

COMENTARIOS A LA LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA VALENCIANA

Coordinadores

REMEDIOS ROQUETA BUJ - IGNACIO SEVILLA MERINO

Autores

CARMEN AGUT GARCÍA
CARLOS ALFONSO MELLADO
M^a JOSÉ ALONSO MÁS
JUAN A. ALTÉS TÁRREGA
JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ
EDUARDO COSTA CASTELLÁ
GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
CONCEPCIÓN M^a DOMÍNGUEZ GARCÍA
ARTUR FONTANA PUIG
JOSÉ M. GOERLICH PESET
CÉSAR HERRERO POMBO
MERCEDES LAFUENTE BENACHES
BEATRIZ LLEÓ CASANOVA

RAFAEL MANZANA LAGUARDA
FEDERICO MARTÍNEZ RODA
ANDRÉS MOREY JUAN
LUIS E. NORES TORRES
CARMEN PARDO MOLERO
JAVIER PINAZO HERNÁNDIS
JOSÉ FCO. RAMOS MORAGUES
INMACULADA REVUELTA PÉREZ
REMEDIOS ROQUETA BUJ
TOMÁS SALA FRANCO
IGNACIO SEVILLA MERINO
JUAN ANTONIO UREÑA SALCEDO
FERNANDO DE VICENTE PACHÉS

tirant lo blanch

Valencia, 2012

Copyright © 2012

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© VARIOS AUTORES

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-2463-2012
I.S.B.N.: 978-84-9033-317-4
IMPRIME: Gráficas Díaz Turudi, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Artículo 89. Responsabilidad por la gestión de los servicios

El personal empleado público es responsable de la buena gestión de los servicios encomendados y procurará resolver los obstáculos que dificulten el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a sus superiores jerárquicos.

I. ANTECEDENTE DEL PRECEPTO

El precedente inmediato de este precepto lo constituye el artículo 48.2 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana (aprobado por Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995), que establecía que el personal funcionario «es responsable de la buena gestión de las funciones que tenga asignadas y su responsabilidad no excluye la que pueda corresponder a sus superiores jerárquicos».

II. SENTIDO DEL PRECEPTO

En el precepto comentado se contienen tres proposiciones normativas, todas ellas de dudosa relevancia jurídica práctica. La primera consiste en una declaración de responsabilidad genérica de los empleados públicos por la buena gestión de los servicios encomendados. Es obvio que aquí no se ha querido constituir una auténtica responsabilidad de tipo penal o disciplinario. El principio de legalidad, en su vertiente material de determinación de las infracciones, exige que el legislador determine con una cierta precisión las conductas ilícitas por las que los empleados públicos han de responder penal o disciplinariamente. Y este precepto no satisface tal exigencia. Tampoco resulta razonable entender que en este punto la LOGFPV se está refiriendo a la responsabilidad civil de tales empleados, habida cuenta de que la misma ya viene regulada en su artículo 90. Supuesto que el legislador actúa racionalmente —y no aprueba normas inconstitucionales o redundantes—, cabe interpretar esta disposición en el sentido de que aquí se está imponiendo a los empleados públicos un deber genérico de gestionar correctamente los servicios que se les encomienden, deber cuya infracción dará lugar, en su caso, a responsabilidad penal, disciplinaria o patrimonial, en los términos previstos en otros preceptos. A estos efectos habría que tener en cuenta, especialmente, lo dispuesto en el artículo 90 de la LOGFPV, respecto de la responsabilidad patrimonial, y en los artículos 138 y siguientes del mismo texto legal, respecto de la responsabilidad disciplinaria.

El segundo inciso del artículo 89 LOGFPV contendría otro deber dirigido a los mismos sujetos: el de asumir un papel activo en la remoción de los obstáculos que dificulten el cumplimiento de sus funciones. A la luz del contexto en el que este enunciado normativo se halla inserto, es razonable interpretar que el legislador valenciano ha querido que los empleados públicos, a fin de garantizar el buen funcionamiento de los servicios que se les han encomendado, traten de solucionar en principio por sí mismos los problemas y las dificultades que les surjan en el desempeño de tales tareas, sin necesidad de recabar la intervención de sus superiores y paralizar en el ínterin dicho normal funcionamiento. Difícilmente puede funcionar de manera eficiente una organización si los agentes a su servicio escurren continuamente el bulto, trasladando la responsabilidad de la decisión a sus superiores, cada vez que se les presenta la más mínima dificultad, el más nimio problema, en el ejercicio de sus funciones.

