

# LUX BARCELONA

REVISTA DE TRANSPARENCIA METROPOLITANA

02

| Edición en español |





# LUX

## BARCELONA

REVISTA DE TRANSPARENCIA METROPOLITANA



# LUX BARCELONA

Revista de transparencia metropolitana  
núm. 02

*Lux Barcelona* es una revista promovida por la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona (AMB) que se edita en tres versiones (en catalán, en español y en inglés).

## Consejo Asesor de Transparencia Metropolitana

*Carme Ballbé*  
*Mercè Barceló*  
*Manel Camós*  
*Victòria Camps*  
*Tomàs Font*  
*Carme Ribas*  
*Joaquim Triadú*  
*Josep Maria Vallès*

Las opiniones expresadas en los trabajos publicados son responsabilidad exclusiva de sus autores.

## Dirección

*Gemma Calvet*, directora de la Agencia de Transparencia

## Coordinación editorial

*Ester Pujol*  
AMB, Oficina Tècnica de Gerència

## Coordinación de contenidos

*Joan Cotxà* (AMB, Agencia de Transparencia)

Selección de citas a cargo de Gemma Calvet  
**Fuentes de las citas:** Margaret Atwood (*Power politics*), Epicuro (*Máximas*, 342 a. C.), M. Mercè Marçal (*Llengua abolida*), Les enseñanzas de Ptahhotep (3000 a. C.), George Steiner (*Diez (posibles) razones de la tristeza de pensamiento*), Hannah Arendt (*Sobre la violencia*), Confucio (*Las analectas*, 551 a. C.), Robert Louis Stevenson (*La isla de las voces*), Simone Weil (*Echar raíces*) Rob Riemen (*Nobleza de espíritu*).

## Diseño y maquetación

*Úrsula Solans* (AMB, Servicio de Comunicación)  
*Cecilia M. Clos*

## Corrección y traducción

*Tau Traduccions SL*

## Impresión

*Quaderngraf, SL*

DL: B 30270-2017  
ISSN 2604-0964 (papel)  
ISSN 2604-0980 (digital)

© de las fotografías: Kim Manresa  
© de las ilustraciones: Jordi Duró  
© de los textos: los autores  
© de la edición: Área Metropolitana de Barcelona

*Barcelona, enero 2019*

# EL REFUERZO DE LA INTEGRIDAD PÚBLICA

El segundo volumen de la revista *Lux Barcelona* reflexiona sobre la integridad pública, el código ético y las relaciones con grupos de interés. Tras una introducción a cargo de Gemma Calvet, directora de la Agencia de Transparencia del AMB, se reproduce el *Código ético y de conducta para los altos cargos del AMB y entidades vinculadas*, que el Consejo Metropolitano aprobó el comienzos del 2018.

Los otros dos pilares relevantes para la reflexión sobre el buen gobierno son los artículos de Marc Molins, «Guía de identificación y prevención de riesgos penales del AMB y sus entidades asociadas y dependientes», y de Pau Bossacoma, «La financiación metropolitana de grupos políticos, partidos políticos y sindicatos».

Al igual que en el primer número de la revista *Lux Barcelona*, el volumen se completa con cuatro miradas que invitan a la reflexión desde un punto de vista humanístico. La luz de los «Faros» la aportan Begoña Román, «Cuidar de las instituciones», Francesc Torralba, «Ética, cosmética y credibilidad», Miguel Ángel Gimeno, «Objetivo final: la cultura de la integridad», y Mónica Planas, «Madres antes de tiempo». Asimismo, la mirada del fotógrafo Kim Manresa y las ilustraciones del opinador gráfico Jordi Duró enriquecen el punto de vista global que busca la revista.





Montcada i Reixac. Paso a nivell  
en la calle del Bogatell  
© KIM MANRESA

*«Eres tan falso como el adorno de mármol  
alrededor de la chimenea, haría cualquier  
cosa para estar lejos de aquí. No hago nada.»*  
*Margaret Atwood*

*«El ser bienaventurado e incorruptible no tiene dificultades ni las crea a  
los demás; de modo que no se deja coaccionar ni por iras ni por favores,  
porque solo un ser débil queda a la merced de estas coacciones.»*

*Epicuro*

*«El puerto está lleno de barcos cargados  
De crímenes de Nunca y de culpas de Ningún lugar.  
Y este cadáver dentro de mi armario...»*  
*M. Mercè Marçal*

*«Si estás en un puesto administrativo y das órdenes  
a muchas personas, aspira siempre a ser irreprochable  
y que tu orden no contenga ninguna injusticia; pues la  
verdad y la justicia son grandes, su virtud es duradera.»*  
*Las enseñanzas de Ptahhotep (3000 a. C.)*

*«No hay democracia en el genio, solo una terrible  
injusticia y una carga que amenaza la vida. Están  
los pocos, como decía Hölderlin, que se ven obligados  
a aferrar el relámpago con las manos desnudas.»*  
*George Steiner*

# EL MURO DE LA TRANSPARENCIA

*«En verdad, a lo largo de mi vida, he tenido la suerte de poder dedicarme a abrir grietas en el conformismo ambiental, y de poner en convergencia los fenómenos de la sociedad y los marcos jurídicos.»*

Simone Veil

Los que trabajamos desde hace años en el paradigma de la transparencia, hemos tenido que hacer un gran esfuerzo para mantener la confianza en esta nueva dimensión de la gestión pública. En el momento de hacer un balance realista de la eficacia de nuestra lucha para la prevención de la corrupción y la regeneración democrática, a través del refuerzo del cumplimiento de la legalidad, y del impulso de la responsabilidad directiva público-privada, nos hemos encontrado inmersos en una carrera de obstáculos y en una lógica de paradojas continuas que hacen tambalear la «certeza en la transparencia». A través del Programa Lorenzetti firmado entre la Agencia de Transparencia del AMB, el Ayuntamiento de París, la Veeduría Distrital de Bogotá y el Inspector General de Montreal, hemos podido crear un marco de camino compartido en el análisis de estas dificultades.

La incorporación del paradigma de la transparencia y del buen gobierno, se ha establecido a partir de tres ejes: el de la publicidad activa, el del derecho de acceso a la información por parte de la ciudadanía, y el de la responsabilidad directiva público-privada a partir del liderazgo ético. En definitiva, el gran reto de la transparencia es construir una línea de continuidad entre derecho y ética, y entre sector público y sector privado, aglutinando así la necesidad de reforzar el sistema democrático de abajo hacia arriba.

