiera otorgar, aunque con el común denominador de su cualificada condición como fundamento de todo sistema democrático.

Así lo señaló en los primeros años de vigencia constitucional el TC respecto al derecho de acceso a documentos, tal vez uno de los más significados en el ámbito administrativo, en su sentencia 161/1988 de 20 de septiembre, 1988 (Rec. 162/1987) indicando que:

*No todas las normas constitucionales que se invocan por los demandantes pueden ser objeto de garantía directa en este proceso, pues las reglas y principios contenidos en los arts. 9.3, 53.1, 103.1, 105 b) y 111.1 de la Constitución son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto que en ninguno de ellos se reconocen derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución (Fundamento Jurídico Cuarto).*

Doctrina que ha marcado la jurisprudencia sobre esta materia, aunque eso sí, con una interpretación del derecho de acceso a la información estricta respecto a las limitaciones que puede sufrir en su ejercicio tal y como se refleja en la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, 1547/2017 de 16 de octubre, 2017 (Rec. 75/2017) sobre

---

<sup>563</sup> KANT, I.: "Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico". Traducción e introducción, Roberto R. Aramayo. Ediciones Alamanda, Madrid, 2018. Pág. 122

información relativa a la Corporación RTVE<sup>564</sup>. Tendencia jurisprudencial que, asentada en el principio de máxima divulgación, se encuentra completamente alineada con lo fallado por otras Cortes internacionales<sup>565</sup>.

Precisamente, sin entrar en detalles concretos, los planteamientos sobre transparencia y su construcción jurisprudencial han tratado de restaurar la confianza en las instituciones y favorecer la participación de los ciudadanos en la vida pública. Pero la transparencia y su abultado conjunto de mecanismos y técnicas en creciente progresión, no es suficiente para ocultar (como se ha anticipado) el problema de origen: la quiebra de la confianza pública y la falta de una real actuación sobre sus causas.

Incluso, si nos adentramos un poco más en la etiología más profunda de la situación que se vive, no es sólo que valores básicos para la convivencia y el desenvolvimiento de una sociedad gobernada democráticamente no hayan recibido el cuidado y atención requeridos. Es que, además muchos operadores y responsables del rumbo de las instituciones públicas, se hacen trampa a sí mismos y lo que es más reprochable, al resto de la sociedad, al expresar convicciones que, en realidad, no lo son tanto siendo la transparencia un ejemplo paradigmático.

En efecto, no son pocas las ocasiones en las que, más allá de la construcción jurisprudencial apuntada y el fuerte despliegue político-mediático sobre la transparencia, el acceso a la información pública se convierte por la fuerza de los hechos en algo meramente nominal, más impostado que real, evidenciando que una cosa es hablar de transparencia y sus bondades democráticas, y otra creer firmemente (y practicarlo) que cualquier decisión pública, más o menos trascendente, no tendría ningún problema para ser publicada en la primera página de un periódico. Informal versión del principio formulado por KANT al que líneas atrás hacíamos referencia sobre la injusticia de las acciones incompatibles con la publicidad.

Como seguidamente se podrá comprobar, el principio de máxima divulgación es más un argumento teórico que una realidad ya que, pese a su relevante y elevada entidad como fundamento democrático, depende en gran medida de la manera de proceder de los gestores públicos al frente de las instituciones.

El Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas Nº 1.418 de 22 de diciembre de 2020 sobre el cumplimiento de la Ley de Transparencia en las entidades locales, por el amplio espectro subjetivo analizado, revela significativas insuficiencias e incumplimientos en materia de publicidad activa, afectando a la práctica totalidad de la información sujeta a la obligación de publicidad: institucional, organizativa y

---

<sup>564</sup> Sobre la jurisprudencia en materia de transparencia, resultan particularmente útiles las periódicas crónicas de FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. publicadas en la Revista General de Derecho Administrativo, edit. Iustel.