El tercer inciso tiene un valor meramente aclaratorio. El hecho de que a todos los empleados públicos se les impongan los referidos deberes y responsabilidades por el correcto desempeño de los servicios que se les han encomendado no quita que sus superiores jerárquicos puedan tener igualmente obligaciones y responsabilidades análogas, dirigidas a asegurar el buen funcionamiento de tales servicios y el correcto desempeño de las tareas asignadas a sus subordinados. No se trata de situaciones jurídicas excluyentes.

III. BIBLIOGRAFÍA

PONCE SOLÉ, Julio, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Artículo 90. Responsabilidad patrimonial

Sin perjuicio de su responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos regulada en el artículo 106.2 De la Constitución, y del deber de resarcir los daños causados, la administración exigirá del personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, mediante la instrucción del correspondiente expediente con audiencia de la persona interesada y de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

I. ANTECEDENTE Y SENTIDO DEL PRECEPTO

El precedente inmediato de este precepto lo constituye el primer inciso del artículo 48.3 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana (aprobado por Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995), donde podía leerse que «la responsabilidad civil y penal [del personal funcionario] se hará efectiva en la forma que se determine por la leyes del Estado». El principal objetivo de ambas disposiciones sigue siendo el mismo: dejar claro que la responsabilidad civil del personal al servicio de la Generalitat por los daños causados en el desempeño de sus cargos se rige por lo establecido en las leyes estatales reguladoras de la materia.

Resulta difícilmente cuestionable que el Estado es competente no ya sólo para establecer las bases legislativas de esa responsabilidad —en virtud de los incisos contenidos en el artículo 149.1.18ª de la CE referentes al régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas y al sistema de responsabilidad de éstas, en la medida en que existe una estrecha conexión entre dicha responsabilidad y la del personal a su servicio—, sino incluso para legislar con carácter exclusivo los aspectos sustantivos de la materia, con base en la competencia que el artículo 149.1.8ª de la CE le atribuye para establecer la legislación civil.

II. NOVEDADES

El artículo 90 de la LOGFPV, no obstante, introduce algunas novedades en su redacción. En vez de remitirse, sin ulteriores precisiones, a lo que el legislador estatal disponga al respecto en cada momento, dicho precepto incorpora algunos de los rasgos esenciales de la regulación estatal que a día de hoy ordena

jurídicamente la responsabilidad civil de los empleados públicos por los daños causados en el ejercicio de sus funciones:

- La remisión se hace a un concreto precepto legal, al artículo 145 de la LPC.
- El tenor literal del artículo 90 de la LOGFPV parece dar a entender que es obligado, no simplemente potestativo, para la Administración exigir responsabilidad civil a las personas a su servicio que le hayan ocasionado daños mediando dolo, culpa o negligencia grave.
- La amplia redacción de este precepto comprende los dos supuestos a los que se refiere el artículo 145 de la LPC. Por una parte, los casos de regreso, en los que la Administración responde directamente frente a la víctima y, una vez abonada la indemnización, exige al agente público causante de los perjuicios las cantidades pagadas. Por otra parte, los casos en los que las autoridades o los empleados públicos han ocasionado directamente los daños en los bienes o derechos de la Administración a cuyo servicio se encuentran.
- En el procedimiento administrativo que eventualmente se tramite para exigir responsabilidad civil al servidor público causante de los daños ha de dársele audiencia al mismo, lo cual ya se desprendía derechamente, sin necesidad de que la ley valenciana nos lo haya recordado, del artículo 84 de la LPC.

Cabe poner en duda el acierto de esta redacción, desde el punto de vista de la claridad y la calidad legislativas. En primer lugar, porque resulta innecesario dotar de contenido sustantivo a la remisión efectuada en el citado artículo 90, ya que éste no añade o, mejor dicho, no puede añadir nada a lo que aquí establece el legislador estatal, en virtud de su competencia exclusiva para regular la materia.

Esta regulación sustantiva, en segundo lugar, puede dar lugar a equívocos y contradicciones que nos podríamos haber ahorrado. Estos problemas podrían surgir si se modificara la regulación establecida en el artículo 145 de la LPC en unos términos incompatibles con los previstos por el artículo 90 de la LOGFPV —en cuyo caso habría que entender que este precepto habría perdido sobrevenidamente su validez, deviniendo inconstitucional por vulnerar la competencia exclusiva del Estado para legislar en este ámbito— o si el legislador estatal sustituyera la regulación establecida en aquel precepto por la contenida en otra disposición legal distinta.