Esta profunda reforma ha venido acompañada de la modificación, a partir de las directivas europeas de contratación pública, de la nueva normativa de contratos, que se ha vuelto mucho más exigente al reforzar un cambio profundo que permita avanzar en la regeneración democrática y en la prevención de la corrupción. La implementación de la administración electrónica también tiene como finalidad dar seguridad jurídica a la tramitación de expedientes administrativos con una trazabilidad fiable, pública y de difícil alteración. Estos cambios han sido una respuesta a la gran alarma de la corrupción como factor de ruptura del vínculo entre la ciudadanía y la cosa pública. O, dicho de otro modo, entre la percepción social y la certeza democrática.

Estas exigencias de reformas implican una sacudida importante en procedimientos y roles adquiridos hasta ahora. Su implementación presenta graves

dificultades. El primer choque es el cuestionamiento de un sistema vertical y ultracentralizado de administración pública, favoreciendo un criterio horizontal de distribución de funciones y responsabilidades. El nuevo liderazgo directivo exigido, corre el riesgo de sentirse interpelado o puesto en riesgo en su poder asentado. Y esto hace que en muchos casos el día a día de las tareas se encuentren con dinámicas de obstaculización a los cambios, que no son nuevas, si nos remontamos a Weber, pero sí diferentes y más sutiles. Cómo explicaba el sociólogo, economista y jurista alemán, y es un análisis de renovada vigencia, existen dos tipos de funcionarios: los «políticos» y los «carismáticos». Los primeros se convierten en prisioneros de la burocracia y la rutina, y lo que ha podido suceder como síntoma sencillamente de la inercia acomodaticia, ahora mismo, con las exigencias de la transparencia, se ha convertido en un antídoto permanente al cambio que esta propone (como decía Weber, «demandas fundamentales de la acción política»). Es decir, las armas contra una administración abierta y que explica cómo trabaja, es más burocracia, más confusión en los procedimientos y más laberintos tecnológicos para evitar la transformación. La fabricación de dichas armas a menudo se está gestando desde dentro de las propias administraciones en contra de la tarea de los órganos de garantía de la transparencia y el buen gobierno.

Los otros funcionarios, los «carismáticos», son los totalmente contrarios a la rutina y a la concentración de poder estático y unipersonal. Están atentos a las nuevas obligaciones, quieren compartir información, y construyen los itinerarios de práctica cotidiana para hacerlos posibles. La gran teorización de la administración abierta y transparente requiere ahora una buena diagnosis sobre cómo superar las resistencias existentes, y cómo acelerar su implementación real. Aquellos postulados de Weber adquieren una nueva vigencia y los esfuerzos tienen que orientarse en esta dirección y en el refuerzo del cumplimiento de los códigos éticos y de conducta para los altos cargos.

Si la transparencia afecta a la trazabilidad del dinero público y la toma de decisiones, está claro que su extensión, y por lo tanto, los efectos anteriormente

señalados, afectan también a la dinámica público-privada y a las empresas que contratan con la Administración pública, especialmente las de servicios de interés general y universal que tienen que rendir cuentas de su actividad prestadora de servicios a la Administración responsable. En este sentido, el Código ético y de conducta del AMB y sus entidades vinculadas, que se incorpora en esta publicación, ofrece un marco de trabajo donde los principios y las obligaciones mutuas están claramente identificadas. La gran novedad es la existencia de un régimen sancionador en la Ley Catalana de Transparencia, 19/2014. Este elemento es capital para entender que se ha dado un salto de una ley programática a una ley vinculante. El otro es el cuestionario de conflictos de intereses y el registro de grupos de interés.

Esto es, pasar de una transparencia de «marketing» a una transparencia «real».

Como decíamos, la gran prevención de la corrupción sitúa el núcleo esencial en la contratación pública. Nos referimos a reforzar la publicidad de los procedimientos, a la garantía de la libre competencia, la participación de las pymes en las adjudicaciones, la distribución por lotes en la contratación, el control en la ejecución de los contratos, y la alerta ante la precariedad laboral o la subcontratación. La identificación clara de costes y la segmentación de la ejecución presupuestaria pueden evitar zonas oscuras de beneficios económicos y comisiones de intermediarios. A pesar de que las lógicas corruptas a menudo encuentren caminos para su propio beneficio, la combinación de instrumentos podría dificultarlos. Sin embargo, el camino de estos instrumentos se encuentra ante un muro real de hostilidades a la transparencia.

¿Cuáles son estas lógicas hostiles? La primera es que la importancia de la transparencia, el buen gobierno y la prevención de la corrupción, en los discursos políticos, es en general inversamente proporcional a la dotación de recursos económicos y humanos a la tarea de los órganos que la garantizan. No siempre los políticos están debidamente informados de los caminos para superar

estas inercias, puesto que algunos altos cargos relevantes en las organizaciones que vienen de antiguo y que siguen anclados en las dinámicas de la opacidad dedican muchos esfuerzos a aislar los órganos de transparencia y señalar sus responsables como gestores «temerarios». Estos, si funcionan, tienen que tener una ubicación orgánica que permita un trabajo transversal, alejado lo máximo posible de la táctica política partidista y con una dimensión técnica independiente.

La segunda lógica hostil es que valores como el bien común o el interés general están a la baja en el mercado democrático. La tendencia a la privatización como herramienta de eficacia en la gestión ahora se encadena con la tendencia a la privatización como lógica evitativa de la transparencia en la gestión pública, y en este extremo, el muro de la transparencia crece todavía más. Los que defendemos una democracia colaborativa creemos que caer en esta trampa es un error que perjudica ostensiblemente a los dos sectores.

Una vez identificado el muro, el salto necesario es individual y común al sector público y privado. Se llama liderazgo ético y compromiso.

El panorama no es optimista, pero no podemos renunciar al objetivo. Como bien escribe el filósofo español Santiago Alba Rico: *«La democracia —política y económica—, tan excepcional en la historia, sin la cual no hay rescate civilizacional posible, vuelve a ser la derrotada. Es difícil anticipar las consecuencias sin asustarse.»*

### **Gemma Calvet Barot**

Directora de la Agencia de Transparencia  
del Área Metropolitana de Barcelona

# Código ético y de conducta para los altos cargos del AMB y entidades vinculadas

## Preámbulo y principios

La Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el artículo 55.1, concreta los principios y reglas de conducta que tienen que guiar la actuación de los altos cargos. Asimismo, en el apartado 3, indica que «el Gobierno, los entes locales y los otros organismos e instituciones públicas incluidos en el artículo 3.1 han de elaborar un código de conducta de sus altos cargos que concrete y desarrolle los principios de actuación a que hace referencia el apartado 1, que establezca otros adicionales, si procede, y determine las consecuencias de incumplirlos, sin perjuicio del régimen sancionador establecido por esta ley». Con la aprobación de este Código ético y de conducta, como instrumento de autorregulación de los altos cargos, el Área Metropolitana de Barcelona da cumplimiento a esta obligación legal.

La Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, por su parte, hace patente que fundamenta su actuación en una serie de principios y valores que definen el buen gobierno, que parten del fomento del compromiso personal y se reflejan en el trabajo en equipo corporativo.

Estos principios son:

- Legalidad
- Responsabilidad
- Integridad
- Rendición de cuentas
- Derecho a la información
- Objetividad
- Ética pública
- Equidad

Todos y cada uno de estos principios explicitan, de una manera u otra, la necesaria correspondencia entre los derechos de la ciudadanía y los deberes de quienes han asumido el compromiso de garantizar estos derechos. Más allá de guiarse por el principio de legalidad, los altos cargos son los máximos responsables de la obligación de cumplir y hacer cumplir la ley y adaptarla o interpretarla de acuerdo con las circunstancias de cada situación y en beneficio

del interés general y del buen gobierno. Esto implica hacer un uso responsable y ético de su tarea y exigencia de discrecionalidad directiva en las funciones que tiene encomendadas. A su vez, el código ético, como sistema de integridad institucional, tiene que constituir una garantía para el alto cargo suscriptor, en el sentido de que le ofrece una herramienta de autorregulación ética, siempre de refuerzo a la normativa pero no reproduciéndola y, por lo tanto, lo orienta y lo protege en situaciones de potenciales conductas que puedan comprometer la ética.

La transparencia es la condición necesaria para responder al derecho a la información, un derecho que tiene que ser garantizado con diligencia, imparcialidad, honestidad y lealtad, de forma que la ciudadanía pueda acceder, desde la igualdad de acceso y de trato, a la información que necesite, y conocer el funcionamiento y la actividad de las administraciones públicas. La transparencia y el buen gobierno tienen que hacer posible que la ciudadanía haga un seguimiento continuado de las actuaciones políticas y administrativas así como la pertinente evaluación. Una administración transparente es una administración que rinde cuentas de su funcionamiento y fomenta así la participación ciudadana.

La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, incorporada al Tratado de Lisboa, introdujo el derecho de la ciudadanía a la buena administración (art. 41), impulsando códigos de conducta y la simplificación organizativa.

En la medida en que el código ético se hace eco de los riesgos y posibles negligencias que afectan al incumplimiento del compromiso de ser transparentes y del fomento de una buena gobernanza, es una herramienta que facilita la asunción de responsabilidades de los altos cargos y el hábito de rendir cuentas de las actuaciones realizadas.

El comportamiento de los consejeros y consejeras del AMB tiene que responder siempre a la confianza pública de que son depositarios como cargos electos, ejerciendo siempre sus atribuciones con integridad y honestidad, velando para no incurrir en ningún conflicto de intereses ni en ningún otro tipo de situación que pueda condicionar indebidamente el ejercicio de su cargo representativo. Por esta razón, tienen que mantener en todo momento una conducta respetuosa y una actitud ejemplar con el resto de miembros y con los ciudadanos. Este comportamiento ha de implicar siempre la utilización de un lenguaje correcto, y también un sistema de relación fundamentado en la interacción constructiva, cordial y dialogando con todas las personas y todos los colectivos sin exclusión. Así mismo, la dimensión ética integrada en el ámbito directivo ofrece un plus añadido al cumplimiento de la legalidad, por un lado refuerza el sentido de responsabilidad y conocimiento de la misma, por el otro potencia la capacidad

individual y organizativa del fomento de las buenas prácticas. En cualquier caso, un código de ética y de buena conducta no puede reiterar el cumplimiento normativo preexistente ni limitar su vigencia.

En el ámbito de la regulación metropolitana, sin perjuicio de su necesaria reforma, el actual Reglamento Orgánico Metropolitano (ROM) establece:

*Art. 1.2. Objeto del reglamento: formulación de los principios de transparencia de la actividad de la Institución, a la regulación del acceso a la información y a la participación ciudadana y de los municipios y entidades del área metropolitana.*

*Art. 73. Principios de transparencia y participación.*

*73.1. El AMB asume como objetivo y obligación propia ampliar y reforzar la transparencia de sus actividades, y reconoce y garantiza el derecho de la ciudadanía y los municipios de acceso a la información relativa a estas actividades públicas.*

*73.4. El AMB velará porque esta cultura de transparencia y participación se incorpore a las prácticas y metodologías de trabajo de todos sus servicios y departamentos y que elaboren y publiquen de forma periódica y actualizada la información relevante sobre sus actividades, relacionadas con el funcionamiento de los servicios públicos, de forma que se garantice la transparencia, seguimiento y control.*

La Agencia de Transparencia, como órgano de garantía del AMB y de sus entidades vinculadas, velará por el fomento del cumplimiento del presente Código ético y de conducta así como por la evaluación de su cumplimiento, con la certeza de que tiene que constituir una herramienta eficaz y creíble en su funcionalidad, despliegue y en la evaluación continuada de su cumplimiento.

## **1. Sujetos obligados**

El presente código se aplica a los cargos representativos, todos los miembros del Consejo Metropolitano, a los altos cargos y directivos del AMB (gerente, directores de área y directores de servicios) y de sus entidades vinculadas que tienen una posición análoga.

La adhesión de los altos cargos al presente código ético será objeto de publicidad activa en el portal web, y tendrá carácter obligatorio.

La adhesión al Código ético se formalizará en el momento de la toma de posesión o incorporación en la organización del alto cargo o, respecto de los altos cargos que ya forman parte, a partir del momento que este sea aprobado.

## 2. Ética en la publicidad activa y la rendición de cuentas

El compromiso con la transparencia obliga a publicitar especialmente todas aquellas actuaciones relevantes en cuanto a la rendición de cuentas de la actividad pública y de aquellas que por su naturaleza, podrían ser susceptibles de incurrir en malas prácticas.

Se tiene que dar publicidad o dar cuenta al sistema interno de garantía y a la Administración responsable, de la información que se explicita a continuación:

**2.1. Trazabilidad del dinero público.** El uso que se haga de los recursos materiales, para poner de manifiesto el ajuste a la legalidad presupuestaria y la eliminación de cualquier gasto no vinculado claramente a obligaciones institucionales.

**2.2. Cultura meritatoria en los cargos directivos.** Los méritos profesionales y currículum de cada uno de los altos cargos y cargos directivos, así como de las retribuciones, indemnizaciones y dietas que les son asignadas.

**2.3. Agenda pública en relación con los grupos de interés.** La agenda de los altos cargos en su interacción con los grupos de interés en el sistema de seguimiento que implemente la Agencia de Transparencia, para hacer efectiva la rendición de cuentas en su tarea.