<sup>565</sup> Puede destacarse la doctrina del TEDH entre cuyos fallos relativos a transparencia y acceso a la información resultan de obligada referencia los casos *Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría* de 14 de abril, 2009; *Kenedi vs. Hungría* de 26 de mayo, 2009; y *Youth Initiative for Human Rights vs. Serbia* de 25 de septiembre, 2013.

de planificación; inventario de actividades de tratamiento; de relevancia jurídica; y, por supuesto, económica, presupuestaria y estadística. Así las cosas, la recomendación general a los responsables de las entidades locales es evidente y de una simplicidad que encaja en el concepto de elemental:

*Se recomienda la implantación de portales de transparencia en todas las entidades del Sector Público Local, en los que debe figurar publicada la información exigida por la normativa estatal y autonómica en materia de transparencia, así como el resto de información que se considere necesaria para dar cumplimiento a los principios de transparencia, con el fin de facilitar el acceso a la información que, en ocasiones, no es fácilmente localizable en la página web o la sede electrónica de la entidad, dificultando su conocimiento. La información publicada en los referidos portales de transparencia, además de presentarse de forma clara, estructurada y entendible, debe actualizarse con carácter recurrente indicando la fecha de publicación de cada contenido<sup>566</sup>.*

La transparencia, por tanto, no surge de manera espontánea tal y como sucede con la práctica totalidad de las instituciones jurídico-administrativas que en su conjunto contribuyen, garantizan, el buen gobierno y la correcta adopción de decisiones. Se requiere un esfuerzo, una intención de respeto e implementación de transparencia en el desempeño de funciones públicas, evitando establecer obstáculos o interpretaciones limitativas cuando no incurrir en directos incumplimientos. Y es que, en una situación de normalidad, no debería haber problema alguno en interiorizar el nivel de publicidad propugnado por el repetido principio de máxima divulgación que, por sí mismo, ayudaría a modular y otorgar valor añadido de carácter democrático cualquier decisión pública ya que, más allá de coincidir o no con ella, la decisión muestra su impecable perfil en términos de presunción de legalidad y corrección hacia el interés general a través de su completa difusión y conocimiento.

Sin embargo, volviendo al escenario de insuficiencias e incumplimientos que el Tribunal de Cuentas dibujaba en su informe sobre las entidades locales, el día a día muestra reflejos de impostura, de ausencia de convicción y de cómo, perturbadoramente, la cultura del secreto aún es más fuerte que la cultura de la transparencia.

Constataciones que nos muestran bien a las claras que, si bien las decisiones públicas deben responder a su adjetivación como tales, habiéndose avanzado mucho, aún quedan muchas etapas que alcanzar para que la transparencia sea un elemento activo y preventivo de corrección y acierto.

Desde un plano jurídico-técnico la ya varias veces aludida jurisprudencia sobre la materia muestra, como se decía, el desarrollo de una construcción doctrinal que poco a poco hace progresar y afianzar una mayor cultura de la transparencia, pero también de conflictos que, sin duda podrían haberse resuelto

---

<sup>566</sup> Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas Nº 1.418 de 22 de diciembre de 2020 sobre el cumplimiento de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en las entidades locales. Pág. 68

fácilmente en la sede de origen si hubiera verdadera e interiorizada voluntad. Situaciones que muestran cómo los planteamientos teórico-políticos, de mero discurso de intenciones, no tienen nada que ver con los actos de aplicación, confirmando en este campo la conocida ley de la proporción inversa: cuando menor es el interés por hacer algo, mayor debe ser la intensidad en hablar de ello.

Es malo olvidar lo que siempre ha sido un máxima elemental del sistema democrático, contemplada en los postulados políticos sobre la democracia, como por ejemplo la que citábamos de KANT relacionando justicia y publicidad<sup>567</sup>, aunque tal vez en el nivel de cierta burocracia política, la lectura para la perfección en su desempeño, no sea un prioridad. Pero es peor desconocer, por esa falta de valores a la que se aludía de manera particular al principio del trabajo, que la ejemplaridad sólo existe cuando la palabra se corresponde con el comportamiento.

Así, tomando la jurisprudencia como indicador de lo que en realidad se tiene interiorizado, puede observarse como las propias instituciones públicas, que con su conducta y proceder debieran ser puntos de orientación estables, abandonan sus exigencias de ejemplaridad para enrocarse en posiciones de verdadera colisión con el marco de transparencia y acceso a la información.