Debe notarse, en tercer lugar, que se trata de una remisión incompleta. Da la impresión de que a la LOGFPV se le ha «olvidado» que la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración no sólo se regula en el artículo 145 LPC. Aquí hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 116 a 121 del Código Penal, relativos a la llamada «responsabilidad *ex delicto*», donde todavía

se prevé la posibilidad de que los particulares que hayan sido víctimas de daños ocasionados por autoridades y empleados públicos ejerzan contra estos últimos, bajo ciertas condiciones, una acción directa de responsabilidad civil, configurándose con carácter meramente subsidiario la responsabilidad de la Administración a cuyo servicio actuaban los culpables.

Y, sobre todo, hay que reparar en la regulación de la denominada «responsabilidad contable», contenida un desarticulado *corpus* normativo compuesto por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, los artículos 176 y siguientes de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria, y las disposiciones que sobre la materia han dictado las Comunidades Autónomas: en el caso de la valenciana, los artículos 91 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, aprobado por el Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991.

De los casos de responsabilidad contable más graves y frecuentes —básicamente, los alcances y las malversaciones— conoce el Tribunal de Cuentas (art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas). En los restantes supuestos, la responsabilidad será exigida en vía administrativa por la Administración perjudicada (art. 180.2 de la Ley General Presupuestaria), aunque el Tribunal de Cuentas puede acabar enjuiciando el asunto en virtud de una avocación o un recurso (art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas).

En cuarto lugar, el tenor literal del artículo 90 de la LOGFPV parece indicar que resulta obligado para la Administración exigir responsabilidad civil a las personas a su servicio que en el desempeño de sus cargos le hayan ocasionado daños mediando dolo o negligencia grave, sin mencionar aquí las circunstancias previstas por el legislador estatal que podrían matizar tal obligatoriedad. Ciertamente, algunos autores y sentencias han interpretado esta última disposición legal en el sentido de que el ejercicio de la referida potestad resulta preceptivo, no simplemente facultativo, para la Administración perjudicada, aunque lo cierto es que en la práctica casi nunca se exige dicha responsabilidad. Sin embargo, esa obligatoriedad queda algo mitigada por el artículo 145.2.II de la LPC, cuando dispone que «para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso». Este precepto da a entender que la Administración perjudicada tiene un cierto espacio de maniobra, en la medida en que los criterios allí enunciados deben ser ponderados para decidir si se exige o no se exige responsabilidad al funcionario, con independencia de que también deban serlo a la hora de precisar la cuantía de la eventual indemnización. Como ha señalado MARTÍN REBOLLO,

este deber de ponderar «matiza... la pretendida obligatoriedad» del ejercicio de la potestad de exigencia de responsabilidad, porque la Administración dispone de un gran margen de apreciación para efectuar esta ponderación. La existencia del margen derivaría: de la indeterminación de los referidos criterios; del hecho de que la Ley no haya precisado cómo deben ser ponderados; y de la posibilidad de que la Administración tenga en cuenta también otros criterios distintos de los indicados en el precepto, según se desprende de la expresión legal «entre otros».

Por último, el artículo 90 de la LOGFPV reitera uno de los aspectos a nuestro juicio más desacertados de la legislación estatal básica reguladora de la materia. Como hemos argumentado por extenso en un estudio anterior, las autoridades y los empleados públicos sólo deberían responder civilmente por los daños ocasionados en el desempeño de sus cargos cuando los hayan causado dolosamente o cuando probablemente hayan obtenido algún beneficio derivado de los mismos. Si los daños han sido provocados por una negligencia —ya sea leve o grave—, la solución socialmente óptima es que el coste de los mismos sea soportado por la Administración, habida cuenta de que su aversión al riesgo será normalmente menor que la del personal a su servicio y de que tiene la posibilidad de incentivar la actuación diligente de este personal a través de otros mecanismos distintos de la responsabilidad civil, y más eficientes que ésta.

En efecto, la menor reluctancia al riesgo de las Administraciones públicas implica que ambos preferirán que la mayor parte, cuando no la totalidad, del engendrado por el funcionamiento de los servicios públicos sea asumida por aquéllas, en la medida en que pueden soportar mejor dicho riesgo. Y la situación constituida por la regla que podríamos llamar de la irresponsabilidad civil del agente es la que más se aproxima a esta distribución óptima del riesgo. A la Administración que ha sufrido un daño como consecuencia de la negligencia de un agente le resulta, paradójicamente, más gravoso exigirle responsabilidad por ello que inmunizarlo contra esta reclamación.