**2.4. Compatibilidades.** Se comunicarán de forma actualizada las condiciones de incompatibilidad y declaraciones de compatibilidad de los altos cargos desde el momento de su nombramiento y hasta su cese y las declaraciones de bienes.

**2.5. Contratación pública.** La publicación de los procedimientos de contratación pública se hará con observancia de la legalidad, fomentando las buenas prácticas, cumpliendo con las cláusulas de transparencia y buen gobierno en la contratación pública aprobadas por el Consejo Metropolitano y velando por su cumplimiento.

**2.6. Selección y contratación de personal.** En cuanto a la selección y contratación de personal, se hará con observancia a la legalidad, fomentando las buenas prácticas, evitando los conflictos de intereses y garantizando la publicidad y la libre concurrencia en todos los procesos.

**2.7. Conflictos de intereses.** Para fomentar la cultura de integridad, la prevención de los conflictos de intereses y garantizar la prevalencia del interés público sobre los intereses privados, se suscribirá el cuestionario anexo al presente código. En caso de duda sobre conflictos de intereses, se tiene que proceder a abstenerse de actuar.

2.8. **Derecho de acceso.** Publicar la memoria y mostrar diligencia en la atención a las demandas de información de los usuarios y en las peticiones de derecho de acceso de los ciudadanos con el seguimiento de los procedimientos establecidos.

2.9. **Publicidad de criterios.** Elaborar criterios objetivos y motivados en la toma de decisiones y hacerlos públicos tanto en las resoluciones o actas individuales como en la gestión de equipos.

2.10. **Sujeción a los compromisos de gobierno.** Por parte de los cargos electos, se publicarán los compromisos de gobierno y se hará rendición de cuentas a la ciudadanía de su cumplimiento en las acciones públicas impulsadas.

### 3. Ética en la gestión directiva

La asunción de la responsabilidad directiva comporta un alto nivel de exigencia de integridad, de responsabilidad, de trabajo en equipo y de capacidad auto-crítica. El buen gobierno exige unos criterios éticos y normas de conducta que potencien el liderazgo ético.

3.1. **Responsabilidad y lealtad institucional.** Asumir la gestión de la discrecionalidad directiva de cada área de forma responsable y motivando de forma objetiva las decisiones. Integrar como criterio orientador y prioritario en la labor directiva metropolitana el interés general y el bien común, con la máxima lealtad institucional ponderando las informaciones y manifestaciones públicas.

3.2. **Calidad y austeridad.** Asegurar una buena gestión del gasto, con criterios de prudencia y austeridad, anteponiendo el interés general y el servicio directo al ciudadano, por eso hay que fortalecer la dimensión ética de los procesos de decisión, valoración meritatoria y adjudicación de gastos.

3.3. **Equidad y no discriminación.** Implicarse en el refuerzo de las condiciones laborales de los trabajadores y trabajadoras, fomentando la cultura de calidad en las condiciones laborales con estructuras definidas y las funciones establecidas, promoviendo la equidad de oportunidades entre hombres y mujeres y evitando cualquier forma de discriminación.

3.4. **Diligencia de legalidad.** Fomentar la vinculación jurídica en la toma de decisiones, conociendo el contenido de la normativa y la regulación, así como los procedimientos de transparencia y buen gobierno, buscando la máxima diligencia en su cumplimiento. No se podrá aceptar ningún tipo de incentivo, obsequio o beneficio vinculado a la toma de decisiones de cualquier tipo o que se le pueda ofrecer por su cargo.

3.5. **Veracidad e integridad.** Asumir la ética como herramienta de prevención de riesgos penales y de prevención de conflicto de intereses, cumplimentando los cuestionarios con veracidad y objetividad. Garantizar que las contrataciones de personal estén basadas en la capacidad y no por afinidades políticas o vinculaciones familiares. Abstenerse de participar en la toma de decisiones donde los intereses confluyan con intereses personales o partidistas de forma directa o indirecta, o que comporten beneficios a terceros vinculados.

3.6. **Visión horizontal y profesionalidad.** Trabajar en la cultura de las decisiones compartidas, promoviendo una gestión directiva horizontal que vele por el buen ambiente laboral, la competencia profesional y el apoderamiento del personal.

3.7. **Formación y autoexigencia.** Fomentar la formación continuada y el intercambio de buenas prácticas en la colaboración interadministrativa, así como en la capacidad de intercambio de datos y la integración y complementación de servicios. Se fomentará la innovación, la excelencia y la modernización en las tareas administrativas.

3.8. **Voluntad y compromiso.** Creer en la capacidad de la creatividad constructiva y en la dimensión ética que ofrece la transparencia y el buen gobierno como nueva cultura de trabajo. Lograr el compromiso de esta certeza en el día a día de la gestión directiva, tanto en la supervisión en la protección de los bienes públicos, como en el impulso de la acción transformadora.

3.9. **Atención y servicio.** Procurar limitar la burocracia en los procedimientos para priorizar el servicio a los ciudadanos, la accesibilidad y la flexibilidad en los trámites e informaciones. Se velará por la no reiteración de servicios o programas existentes y por la máxima cooperación con los entes locales y los diversos servicios del Área Metropolitana.

3.10. **Coraje y honestidad.** Proteger y respetar a los servidores públicos que alerten de riesgos de malas prácticas o irregularidades vinculadas al Código ético, trasladando la información a la Agencia de Transparencia y canalizando la toma de decisiones para dirimir cualquier incidencia y determinar su solución, incluyendo si es necesario, el derecho a la rectificación ante eventuales vulneraciones del derecho al honor.

3.11. **Confidencialidad.** Garantizar la confidencialidad y la reserva de aquellos trámites que lo requieran, haciendo prevalecer el derecho a la intimidad de los trabajadores y ciudadanos y el secreto y custodia en las comunicaciones y aquellos documentos que así lo exijan.

3.12. **Big data y uso de la tecnología.** Abstenerse de hacer un uso interesado, comercial o ajeno al interés del servicio en los datos que se obtengan del uso de las tecnologías en el ámbito metropolitano o del seguimiento de datos electrónicos.

## 4. Implicación en la transparencia y el buen gobierno y colaboración con la Agencia de Transparencia

4.1. **Disponibilidad y cooperación.** Se mantendrá una actitud colaborativa con la Agencia de Transparencia, como órgano de garantía de la aplicación del Código ético y de conducta, así como con los servicios de control interno y externo para el cumplimiento del presente código, tanto en la entrega de información como por el seguimiento de las recomendaciones que se efectúen en materia de transparencia y buen gobierno que derivan de la normativa.