Basten varios ejemplos jurisprudenciales de los años 2019 y 2020 que, a nuestro juicio, marcan importantes hitos interpretativos y, sobre todo, suponen una significativa muestra del verdadero rendimiento del principio de transparencia:

Cronológicamente, recuperamos en primer lugar, para un análisis más específico la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, 1768/2019 de 16 de diciembre (Rec. 316/2018) por la que se obliga al Tribunal de Cuentas a facilitar la información solicitada sobre su personal eventual (identificación y retribuciones), nos muestra hasta qué punto se puede tratar de forzar los límites del acceso a la información a través de unos argumentos poco comprensibles para el operador jurídico e inadmisibles para el ciudadano medio si estuviera mejor informado sobre este tipo de resoluciones.

Son varios los argumentos empleados por la Abogacía del Estado para oponerse a la demanda de información, pero tomando el que suele ser esgrimido habitualmente para oponerse al derecho de acceso a la información, la protección de datos personales (artículo 15 de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*), la Sala aporta un importante argumento interpretativo que resuelve el conflicto:

*... no parece que el acceso a la información pública consistente en la identidad del personal de confianza que desempeñó las secretarías de la Presidencia, de los Consejeros y de la Secretaría General*

---

<sup>567</sup> KANT, I.: "Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico". Op. cit.

*del Tribunal de Cuentas deba ceder ante su derecho a la protección de datos. Ocuparon puestos de trabajo público; su nombramiento y separación fueron, según dice la Ley, libres; es manifiesta la relevancia de la autoridad a la que presta servicios y, a la vez, lo es la posición constitucional del Tribunal de Cuentas. Todo ello justifica, por tanto, la prevalencia del interés público al que satisface el derecho que, en desarrollo del artículo 105 b) de la Constitución.. (Fundamento Jurídico Cuarto).*

Resulta llamativo el empeñamiento de la Abogacía del Estado en la materia cuando ya conocía el criterio de los Tribunales, además en un caso muy cercano como fue la petición de un sindicato al Ministerio de Fomento solicitando conocer los listados de productividad y gratificaciones correspondientes al año 2015, identificando las personas que los perciben (personal directivo, personal eventual, personal funcionario de libre designación y resto del personal funcionario puesto a puesto sin identificación de la persona que lo ocupa). En este supuesto, la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (Resolución 279/2016 de 16 de septiembre) estimó parcialmente la petición sindical obligando al Ministerio a facilitar los listados identificativos del personal directivo y de confianza, modulando la identificación de los puestos de trabajo del resto de personal funcionario. Resolución recurrida por la Abogacía del Estado ante el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo (Sentencia 93/2017 de 17 de julio. Rec. 47/2016) que es confirmada por el Juzgado aplicando por toda argumentación el criterio interpretativo 1/2015 d 24 de junio elaborado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y la Agencia de Protección de Datos en lo tocante al *Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc... y las retribuciones de sus empleados o funcionarios.*

No estaría mal conocer el coste que tuvo para las arcas públicas el tiempo y medios empleados por la Abogacía del Estado, como recurso público, en defender una posición que, ya de entrada, podría entenderse muy débil. Pero sin entrar en otros ruidos, estas sentencias, al igual que otras, así como las resoluciones del del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y los criterios interpretativos del Consejo y la Agencia de Protección de Datos<sup>568</sup>, además de su enseñanza doctrinal, tienen la capacidad de

---

<sup>568</sup>La Disposición Adicional 5ª de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* establece que El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos adoptarán conjuntamente los criterios de aplicación de las reglas contenidas en materia de protección de datos de carácter personal (artículo 15).

Hasta la fecha, se han elaborado los criterios que seguidamente, desbrozando, de manera significativa, muchos de los conflictos planteados en el ejercicio del derecho de acceso a la información.