Si la Administración exigiera a sus servidores la reparación íntegra de todos los daños que éstos le hubiesen ocasionado negligentemente —lo que en la práctica casi nunca ocurre—, es probable que se produjeran dos indeseables consecuencias. De un lado, éstos adoptarían pautas de comportamiento excesivamente conservadoras, perjudiciales para los intereses públicos. De otro lado, disminuiría notablemente el número de personas competentes dispuestas a ejercer un cargo público, a menos que se elevaran proporcionalmente sus retribuciones en la cuantía suficiente como para que pudieran contratar un seguro que cubriese su responsabilidad civil, o a menos que la Administración les pagara directamente el seguro. Éste sería seguramente el punto al que acabaría llegándose. De hecho, ése ha sido el resultado al que se ha llegado en algunos ámbitos —v. gr., el sanitario— donde las víctimas han solido ejercer su derecho a demandar directamente a los empleados públicos causantes del daño, ante los Tribunales civiles, penales o contencioso-administrativos, con arreglo a la

legislación a la sazón vigente. Sin embargo, a la Administración que pretende incorporar y mantener empleados de un nivel de calidad aceptable le sale más barato asumir directamente el coste de los daños causados negligentemente por aquéllos que subirles el sueldo para que puedan pagarse un seguro. La Administración y, a la postre, los contribuyentes se ahorran los costes que engendraría la gestión por parte de las compañías aseguradoras de los contratos de seguro y el correspondiente beneficio empresarial. Las únicas que salen perdiendo son estas empresas, pero menos de lo que ganan el resto de los ciudadanos.

III. BIBLIOGRAFÍA

- BARCELONA LLOP, Javier, «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 105, 2000, pp. 37-57.
- CASANA MERINO, *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, IEF, Madrid, 2005.
- CASINO RUBIO, Miguel, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis, «Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 274-275, 1997, pp. 331-360.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, «Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos», en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 205-234.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo, «La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, T. I.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, «La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)», *Derecho y Salud*, 9-1, 2001, pp. 9-21.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, «Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració», *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2002, pp. 87-121.

Artículo 91. Comunicación a la jurisdicción penal

Lo dispuesto en los artículos anteriores se entenderá sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos a la jurisdicción competente por si pudieran ser constitutivos de infracción penal.

I. INTRODUCCIÓN

En el derogado Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana, aprobado por el Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995, del Consell de la Generalitat, no se encuentra un precepto equivalente, ni tampoco en el EBEP. Lo que sí establece esta última disposición, en su artículo 94.1 es que «las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio... cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones». En sentido similar, dispone el artículo 138.1 de la LOGFPV que la responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos se exigirá, imponiendo las sanciones que correspondan por la comisión de las infracciones tipificadas en la ley, «con independencia de las responsabilidades patrimoniales o penales a que los hechos puedan dar lugar».

En todos estos preceptos viene a reflejarse la idea, pues, de que las responsabilidades civil —o patrimonial, si se prefiere llamar así—, penal y disciplinaria de los empleados públicos son en principio independientes, y pueden exigirse a través de procedimientos en principio independientes.

Ello no quita que esta idea deba ser matizada en algunos puntos, por la existencia de ciertas concomitancias entre dichas responsabilidades. Cabría, por ejemplo, tramitar en un único procedimiento la exigencia de las responsabilidades disciplinaria y civil, respetando, claro está, todas las garantías establecidas por nuestro ordenamiento jurídico para el ejercicio de ambas potestades. La «íntima conexión» existente entre los hechos y circunstancias que la Administración ha de averiguar y valorar en los dos casos justificaría tal acumulación (véase el art. 73 de la LPC). Debe notarse, igualmente, que el ejercicio duplicado del *ius puniendi* estatal, en sus manifestaciones penal y disciplinaria, puede dar lugar a la vulneración del principio *non bis in idem*, si se dirige contra una misma persona, por los mismos hechos y con idéntico fundamento jurídico. Si concurre esta triple identidad, la vertiente material de este principio constitucional vedaría la imposición cumulativa de sanciones penales y disciplinarias; y la vertiente formal, la tramitación de dos o más procedimientos sancionadores.

En este contexto, el artículo 91 de la LOGFPV plantea principalmente dos cuestiones: la de la «prejudicialidad» penal en el procedimiento administrativo

de exigencia de responsabilidad civil a los empleados públicos y, en segundo lugar, la del deber de comunicar a la jurisdicción penal los hechos susceptibles de constituir infracción penal.

II. LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Cabe que en un procedimiento administrativo se plantee una cuestión que, al mismo tiempo, podría constituir el objeto autónomo de un proceso jurisdiccional. Si la elucidación de la misma es un requisito previo y decisivo de la resolución que ha de adoptar la Administración, puede afirmarse que se trata de una «cuestión prejudicial» surgida en el procedimiento administrativo.