4.2. **Difusión y formación.** Se potenciará el conocimiento del presente Código ético y de conducta con formación interna, seguimiento del mismo e identificación de las incidencias que se produzcan en su cumplimiento, y se facilitará su aplicación por parte de terceros que se relacionen con la Administración.

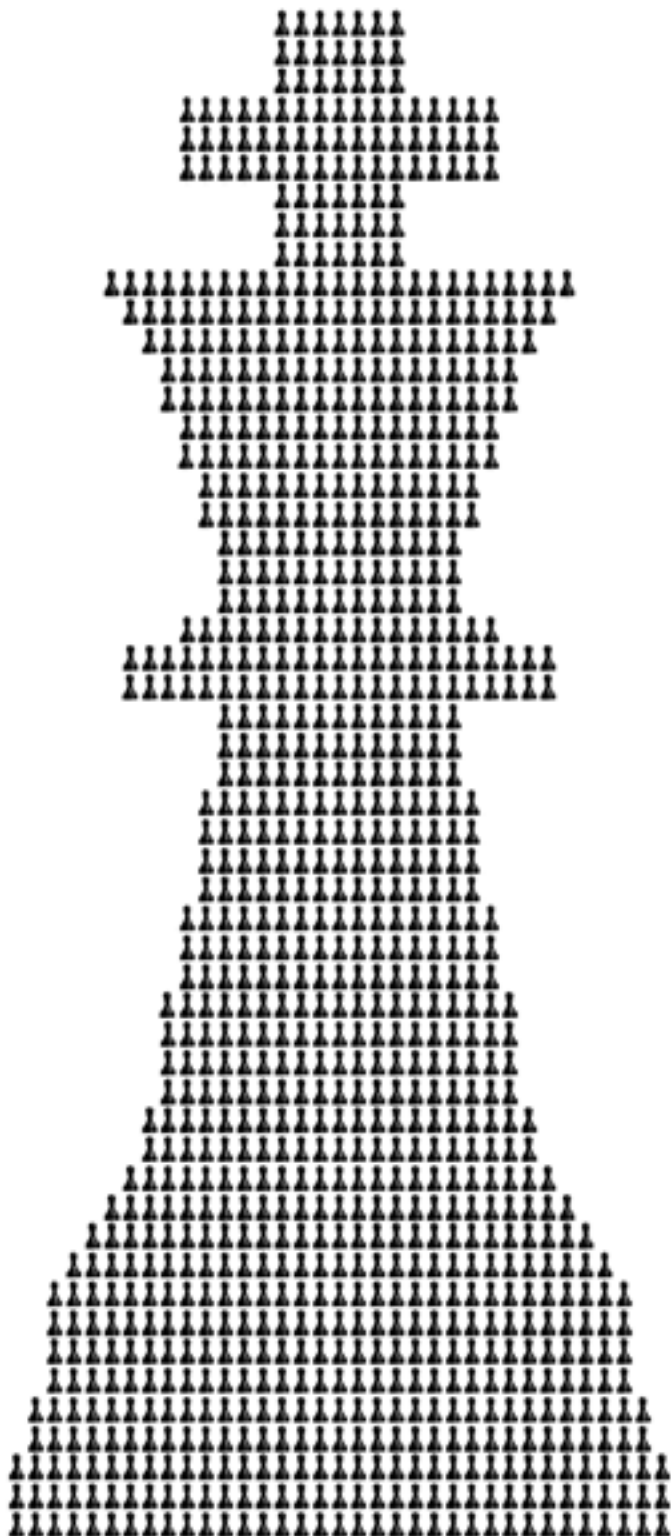
4.3. **Garantía de indemnidad.** Se ofrecerá a los altos cargos, y estos a sus subordinados y subordinadas, garantía de confidencialidad y de protección ante las eventuales presiones que puedan recibir para realizar actos incompatibles con el código ético o en el supuesto de alertar de una mala praxis.

4.4. **Garantía.** El Consejo Asesor de Transparencia Metropolitana, órgano de debate, deliberativo y de apoyo de la Agencia de Transparencia, se constituye como ámbito para resolver las dudas que puedan surgir y establecer los criterios interpretativos en el caso concreto, como herramienta de ayuda, apoyo, amparo y control de carácter no vinculante.

4.5. **Evaluación y seguimiento.** Se colaborará en la elaboración de una memoria anual que dé a conocer y permita evaluar el seguimiento del Código ético y de conducta por parte de la Agencia de Transparencia a partir de los indicadores que se efectúen en su evaluación externa.

4.6. **Régimen sancionador.** Se vincula el cumplimiento del presente código a la previsión sancionadora de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, otorgando competencias a la Agencia de Transparencia como órgano de garantía por la instrucción y propuesta de los expedientes, siendo competencia de la Presidencia la adopción de resolución.

*Este código ético y de conducta fue aprobado por el Consejo Metropolitano en enero de 2018.*



# CUIDAR DE LAS INSTITUCIONES

La demanda de ética y transparencia en nuestras instituciones es un reclamo de cuidado. Más allá de las instituciones que cuidan de personas, aquí vamos a defender que también las instituciones han de ser cuidadas. Seguramente nuestra falta de tradición en ética de las organizaciones ha contribuido a dar por supuesto que las instituciones se mantienen por sí solas con tal de que se vayan cumpliendo sus reglamentos, ordenanzas, estatutos, etc. Quizás durante cierto periodo de tiempo baste con eso, sobre todo si son tiempos de bonanza en los que las cosas funcionan. Pero en la aldea global (con las consiguientes problemáticas globales), y en sociedades vertiginosamente cambiantes como son las nuestras, la obsolescencia e impotencia de los abordajes tradicionales, la irrupción de novedades (de tecnologías y de costumbres) que requieren de legislación; o las exigencias de una ciudadanía más consciente de sus derechos y de las consecuencias de sus desafecciones y desatenciones respecto a lo público, son motivos de sobra para pensar mejor el cuidado de nuestras instituciones. También estas son frágiles, y cuando se descuidan, perdemos mucho todos.

En *Ética a Nicómaco*, Aristóteles constataba que el fin (*telos*) es el principio de las acciones. El *telos* orienta en la elección de los medios más adecuados según las circunstancias, y dicha elección depende de la gran virtud de la sabiduría práctica que él llamó prudencia (*frónesis*). Nietzsche también lo advirtió: quien tiene un porqué, soporta cualquier cómo. Hace cincuenta años los *hippies* del 68 lo formularon de otro modo, aunque la idea es la misma: si no sabes adónde vas, acabas en otra parte. Y es que las causas finales son las que animan, las que vivifican, las que dan la razón de ser y nos definen. De eso va la ética: de definir la vida buena desde una manera de ser (*ethos*) y de estar en el mundo.