- C 3/2019. Publicidad activa: ámbito subjetivo
- C 2/2019. Publicidad activa: concepto y naturaleza
- C 1/2019. Perjuicio para los intereses económicos y comerciales (artículo 14.1h) de la ley de transparencia
- C 3/2016: Causas de inadmisión de solicitudes de información. Solicitud de información repetitiva o abusiva
- C 2/2016 Información relativa a las agendas de los responsables públicos.

radiografiar el nivel subjetivo de convicción y real interiorización del valor de la transparencia en la adopción y gestión de decisiones públicas. Nivel más bien bajo que, refrendado por algunos hechos que de tanto en tanto llegan a ser conocidos, confirman no ya que aún se mantienen algunas trazas de la cultura del secreto en la adopción de decisiones públicas, es que de manera muy perturbadora algunas ideas políticas decimonónicas aún siguen vigentes en la actualidad, como por ejemplo entender que el desempeño gubernamental debe tener algo de “misterioso” o, al menos, no abierto para la generalidad de los ciudadanos, en su propio beneficio<sup>569</sup>.

En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, 306/2020 de 3 de marzo (Rec. 600/2018) precisando que el derecho de acceso a la información pública no puede limitarse a la información elaborada a partir de la fecha de entrada en vigor de la *Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. De esta manera, el Tribunal Supremo anulaba la cicatera doctrina establecida por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional<sup>570</sup> por la que las instituciones públicas sólo tenían obligación de proporcionar la información solicitada a partir de la fecha de entrada en vigor de la referida Ley de transparencia.

La Sala no puede ser más clara y precisa:

*La Ley 19/2013 no contiene, en definitiva, ninguna limitación del derecho de acceso a la información por razón de la antigüedad o actualidad de la información pública respecto a la que se solicita el acceso. De modo que no procede crear por vía jurisprudencial dicha limitación que la Ley no establece y que tampoco se infiere ni del Preámbulo ni del régimen jurídico que alumbra respecto al derecho de acceso*<sup>571</sup>.

---

- C 1/2016: Reclamación ante del Consejo frente a la desestimación de una solicitud de acceso a la información por silencio

- C 9/2015: Actuación del órgano o unidad cuando se solicite información ya objeto de publicidad activa
- C 8/2015: Aplicación DA 1ª sobre regulaciones especiales del derecho de información
- C 7/2015: Causas de inadmisión de solicitudes de información que requieran para su divulgación una reelaboración
- C 6/2015: Causas de inadmisión de solicitudes de información: información auxiliar o de apoyo
- C 5/2015: Actuación ante solicitudes de información complejas o voluminosas
- C 4/2015: Publicidad activa sobre los datos del DNI y la firma manuscrita
- C 3/2015: Alcance de las obligaciones de transparencia de las entidades privadas
- C 2/2015: Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información
- C 1/2015: Obligaciones del sector público estatal a facilitar información sobre RPT y retribuciones

La vista (y lectura) de este listado de criterios hace que resulte difícil de entender la posición poco colaboradora e incluso obstruccionista que se adopta por parte de algunas entidades e instituciones públicas, generando conflictos indebidos.

<sup>569</sup> Sobre este particular, puede resultar muy ilustrativo el ensayo histórico-político elaborado por el historiador Felix Luna sobre la figura del Presidente de la República Argentina, D. Julio Argentino Roca.

LUNA, F.: “Soy Roca”. Editorial Sudamericana. 3ª edición. Buenos Aires 2011

<sup>570</sup> SAN, Sala de lo Contencioso, de 23 de octubre, 207 (Rec. 54/2017).

<sup>571</sup> Fundamento Jurídico tercero.

En tercer lugar, evidencia también de forma muy elocuente el aprecio institucional al principio de transparencia la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de 27 de mayo de 2020 (Recurso 035/2019) por la que se obliga a la Oficina de Conflictos de Intereses a publicar los nombres de los altos cargos que, en su día, no presentaron correctamente sus declaraciones de bienes e intereses a las que estaban obligados por la *Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*.

De nuevo, se vuelve a plantear un debate jurídico de carácter interpretativo sobre si el régimen de acceso a la información relativa a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal de acuerdo a la precitada Ley 3/2015 establece un procedimiento de acceso específico a la información o un simple régimen de publicidad.