Sirva como ejemplo la averiguación y calificación en un procedimiento disciplinario de hechos que pudieran ser constitutivos de un ilícito penal, amén de una infracción administrativa. Con el fin de asegurar el respeto del principio constitucional *non bis in idem*, se prevé la suspensión de los procedimientos disciplinarios instruidos por hechos que también pueden ser calificados como infracciones penales, hasta que recaiga resolución judicial en el proceso que se siga al respecto. El artículo 23 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, establece al respecto que:

@@@«En cualquier momento del procedimiento en que el instructor aprecie que la presunta falta puede ser constitutiva de delito o falta penal, lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiere ordenado la incoación del expediente para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal. Ello no será obstáculo para que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediera.

No obstante, cuando se trate de hechos que pudieran ser constitutivos de algunos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes y de los delitos de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus cargos... deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario hasta tanto recaiga resolución judicial».

Otro caso, al que implícitamente se refiere el artículo 91 de la LOGFPV, es aquel en el que la cuestión prejudicial penal se suscita en un procedimiento de exigencia de responsabilidad civil dirigido contra un empleado público. Este supuesto viene regulado por el artículo 146.2 de la LPC:

«La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los

hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial».

Adviértase que este precepto regula la prejudicialidad penal tanto en los procedimientos a través de los cuales las Administraciones públicas exigen responsabilidad civil a sus empleados como en aquellos procedimientos en los que los particulares que han sufrido una lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos solicitan de la Administración una indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 146.2 de la LPC fija como regla general la independencia entre los procedimientos de responsabilidad patrimonial y los procesos penales dirigidos contra los empleados públicos. Así la Administración puede resolver los primeros con cierta agilidad, sin el obstáculo que supondría suspenderlos hasta que se pronuncien los Tribunales. Tal independencia constituye, asimismo, una garantía para las víctimas, que pueden optar por la vía administrativa —y, eventualmente, la siguiente contencioso-administrativa— para obtener una indemnización, sin tener que esperar para ello a que finalice el proceso penal paralelo.

La suspensión evita que diversos órganos estatales se pronuncien contradictoriamente sobre los mismos hechos —con la merma de credibilidad frente a los ciudadanos que ello implica—, y otorga prevalencia al pronunciamiento del órgano que menos probabilidades tiene de equivocarse, habida cuenta de las mayores garantías de averiguación de la verdad con las que se ha configurado el proceso penal. Ahora bien, esta regla excepcional no sirve, a diferencia de la prevista en el artículo 23 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, para asegurar el respeto del principio constitucional *non bis in idem*.

La supresión, en virtud de la Ley 4/1999, del inciso de la redacción originaria del artículo 146.2 de la LPC en el que se decía que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no interrumpiría el plazo de prescripción para iniciar los procedimientos de responsabilidad patrimonial da a entender que ahora sí se producirá la interrupción.

III. EL DEBER DE COMUNICAR A LA JURISDICCIÓN PENAL LOS HECHOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIR UNA INFRACCIÓN PENAL

La defectuosa y ambigua redacción del artículo 91 de la LOGFPV no deja claro si aquí se está consagrando un auténtico deber jurídico de comunicar a la jurisdicción penal los hechos que pudieran ser constitutivos de una infracción penal. Además de utilizar una expresión sumamente equívoca —«sin perjuicio de dar conocimiento»—, que no aclara si nos encontramos ante una acción pre-

ceptiva o potestativa, tampoco precisa quiénes serían los obligados a informar ni qué sanción procedería en caso de incumplimiento.

Cabría entender que dicho deber pesa sobre cualesquiera autoridades y empleados públicos, y que su infracción puede constituir la infracción leve definida en el artículo 143.e) de la LOGFPV —«cualquier incumplimiento de los deberes y obligaciones del personal funcionario, así como de los principios de actuación, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave»—, y conminada con las sanciones previstas en el artículo 145.1.c) de la LOGFPV, a saber: la suspensión de funciones y retribuciones por un periodo de hasta 15 días, el apercibimiento y la obligación de realizar cursos de formación sobre ética pública.

Sin embargo, esa interpretación nos parece difícilmente compatible con el principio constitucional de tipicidad, que exige que las infracciones administrativas estén predeterminadas normativamente con la suficiente precisión como para que los individuos sepan a qué atenerse.

Ello no quita que en otras disposiciones sí se haya establecido una genuina obligación de informar en determinadas circunstancias. Con carácter general, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que «el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal, o Funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare» (art. 259), y que «los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante» (art. 262). La infracción de estos deberes, no obstante, se castiga con una multa que hoy resulta ridícula como consecuencia de que su importe —de 25 a 250 pesetas— no ha sido actualizado por el legislador desde tiempos inmemoriales.