Los humanos somos *zoon politikón*, animales de *polis*, interdependientes, necesitados de redes de apoyo y confianza, por eso creamos instituciones. Una institución pública está al servicio de las personas, pero no sólo se adapta cual animal, instintivamente, sino que crea mundo y ciudadanía. Mantener las instituciones al día no es lo mismo que conservarlas, significa más bien instalarse en la tensión

continúa de adaptarse a un entorno que hoy es acelerado. Substituir los fines intrínsecos, constitutivos (esenciales por definitorios, por *proprios* del *ethos* o carácter) de una institución por los extrínsecos, que se comparten con otras organizaciones y no les son necesarios (como el prestigio, la fama, el poder o el dinero), aparte de generar conflictos de intereses (anteponiendo los beneficios privados a los públicos), corroe la institución y con ella la vida en y de la ciudad.

El cuidado de las instituciones requiere un cambio de mentalidades y de formación de los políticos, de los servidores públicos y de la ciudadanía. Los ciudadanos son el centro de las instituciones y son estas las que se deben abrir para atender las nuevas realidades adaptándose a ellas, no a la inversa. Las demandas sociales no se manifiestan de manera clara y transparente; las organizaciones han de saber escucharlas todas, las que tienen la capacidad de hacerse oír (*lobbies*) y las que no (vulnerables). Por ello los bienes públicos en sociedades moralmente plurales deben demostrarse en la discusión pública: explicar

por qué se toman unas decisiones, con qué criterios, desde qué previsión de consecuencias y para quién. Y deben mostrarse, para que se sepa quién hace qué y cómo. Lo que no soporta ser mostrado (no hablamos ahora de la intimidad) genera rechazo, por tanto, desconfianza (lo contrario de lo que era el fin), y la emoción roja de la vergüenza. Es esa una emoción que, antes de que se sepa racionalmente por qué razón es inadecuada o inoportuna, ya pone en evidencia, a flor de piel y rostro, lo *inapropiado*, *desajustado* (recibir un trato justo es inherente a la condición de ciudadanía) de la acción para esa institución.

La cultura y estructura ética de los códigos, las buenas prácticas, las comisiones o comités de ética, las memorias de indicadores de cumplimiento y proceso atienden al reclamo de cuidado de las instituciones inclusivas donde caben todos. Los valores explicitan por qué queremos ser evaluados, más allá de lo electoral y de las percepciones de estrategia maximizadora (qué hay de lo mío) más propia de Hobbes por la que uno cumple la norma

mientras gane y desde el miedo a la sanción. La ética, por el contrario, nos recuerda que la racionalidad es universalizadora: es bueno lo que podríamos querer para todo el mundo, pública, recíproca y sosteniblemente. No se trata solo de estar bien, sino de caminar hacia adelante al servicio de la vida de los ciudadanos de hoy y de los del porvenir; lo que exige asunción de riesgos, gestión de complejidad, jerarquización de proyectos y evaluación de impactos con indicadores *a priori* basados en derechos, capacidades y desarrollo humano. Las personas hacen a las instituciones y estas a su vez a las personas: que se cuiden mutuamente es lo que nos permite trascender el interés particular y cortoplacista (electoral) y pensar en el bien de todos (el común) y a largo plazo, para que al transcurrir el tiempo encaje, persevere la vida (en inglés dicen *belong*).

El peligro de que la transparencia se convierta en el fin, o de que la ética devenga un mero protocolo burocrático de comités y códigos de conducta, es grande. La transparencia no es el fin ni el reactivo a la desafección.

Su finalidad es la confianza: se trata de cuidar ese capital social clave en la estructura básica de una sociedad justa cuyas instituciones están al servicio de la ciudadanía. La ética es pensamiento en acción, gestión de riesgos evitando aumentar la vulnerabilidad y repartiéndolos razonablemente, aprendizaje continuo también a partir de los errores. El error de convertir la transparencia en el fin o la ética en código de conducta es precisamente acabar en otra parte, trabajar para mostrar el trabajo (la eficiencia y control de quien hace) desatendiendo las finalidades (los impactos en para quien se hace). Las organizaciones humanas aprenden, rectifican, reparan errores del pasado y miden su progreso si disminuyen su violencia estructural contra la vida y su nivel de exclusión. De eso debemos rendir cuentas, de servir a la vida de las personas, de su cuidado, para lo cual, en coherente reciprocidad, hay que cuidar que las instituciones no se desvíen del camino ni se desvirtúen.

*Begoña Román Maestre*



La Palma de Cervelló,  
Albercas  
© KIM MANRESA

# ÉTICA, COSMÉTICA Y CREDIBILIDAD

En los últimos años, organizaciones de muy diverso signo muestran un interés creciente por la elaboración de códigos de ética.

Los que nos dedicamos profesionalmente a la ética aplicada somos consultados muy habitualmente para asesorar a todo tipo de organizaciones con este fin o bien para elaborar este tipo de documentos con la esperanza de que contribuirán al buen desarrollo de una organización y mejorarán su competencia y calidad.

Ante ello sentimos cierta perplejidad, porque, por una parte, sorprende este repentino interés por la ética, pero, por otra, tenemos serias dudas de si estos documentos, por bien realizados que estén, pueden activar realmente, por sí solos, cambios profundos en las organizaciones y conseguir que estas sean más equitativas, más justas y más respetuosas con los derechos de las personas que trabajan en ellas y los de las que son atendidas por ellas.

Creemos que, como mucho, son instrumentos, pautas de acción, pero que el verdadero cambio en las or-

ganizaciones empieza por el cambio interior en las personas, por la transformación de su orden de prioridades, de sus sistemas de valores y del modo en que interaccionan unas con otras.

El interés por la ética aplicada suscita, pues, muchos interrogantes. Sin ánimo de ser exhaustivo, vemos que este interés emergente por la ética y por los valores en general puede ser motivado por tres razones distintas, que no son, necesariamente, excluyentes.

En primer lugar, puede obedecer a una necesidad muy clara: la de crear confianza, de generar credibilidad en un entorno social y político presidido por la crisis de confianza con respecto a las instituciones.

Este fenómeno no es nuevo. Lo arrastramos desde hace tiempo y está adquiriendo grandes proporciones. El ciudadano ya no entrega su confianza a las instituciones como antes. Se halla inmerso en un clima de desconfianza y de suspicacia y desea, de nuevo, poder confiar en él, poder depositar su fe en él, pero los engaños y los trapicheos,

las malas experiencias del pasado y del presente le hacen dudar del discurso público y, reactivamente, reclama ética, valores, coherencia institucional, claridad en las cuentas y en la distribución de roles y de competencias. Quiere saber a quién atribuir los éxitos y los fracasos y exige un trato justo.