Más allá que, como se ha anticipado, la sentencia prima el derecho a la información pública sobre la protección de los datos que los altos cargos querían preservar (datos sobre sus intereses personales sujetos a declaración obligatoria), no puede pasar desapercibido que el principal órgano de vigilancia y control de los altos cargos de la Administración General del Estado, trabe el acceso a una información que la propia *Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado* ya perfila en su contenido, naturaleza y alcance. Y lo hace equilibrando la publicidad de la información como garantía para el ejercicio de las funciones atribuidas al alto cargo de acuerdo a las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados (tal cual se apunta en el Preámbulo de la norma) con el respeto a los insoslayables derechos a la intimidad y seguridad de los altos cargos de la Administración que no por adquirir tal condición deben ser despojados de ellos.

De nuevo, al igual que en los pronunciamientos judiciales anteriores, no se entiende bien que, por parte de las instituciones se recurra a construcciones e interpretaciones más propias de una cultura del secreto que de un entorno abierto e iluminado. Mucho más cuando se trata de un órgano que ejerce funciones de vigilancia y control en un área que se ha demostrado crítica en relación a la ejemplaridad en el desempeño de funciones públicas al más alto nivel, por lo que debería tener en la transparencia un apoyo estratégico de legitimidad y credibilidad.

En cuarto lugar, cerramos esta breve muestra jurisprudencial con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, 852/2020 de 22 de junio de 2020 (Recurso 7550/2018) por la que se estima la solicitud de información sobre la retribución anual bruta percibida por personal directivo de la Corporación de RTVE SA, por considerarse que el acceso a la información es prevalente y los datos susceptibles de información (retribuciones de personal directivo) deben ser dados a conocer, al objeto de alcanzar un sistema que garantice la transparencia y la objetividad en el ámbito público.

Salvando el supuesto de hecho concreto, podrían trasladarse a este caso todas y cada una de las consideraciones expuestas en los supuestos mostrados con anterioridad y que de forma acumulativa nos podrían conducir a afirmar que la transparencia, como otros muchos paradigmas de la nueva gestión pública, es un concepto que lejos de desarrollarse y fortalecerse cada vez que se cita, en realidad pierde su verdadero sentido ya que, quien lo hace, cuando luego tiene la oportunidad de dar virtualidad práctica a sus palabras, no actúa ni con coherencia ni con proporcionalidad a su discurso.

En este caso, que una corporación de servicio público en el que informar a los ciudadanos supone un pilar básico de su actividad, *ad intra* resulte cicatera con el principio de transparencia, no deja de causar cierto pasmo y sobre todo la impresión antes apuntada de completa pérdida de los puntos de referencia básicos de una entidad pública en un estado democrático y de Derecho.

Buscando una explicación, tal vez estos comportamientos tan poco escrupulosos y desatentos con el sentido y desarrollo del principio de transparencia puedan ser agrupados e identificados por el que podríamos denominar “síndrome del Falcon” o “síndrome del avión oficial” si se prefiere, que hace a cualquier titular de una institución pública, pensar de sí mismo que su actividad, y por tanto sus decisiones, no son reductibles a las más elementales reglas sobre transparencia que incluso, en algún momento, pudo llegar a exigir, solicitando su riguroso cumplimiento (mayoritariamente cuando estaba en la oposición). Separación de la regla general que ya no resulta de aplicación por cuanto su desempeño institucional es tan específico o especial, que no puede medirse por la misma medida que las acciones de sus antecesores o el resto de los comunes obligados a dar cuenta de sus actos en la medida que las normas y su construcción jurisprudencial así lo exigen.

Proceso de diferenciación y soslayamiento de la transparencia que no responde a ninguna lógica basada en la racionalidad de un correcto desempeño público a través del cumplimiento y la ejemplaridad. Mucho menos en una actitud bondadosa con el marco democrático del Estado y la lucha contra la cultura del secreto institucional. Más bien suele derivar de un espurio interés político o particular que, pese a resultar escandalosamente contradictorio, no suele llamar la atención, y si lo hace es por unos pocos días, pero sin ningún tipo de consecuencia.