En algunas disposiciones se establecen deberes de información equivalentes para supuestos más concretos. El artículo 544 ter.2.II de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, por ejemplo, dispone que «las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior [es decir, “en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”] deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección». La Ley, sin embargo, no ha previsto una sanción específica para la infracción de este deber.

Con arreglo al artículo 95.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, «cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. También podrá iniciarse directamente el oportuno procedimiento mediante querrela a través del Servicio Jurídico competente».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BALLBÉ, Manuel y PADRÓS, Carlos, *La Prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones administrativas apreciadas por los jueces penales: en particular, el caso de la prevaricación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 98, 1998, pp. 231-249.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración?: Sobre el alcance del artículo 146.2 de la ley 30/1992», *Revista de Administración Pública*, 141, pp. 265-270.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, «Límites al deber de secreto médico y Derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, 12, 2009.
- MORCILLO MORENO, Juana, *La prejudicialidad en el procedimiento administrativo*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- MORCILLO MORENO, Juana, *De las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, La Ley, Madrid, 2007.

Sección 2.ª

Régimen de incompatibilidades

Artículo 92. Régimen de incompatibilidades

1. El personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de cualquier cargo, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos o meramente honoríficos, si impide o menoscaba el exacto cumplimiento de sus deberes, compromete su imparcialidad o independencia o perjudica los intereses generales.

2. La aplicación del régimen de incompatibilidades se ajustará a la legislación básica estatal en esta materia y a la normativa autonómica de desarrollo.

3. La competencia para resolver las declaraciones de compatibilidad corresponde:

a) Al conseller o consellera que ostente la competencia en materia de sanidad, respecto del personal estatutario que desarrolle su actividad principal adscrito a dicho departamento, organismos o entidades dependientes.

b) Al conseller o consellera que ostente la competencia en materia de educación, respecto del personal docente que desarrolle su actividad principal adscrito a dicho departamento, organismos o entidades dependientes. En el ámbito universitario esta competencia es ejercida por el rector o rectora de la universidad.

c) Al conseller o consellera competente en materia de función pública, respecto del resto de personal que desarrolla su actividad principal en la administración de la Generalitat, sus organismos, entes, corporaciones de derecho público y empresas que de ella dependan. Si la actividad principal se desarrolla en las universidades de la Comunitat Valenciana, esta competencia será ejercida por el rector o rectora correspondiente.

4. En el ámbito de las entidades locales la competencia para las declaraciones de compatibilidad corresponde al pleno de la corporación.

I. ANTECEDENTES INMEDIATOS Y SENTIDO DEL PRECEPTO

Las normas que prohíben compatibilizar las actividades propias de un puesto de trabajo al servicio de la Administración con el desempeño de otros empleos o actividades en el sector público o privado cuentan con una larga tradición en el Derecho español.

El establecimiento de un régimen de incompatibilidades persigue principalmente dos fines: asegurar que los empleados públicos se esfuercen y rindan como deberían en el desempeño de los puestos de trabajo que ocupan al servicio de la Administración y, adicionalmente, salvaguardar su imparcialidad y su objetividad en el ejercicio de sus cargos. Algunos rasgos estructurales del empleo público hacen necesario el establecimiento de tal mecanismo a fin de garantizar la consecución de dichos objetivos.

El primero es que los incentivos económicos que los empleados públicos tienen para desempeñar sus tareas públicas como sería deseable, desde la perspectiva de los intereses generales de todos los ciudadanos, son probablemente insuficientes y, en cualquier caso, inferiores a los existentes en el sector privado. Las causas son varias. Los poderes de control que la Administración puede ejercer sobre el personal a su servicio son mucho más limitados que los que tienen los empresarios privados sobre sus trabajadores (v. gr., en cuanto a las posibilidades de extinguir la correspondiente relación de servicio, de proveer puestos de trabajo, etc.). Los alicientes económicos que estos empresarios tienen para observar y controlar si sus trabajadores cumplen efectiva y satisfactoriamente las tareas que tienen asignadas son mucho más potentes que los que tienen las autoridades administrativas para hacer lo propio: los primeros se están jugando su dinero, por lo que se esforzarán en verificar que sus empleados se esfuercen, por la cuenta que les trae, mientras que los segundos «disparan con pólvora de rey», por lo que probablemente no se esforzarán tanto. Ciertamente, las autoridades administrativas pueden perder las elecciones si se comportan demasiado negligentemente. Pero es razonable pensar que la presión que supone esta posibilidad no es tan intensa como la que ejerce el mercado sobre los empresarios privados, probablemente porque la información de que disponen los ciudadanos acerca de la gestión de los asuntos públicos es mucho más deficiente que la que poseen los clientes de las empresas privadas, y porque el riesgo de pasar a la oposición no es tan grave como el de perder la propia empresa.