Si una organización se presenta públicamente como una organización ética, en la que se respetan los derechos de los usuarios y se trabaja en coherencia con la visión y los valores institucionales, puede muy bien ser que el ciudadano se decante por ella, que la considere, de entrada, más honesta y, consecuentemente, descarte las demás. Después, naturalmente, querrá confirmar su elección con hechos y obras y tendrá interés en verificar la hipótesis.

La desconfianza es un fenómeno muy extendido en las sociedades actuales. Algunas instituciones han perdido, en los últimos años, su credibilidad social y eso afecta gravemente a su funcionamiento. Desde las más altas instituciones del Estado hasta las instituciones educativas, sociales, sanitarias, económicas o religiosas, se observa que el pacto fiduciario entre los ciudadanos y las instituciones, la relación de estima recíproca y de empatía social, está sufriendo una grave crisis.

Las instituciones solo pueden desarrollar sus fines si los ciudadanos confían en su potencial y en la competencia de los profesionales que actúan

en él. Esta crisis de credibilidad no es una casualidad, ni nace por generación espontánea. La mala praxis, la dejadez, la incompetencia, la lentitud, la contradicción entre los valores y los hechos, los escándalos financieros, la corrupción y el juego sucio son, entre otros hechos, motivos que activan y explican esta profunda y monumental crisis de confianza que sufren muchas instituciones, aunque unas de forma mucho más pronunciada que otras.

La segunda razón de este interés por la ética es de carácter instrumental. Se entiende que la ética puede ser un mecanismo para vender mejor una organización. Es lo que denominamos la transformación de la ética en cosmética. Esta sospecha no es menor.

A veces, la ética es entendida tan solo como un bien instrumental, ya sea para vender o para mejorar la imagen de una organización, como una cura de la parte más externa de su cutis. Entonces se convierte en un producto cosmético que no altera los comportamientos interiores de la institución, ni mejora realmente la vida interna de las personas que colaboran en ella. Sirve, sencillamente, para embellecer la fachada, su página web.

En este caso, la ética es convertida cínicamente en un objeto de mercancía. Cuando un código no va acompañado de un proceso interno de cambio

y de una auditoría ética para poder verificar las mejoras que se han efectuado en el campo de los derechos y de los deberes, acaba siendo papel mojado; una ocasión perdida para la ética.

La tercera y última razón de este creciente interés por la ética es la preocupación por la calidad y por la excelencia que se detecta en muchas organizaciones.

De hecho, hay una íntima relación entre ética y calidad. En la sociedad de la exigencia, el ciudadano no solo reclama ser atendido, sino que quiere ser atendido correctamente, bien asistido y tratado adecuadamente. No solo espera profesionales competentes científica y técnicamente hablando, sino profesionales competentes éticamente, con capacidad de respetar derechos, cumplir sus deberes y establecer vínculos de igualdad con sus destinatarios.

La ética es una garantía de calidad y de fidelidad. Cuando el usuario se siente bien tratado, cuando ve respetados sus derechos, se va satisfecho de una institución y, en la medida de lo posible, vuelve. En cambio, cuando se siente indignamente asistido o bien ve vulnerados sus derechos, la rechaza y, en la medida de lo posible, no vuelve jamás. En este sentido, pues, la ética es un bien de mercado, porque hace mejores a las organizaciones, más competentes y, además, más competitivas socialmente.

La calidad de las organizaciones no depende únicamente de los espacios y de los tiempos, de las estructuras y de la tecnología; depende esencialmente de la calidad humana de los profesionales que forman parte de ellas y que son su fuerza motriz. La calidad humana está integrada por este capital intangible, espiritual, que son los valores y las virtudes.

Estas tres hipótesis no son excluyentes entre sí. Tampoco se puede saber de antemano cuál es la motivación que conduce a elaborar un código de ética.

Hay que tener presente que estos instrumentos pueden activar procesos reales de cambio, pero solo será así si se configuran en diálogo con todos los sectores de la organización, poniendo de manifiesto los problemas reales y las opciones viables, porque el propio proceso de diálogo ya es un ejercicio ético valioso en sí mismo.

*Francesc Torralba*



Molins de Rei. Parque infantil  
en un solar de la calle Major  
© KIM MANRESA

## Guía de identificación y prevención de riesgos penales del AMB y sus entidades asociadas y dependientes

Marc Molins Raich

### 1. Introducción

#### 1.1 El cambio de paradigma: nuevas formas de intervención del derecho penal en la vida de las Administraciones Públicas

Desde la aprobación del Código Penal, que algunos llamaron «de la democracia», el texto ha sido modificado hasta 29 veces. En la práctica totalidad de las intervenciones, el legislador orgánico se ha referido a la necesidad de adecuar el articulado a los nuevos tiempos y a las pulsiones de una ciudadanía cada vez más concienciada y prevenida tanto respecto a la criminalidad tradicional como a las nuevas formas de delincuencia.

Con total independencia del acierto o desacierto con que se han planteado estas modificaciones, el resultado se ha traducido en un incremento de las figuras delictuales y de las penas asociadas a las figuras delictivas tradicionales, lo que ha provocado un proceso inflacionario del texto y de las consecuencias legales previstas para la infracción de los preceptos penales.

La política criminal empleada por nuestro legislador no está exenta de controversia doctrinal y no son pocos los autores que han denunciado un flagrante desbordamiento de la jurisdicción penal que atenta explícitamente contra principios de proporcionalidad y de culpabilidad que lo vertebran y que justifican la aplicación del *ius puniendi*. No obstante, en la medida en que las sucesivas reformas superan los filtros de constitucionalidad, la constatación de esta realidad inflacionaria no da pie a ningún argumento de defensa, sino que obliga al destinatario de la norma a adecuar su conducta y su comportamiento diario a la nueva realidad normativa.

El desbordamiento conceptual del derecho penal queda manifiesto, de un modo especialmente agudo, al valorar su incidencia en el ámbito de las Administraciones Públicas. Con relación a la incidencia del derecho penal en el ámbito de las Administraciones Públicas, a través de las sucesivas reformas el legislador ha impuesto un cambio en el patrón de intervención. Así pues, nos

ha llevado de un modelo de accesoriedad relativa —en el que la infracción de la norma administrativa representa un requisito previo, necesario pero no suficiente, para apreciar relevancia penal en la conducta del funcionario— a un modelo de accesoriedad absoluta —en el que directamente se penaliza la infracción de las normas administrativas.