El nombre del síndrome (que puede padecerse en cualquier ámbito público y por cualquier signo político) no es muy original pero se ha incorporado al acervo del conocimiento social, popular podría decirse, manteniendo su interés político pero sobre todo, jurídico. Deriva de la consideración como información clasificada del viaje del Presidente del Gobierno de España en un avión del Ejército del Aire (Falcon 900) adscrito al servicio de Presidencia del Gobierno a una reunión con el Presidente de la Generalidad Valenciana, la Alcaldesa de Castellón y, se supone que, aprovechando la visita institucional,

asistir al Festival Internacional de Benicàssim en compañía de su esposa<sup>572</sup>. Reserva de información que, más allá de bautizar una patología, supone otra elocuente muestra de lo afirmado líneas atrás. Mucho más, si ese criterio es el que después ha sido empleado por el Gobierno para futuras peticiones de información sobre viajes oficiales aplicando (habida cuenta de la caracterización militar del avión empleado) un Acuerdo del Consejo de Ministros de 1986<sup>573</sup>. Acuerdo que responde, en la mejor de las interpretaciones, a una norma de naturaleza técnica, con más orientación internacional que nacional en relación al cumplimiento del principio de reciprocidad internacional, por lo que no se descubre (de acuerdo a parámetros de normalidad) en qué medida la tipología de viajes del Presidente del Gobierno en territorio nacional para reunirse con autoridades civiles se homologa a los asuntos que pueden afectar la seguridad y defensa del Estado.

Este supuesto, en esencia, no resulta distinto de los que se conocían en las sentencias citadas líneas atrás como muestras de la falta de vigor del principio de transparencia, incluso su directo rechazo, reproduciéndose los correspondientes debates interpretativos (que ya deberían estar superados y solucionados) resultando finalmente una nueva y elocuente lección del Estado de Derecho ante el desajuste generado entre lo que deben ser las cosas en un entorno de corrección legal, incluso de integridad democrática, y las decisiones públicas adoptadas sin más criterio que el de la oportunidad o interés de la autoridad política de turno.

Así, se ha avanzado conquistando nuevas cotas en la abrupta senda que es la transparencia institucional y en la actualidad, la información relativa al uso de medios de transporte oficiales por parte de autoridades políticas, resulta más accesible. Y ello gracias a dos resoluciones dictadas en distintas sedes:

En primer lugar, por lo expuesto en la Resolución 520/2019 de 22 de octubre del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno por la que se reconoce el derecho a conocer los medios de transporte oficiales utilizados por el Presidente del Gobierno en desplazamientos ajenos a su condición de Jefe del ejecutivo, realizados en el territorio nacional, y copia de los informes justificativos de la necesidad de utilizar medios de transporte aéreos oficiales.

---

<sup>572</sup> Sobre esta cuestión, ante la petición de un particular de acceder al documento o la forma en que se realizó esta solicitud y en qué fecha se pidió y se planificó la asistencia del Presidente del Gobierno a ese evento, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno desestimó esta pretensión en su Resolución 607/2018 de 15 de enero, 2019, entendiéndose que la asistencia al evento musical no se realizó en calidad de Presidente del Gobierno, sino a título personal y privado. Argumento que para el Consejo hubiera sido deseable que se aportara como respuesta de Presidencia del Gobierno a la solicitud de información.

Una respuesta del Consejo de Transparencia que cierra formalmente la cuestión pero que no resuelve el problema de fondo para el bien de la legitimidad y credibilidad de la actividad pública: el uso razonable y eficiente de los medios públicos para fines públicos.

<sup>573</sup> Acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de noviembre de 1986, por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, ampliado por Acuerdos del Consejo de Ministros posteriores.

En segundo lugar, por el fallo de la sentencia 124/2020 de 18 de noviembre del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Nº2 (Recurso 126/2019-D) desestimatoria del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la citada resolución del Consejo de Transparencia.