Otro factor relevante es que las remuneraciones que paga la Administración suelen ser inferiores a las que se ofrecen en el sector privado por la prestación de servicios equivalentes. La seguridad y, eventualmente, el prestigio social que proporcionan los empleos públicos hacen que la Administración pueda reclutar a su personal ofreciendo retribuciones menores que las que los empresarios privados pagan a trabajadores de un nivel similar de competencia.

Así las cosas, parece claro que los empleados públicos pueden sentir la tentación de escamotear el esfuerzo que deberían invertir en el desempeño de sus funciones, desviándolo hacia otros empleos públicos o privados. El régimen de incompatibilidades persigue mitigar este riesgo, asegurando en cierta medida su rendimiento y, consiguientemente, la satisfacción efectiva de los intereses generales que se les ha encomendado. Este régimen trata de garantizar, pues, el principio de eficacia de la actividad administrativa consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución (STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 3).

Dicho peligro resulta especialmente grave en los supuestos en los que los intereses particulares a los que sirve una persona trabajando en el ámbito privado son presumiblemente contrapuestos a los intereses generales que la misma debería perseguir al desempeñar de manera simultánea sus funciones en el sector público. Es muy probable que este conflicto de intereses se resuelva a favor de los de índole particular, habida cuenta de que la capacidad de los empresarios privados para estimular, observar y controlar el rendimiento de sus agentes es muchísimo mayor que la de las Administraciones públicas para hacer lo propio. De ahí que también el principio de imparcialidad establecido en el artículo 103.3 de la Constitución española exija la prohibición de compatibilizar ambas actividades (STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 3).

En suma, el objetivo perseguido por el régimen de incompatibilidades es, como recuerda el último inciso del artículo 92.1 de la LOGFPV, evitar que el desempeño simultáneo de actividades por parte de los empleados públicos menoscabe el exacto cumplimiento de sus deberes, comprometa su imparcialidad o, en general, perjudique los intereses públicos a los que deberían servir objetivamente. En palabras del Tribunal Constitucional: «las incompatibilidades de los funcionarios públicos tienden a garantizar su objetividad de actuación, en evitación de relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo» (SSTC 172/1996, de 31 de octubre, FJ 1; y 73/1997, de 11 de abril, FJ 3).

II. REMISIÓN A LA LEGISLACIÓN ESTATAL

A diferencia de otras Comunidades autónomas, la valenciana ha renunciado a establecer su propia ley de incompatibilidades. Lo cual no resulta muy sorprendente, pues a lo conflictivo y delicado de la materia se añade el hecho de que la legislación estatal básica, declarada por el Tribunal Constitucional conforme con la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, ha dejado aquí a los legisladores autonómicos un escaso espacio de maniobra.

La STC 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 6), desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, dejó sentado que al Estado corresponde en exclusiva la competencia para

regular las bases del régimen de incompatibilidades no sólo de los funcionarios —que claramente forma parte esencial de su régimen estatutario, al que alude el primer inciso del artículo 149.1.18ª—, sino en general de todos los empleados públicos: «la configuración de un régimen de incompatibilidades de los empleados públicos, aplicable con criterios de generalidad a todo el sector público y con el detalle necesario que garantice una igualdad de tratamiento de los mismos, a esos efectos, en todo el territorio nacional, con independencia de la Administración o ente público al que sirvan, forma parte del régimen jurídico de las Administraciones públicas, al que se refiere, para reservar al Estado la regulación de las bases del mismo, el art. 149.1.18 de la Constitución»; «es, en efecto, la organización de las Administraciones públicas la que, desde una perspectiva global o de conjunto, está implicada en el establecimiento de un sistema de incompatibilidades, que si está presidido, entre otros principios, por el de eficacia, consagrado en el art. 103.1 de la Constitución, no tiene por qué limitarse exclusivamente a una parte del personal que sirve a aquéllas».