De estas dos resoluciones, mucho más que sus meridianos fundamentos jurídicos conocidos por casi cualquier interesado en la materia salvo por el Gobierno de la nación y sus autoridades, resulta más interesante acercarse a la tierna representación, completamente naif, de los argumentos de la Abogacía del Estado para sostener la negativa a facilitar la información solicitada. Y no es no se quiera hacerlo, es que, *la Vicesecretaría General de la Presidencia del Gobierno no dispone de un archivo, base de datos o sistema de información sobre los medios de transporte utilizados en cada uno de los desplazamientos efectuados...* Como tampoco es posible saber, salvo que se realice una compleja labor adicional de interpretación normativa y fática, en qué momentos el Presidente del Gobierno, *deja de ser, en algún momento del día, "Jefe del Ejecutivo"; en qué momentos y circunstancias cesaría tal condición; en qué condiciones o circunstancias la utilización de un medio oficial de transporte se encontraría bajo el amparo de tal condición y en cuáles no; o qué eventos o reuniones a las asiste el Presidente del Gobierno pueden ostentar condición de oficiales y cuáles no.* Todo ello sin olvidar las obvias razones vinculadas a la seguridad del Presidente del Gobierno, como líder (en efecto, "líder") del Sistema de Seguridad Nacional.

Por supuesto, Juzgado se encarga de responder con precisión y agudeza jurídica a todo el argumentario de la Abogacía del Estado para fallar desestimando el recurso y condenando en costas a la Administración, pero es inevitable no sentir una punzada de tristeza democrática y jurídica que las colecciones jurisprudenciales hará brota de nuevo cada vez que se repase la sentencia en cuestión, al apreciar el discurrir de las instituciones públicas en temas tan preclaros y el devaluado empleo que se hace de un recurso estatal tal prestigioso como es la Abogacía del Estado.

Esto no es todo, aún hay más, junto a la perspectiva jurídica, completamente despejada, queda el poso de malestar e inquietud social generado por el proceder gubernamental, abriendo al imaginario del ciudadano medio a toda una serie de elucubraciones e hipótesis que suelen destilar descreimiento y falta de legitimidad, deteriorando la democracia o, cuando menos, no regenerándola tal y como se pretende, alejando las instituciones y sus actos de la vida ordinaria de cualquier persona.

Ya se verá qué sucede, si se repiten o no estas situaciones poco elogiosas para un Estado democrático y de Derecho, en relación a otros temas objeto de cierta polémica entre los cuales puede destacarse el de las peticiones de información sobre el comité o comités de expertos que han actuado durante el periodo de alerta sanitaria, avaladas igualmente por distintas resoluciones del Consejo de Transparencia<sup>574</sup>. Ausencia de información y negativa a facilitarla por parte de la autoridad competente

---

<sup>574</sup> En concreto:

Resolución 547/2020, de 23 de noviembre, 2020.

que se ha incorporado también a la memoria colectiva, abundando, de manera innecesaria, en el descreimiento y la falta de confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

Pero no debemos hacer recaer la falta de compromiso con la transparencia en la aplicación de reglas elaboradas en un contexto político-jurídico alejado de los postulados que, como se acaba de indicar, hoy definen la demanda social de transparencia, o utilizadas de manera forzada, separándose de la finalidad que le es lógica. El jurista o interesado perspicaz podrá apreciar que, pese a lo dicho y, sobre todo, pese a todo lo que se ha legislado, las normas sobre transparencia siguen siendo cicateras respecto al rendimiento el principio de publicidad institucional reservando espacios privados de la luz del conocimiento público, o estableciendo ámbitos subjetivos de aplicación que no responden a la realidad de vida pública que, como bien se sabe, va mucho más allá de lo que, entre otras, el artículo 2 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* entiende por sector público.

Por ejemplo, la *Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* muestra lo que les falta a otras normas similares, en lo tocante a los sujetos obligados en materia de transparencia pública, pero a la vez evidencia en sus restricciones significadas indeterminaciones al establecer las limitaciones de acceso.

Así, por un lado, no todas las normas sobre transparencia recogen con tanta claridad un listado tan amplio de sujetos alcanzados por las normas de transparencia como se manifiesta en la obligación de *las entidades privadas que perciban, durante el periodo de un año, ayudas o subvenciones en una cuantía superior a 20.000 euros, o cuando las ayudas o subvenciones percibidas representen al menos el 20% del total de sus ingresos anuales, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros*<sup>575</sup>. Referencia que amplía el espectro de la transparencia hacia organizaciones que, hasta la fecha, quedaban fuera de todo control.

Sin embargo, a la vez, el legislador navarro no ha renunciado a la inercia de las reservas tradicionales sobre la materia, estableciendo limitaciones de acceso a la información en base a conceptos jurídicos únicamente determinables por quien, además de tomar de la decisión pública, resuelve también si se pueden conocer o no las razones de dicha decisión. Baste como botón de muestra la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión<sup>576</sup>.

---

Resolución 550/2020, de 23 de noviembre, 2020.  
Resolución 584/2020 de 30 de noviembre, 2020.

<sup>575</sup> Artículo 3 (otros sujetos obligados) de la *Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*

<sup>576</sup> Artículo 31 de la *Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*.

Bien es cierto que siempre queda la labor de los órganos de garantía de la transparencia y la fundamental tutela judicial en orden a interpretar la proporcionalidad y finalidad de la protección que se pretende aplicando una limitación de acceso a la información. Pero no deja de ser un elemento más para la reflexión que tantos esfuerzos legislativos, tanta publicidad, tantos golpes en el pecho defendiendo la transparencia, venga de serie con un limitador de acceso que, en su caso, será afinado a través de la oportuna construcción doctrinal, habitualmente en sede jurisdiccional. Por supuesto, hay limitaciones evidentes que resultan exigibles para el buen funcionamiento del propio sistema, pero otras, en la actualidad, suponen una verdadera reserva de poder y de la manera de ejercerlo frente a los ciudadanos, fruto de inercias que PASQUIER y VILLENEUVE<sup>577</sup> han identificado de manera muy acertada:

- La herencia de la cultura del secreto, tal y como ya hemos aludido.
- La cultura burocrática de evitar admitir errores para mantener una cierta ventaja comparativa.
- Preocupación por la seguridad y la protección de datos en los Estados
- Ausencia de una costumbre de comunicarse y relacionarse de manera regular.

Tal vez, desde una perspectiva estrictamente jurídica en estos tiempos de debate sobre una posible reforma constitucional, debiera reorientarse o ampliar el planteamiento de actualización constitucional al modelo de Administración Pública que diseña nuestro Texto Fundamental, incorporando a los principios del artículo 103, el de transparencia por cuanto, en este momento, los postulados constitucionales a los que se ha anudado este principio (fundamentalmente el artículo 105.b) necesitan ser reforzados para definir de una manera aún más nítida la vigencia de la transparencia en la adopción de decisiones públicas.

Hoy podemos decir que existe un voluminoso bloque normativo en materia de transparencia (habitualmente, transparencia y buen gobierno<sup>578</sup>) pero dicho compendio regula evidencias asimétricas, ausencias y, sobre todo, establecimiento de restricciones y límites asentados en conceptos sólo determinables por quien está habilitado al más alto nivel. De hecho, aún persisten zonas poco nítidas, auténticos bancos de niebla en el ámbito público que son aprovechados para tomar decisiones cuya motivación o racionalidad, desde la lógica del interés general, quedan fuera del conocimiento de los

---

<sup>577</sup> PASQUIER, M. y VILLENEUVE, J.P.: "Barreras de la organización a la transparencia. Una tipología y análisis del comportamiento de la organización tendente a prevenir o restringir el acceso a la información", Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Nº 1, Vol. 72, 2007. Pág. 169 y ss.

Sobre las limitaciones a la transparencia, puede igualmente consultarse la obra colectiva "Los límites al derecho de acceso a la información pública". INAP. Colección monografías. Madrid, 2017.

Desde un punto de vista práctico, resulta fundamental la lectura del Criterio interpretativo 002/2015, de 24 de junio, elaborado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y la Agencia de Protección de Datos, sobre aplicación de los límites al derecho de acceso a la información.

<sup>578</sup> Vid. entre otras colecciones normativas:

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?id=331\\_Transparencia\\_y\\_Buen\\_Gobierno&tipo=C&modo=2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=331_Transparencia_y_Buen_Gobierno&tipo=C&modo=2)

ciudadanos y, en ocasiones, fuera de las posibilidades de ejercer alguno de los controles propios de un Estado Democrático y de Derecho.

*Copia parcial autorizada por el autor a efectos didácticos*