Las Comunidades Autónomas no pueden suprimir causas de incompatibilidad previstas en la legislación básica estatal, ni tampoco añadir otras no contempladas en ésta: son básicas tanto las causas de incompatibilidades como sus excepciones (STC 172/1996, de 31 de octubre, FJ 2). Sólo en algún caso verdaderamente peculiar, en el que la norma estatal básica se refería a las incompatibilidades propias de un singular tipo de relación funcional, cuyo mantenimiento quedaba a disposición de las Comunidades autónomas, ha admitido el Tribunal Constitucional la posibilidad de que el legislador autonómico se «aparte» de lo establecido en las bases estatales al regular las incompatibilidades de los «nuevos» empleados públicos que vienen a sustituir a los que antes se encontraban en aquella relación (SSTC 87/2009, de 20 de abril, y 135 y 137/2009, de 15 de junio). Debe señalarse, no obstante, que en realidad aquí la disposición autonómica no estaba excepcionando o contraviniendo lo dispuesto en la estatal, sino que en realidad estaba regulando un supuesto diferente, una relación de empleo público distinta de la contemplada por ésta. En general, las Comunidades autónomas, en esta materia, tan sólo pueden introducir supuestos de incompatibilidad que den respuestas a necesidades específicas de su propia organización, complementando, pero sin contradecir, lo dispuesto por el legislador estatal (STC 172/1996, de 31 de octubre, FJ 8).

La LOGFPV ha renunciado incluso a establecer cualquier tipo de regulación sustantiva del régimen general de incompatibilidades, limitándose a recordarnos en su artículo 92.1 cuáles son los fines y principios que informan el mismo, y remitiéndose explícitamente a lo dispuesto al respecto en la legislación básica estatal y la normativa autonómica de desarrollo. Las bases estatales en esta materia, como es sabido, no se han fijado en el EBEP, como hubiera sido deseable, sino que siguen conteniéndose todavía en la Ley 43/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Debe notarse que el artículo 20.7 de la LOGFPV establece una remisión especial para el personal directivo: su régimen de incompatibilidades «será el establecido para los altos cargos de la administración general del Estado o, en su caso, el que pueda establecerse para los altos cargos de la Administración de la Generalitat, sin que ello suponga la consideración de alto cargo del personal directivo».

Resulta llamativo, por lo demás, que tanto el EBEP como la LOGFPV, dos disposiciones con vocación de ordenar los aspectos fundamentales del régimen jurídico de la función pública, hayan soslayado regular uno de los elementos básicos y más característicos de este régimen, cual es el sistema de incompatibilidades. La Generalitat Valenciana ni siquiera ha desarrollado reglamentariamente la legislación estatal básica dictada al respecto, por lo que aquí todavía resulta aplicable el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, por el que se desarrolla la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (así lo establece explícitamente el art. 7 del Decreto del Consell 60/1985, de 13 de mayo, por el que se determinan los órganos competentes en materia de incompatibilidades del personal al servicio de la Generalitat).

III. DISPOSICIONES PUNTUALES REFERIDAS AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

La LOGFPV tan sólo contiene algunas referencias puntuales al régimen de incompatibilidades. Los apartados 3 y 4 de su artículo 92 establecen a qué órganos administrativos corresponde la competencia para resolver las declaraciones de compatibilidad correspondientes, en función del tipo de empleado público de que se trate en cada caso. De esta manera, se eleva de rango una regulación que hasta la fecha venía siendo establecida reglamentariamente (vid. el citado Decreto del Consell 60/1985, de 13 de mayo).

El artículo 76.b).2º señala que el complemento de desempeño tiene por objeto «retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo, así como la dedicación e incompatibilidad exigible para su desempeño».

En el artículo 129 de la LOGFPV se recuerda que los efectos jurídicos de la situación de excedencia voluntaria automática se producirán sin perjuicio de lo establecido en la normativa sobre inculpadabilidades. En su artículo 132.2 se dispone que «la excedencia voluntaria incentivada tendrá una duración de cinco años e impedirá desempeñar puestos de trabajo en el sector público bajo ningún tipo de relación funcional o laboral, excepto los supuestos contemplados en el artículo tres y concordantes de la Ley de Incompatibilidades, con los requisitos en ella establecidos y previa autorización de compatibilidad».

Para asegurar la eficacia de las normas sobre incompatibilidades, se tipifica su incumplimiento como infracción muy grave si el mismo provoca una situación de incompatibilidad [art. 141.1.n) de la LOGFPV]; y como falta grave, si se trata simplemente de un incumplimiento formal que no da lugar a una situación tal [art. 142.1.k) de la LOGFPV], como, por ejemplo, sería el caso en el que se ejerciera una segunda actividad compatible sin haber solicitado previamente la preceptiva autorización.

IV. BIBLIOGRAFÍA

MESEGUER YEBRA, Joaquín, *El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos*, Bosch, Barcelona, 2007.