Este fenómeno, sintomáticamente llamado de «administrativización del derecho penal», da lugar a una problemática singular, así como a la redefinición, consciente o inconsciente, de los contornos que definen el ámbito de riesgo penal para todos los profesionales que en el día a día actúan en el seno de las Administraciones Públicas o de sus entidades asociadas.

Sin embargo, el proceso de endurecimiento y ampliación del derecho penal presenta una faceta especialmente discutible teniendo en cuenta que este proceso de ocupación de espacios tradicionalmente reservados al derecho administrativo se realiza sobre todo a través de preceptos que se valen de remisiones normativas y normas penales en blanco, y en cualquier caso tiene lugar en ámbitos en los que ya existe una regulación legal administrativa que contempla la correspondiente sanción para los supuestos en que se infrinja el objeto de protección de la norma. Esta circunstancia provoca que en no pocas ocasiones resulte difícil diferenciar la relevancia penal y la administrativa de una misma conducta, por lo que el operador se expone a unos riesgos legales radicalmente diferentes, sin ser nítidamente consciente de estar haciéndolo.

La evidente elephantiasis normativa que caracteriza nuestro vigente Código Penal no es el único factor que hace prever un incremento significativo de la judicialización de la vida de las Administraciones Públicas. Este dato, por sí mismo inocuo y exento del rigor necesario para fundamentar un argumento crítico consistente, sí permite entender un factor característico del momento que atravesamos: el que hace referencia al incremento de los mecanismos de prevención y de control de la acción administrativa.

En esta tesitura de mayor sensibilidad y control formal e informal de la propia actividad administrativa se ha podido constatar un aumento significativo del número de asuntos que son objeto de fiscalización judicial, y el estado de opinión de la población ha terminado por traducirse de forma real y efectiva en un incremento de la presión sobre la actividad diaria de las Administraciones. La constatación de estos fenómenos no tendría sentido alguno si no se contemplara una premisa para llegar a una conclusión constructiva y encaminada a mejorar la actuación diaria de todos los profesionales a los que se dirige.

Con total independencia de la valoración técnica o dogmática que pueda realizarse en relación con este fenómeno de expansión del derecho penal, lo cierto es que las modificaciones y el incremento de la presión formal e informal de nuestros tribunales y los órganos de fiscalización (Oficina Antifraude, nuevas

secciones de Fiscalía, policías judiciales...) sobre la actividad diaria de nuestras Administraciones Públicas representan una indefectible realidad que obliga a mejorar los procesos y los comportamientos a fin de prevenir y evitar, en la medida de lo posible, la asunción de riesgos legales.

Dicho de otro modo, con total independencia de la eventual exteriorización de un discurso crítico con la política y la técnica con la que el legislador orgánico ha emprendido este proceso de modificación del escenario legal, resulta del todo imprescindible acomodar las pautas y los comportamientos diarios a la nueva realidad, y en todo caso hacerlo con la certeza de que a través de este proceso de adecuación se está renovando el compromiso de servicio y de mejora constante característico de nuestras Administraciones Públicas.

## **1.2. Estatuto legal de la Agencia de Transparencia respecto al Área Metropolitana de Barcelona y sus entidades dependientes**

Según se desprende del Decreto de Presidencia de 14 de diciembre de 2015, corresponde a la Agencia de Transparencia promover y colaborar de forma especializada en el cumplimiento de las normas sobre transparencia, derecho de acceso y buen gobierno que son de aplicación tanto en el Área Metropolitana de Barcelona como en sus entidades vinculadas o dependientes. Asimismo, le corresponde coordinar todas las acciones e iniciativas destinadas a fomentar la transparencia, el derecho de acceso y el buen gobierno a nivel interno y en las acciones externas. En el contexto de estas competencias, le corresponde promover la aprobación del código de conducta de altos cargos del Área Metropolitana de Barcelona, así como favorecer el establecimiento de indicadores de transparencia y buen gobierno en los procesos de evaluación.

Estos objetivos fundacionales convierten a la Agencia de Transparencia en un ente transversal, auténtico garante de la promoción del principio de legalidad, descrito por la propia Agencia como un compromiso de interés, conocimiento y promoción de la diligencia en el cumplimiento de la normativa por parte del AMB y de las entidades vinculadas y dependientes. El cumplimiento de este objetivo fundacional depende en gran medida de la estricta observancia de diferentes cuerpos normativos, entre los que destaca, por su carácter primario y vertebrador, el vigente Código Penal.

Las últimas y numerosas modificaciones del articulado de este texto legal, focalizado especialmente en cuestiones de erario público y de buena gobernanza de la administración, aconsejan la elaboración de un instrumento que permita identificar de forma nítida los riesgos asociados a la actuación cotidiana del AMB y las entidades vinculadas, con el fin de reforzar el celo de la Agencia de Transparencia en la promoción de la legalidad y responsabilidad. El conocimiento cabal del perfil de la norma y de su interpretación jurisper-

dencial se erige en el *príus* lógico para alcanzar el cumplimiento de los objetivos fundacionales.

El objetivo del presente trabajo consiste en la preparación de una *Guía de identificación y prevención de riesgos penales del AMB y sus entidades asociadas y dependientes* que sirva para incrementar la cultura de cumplimiento que imponen las últimas modificaciones del Código Penal y permita una mejora tangible de los protocolos y las formas de actuar y de interactuar con la ciudadanía y con los demás operadores jurídicos y mercantiles.

En obligada síntesis, el encargo se concreta en la valoración y detección de los riesgos penales potenciales que corren el AMB y sus entidades asociadas y dependientes, así como en la redacción de un protocolo o de un catálogo de medidas específicamente destinadas a la minimización de estos riesgos penales.

Dadas la dispersión de ámbitos de actuación y la multitud de agentes que actúan bajo el paraguas de la entidad, resulta imprescindible delimitar objetiva y subjetivamente el alcance del artículo de modo que este quede circunscrito dentro de un límite objetivo y subjetivo. Desde una perspectiva objetiva, el artículo se focalizará prioritariamente en los riesgos derivados de los siguientes procesos:

- Toma de decisiones.
- Contratación de personal.
- Contratación administrativa.
- Gestión documental desde la perspectiva de la custodia, la integridad y la fidelidad del documento.
- Gestión de los caudales públicos vinculados.

Desde una perspectiva subjetiva, hay que delimitar el trabajo poniendo de manifiesto que para su confección se descarta el análisis detallado de los procesos y de los ámbitos de riesgo del Área Metropolitana de Barcelona y de las entidades dependientes y vinculadas. Así pues, este instrumento se redacta con una vocación de instrumento general, operativo y de carácter tuitivo por el que se excluye la auditoría de los procesos específicos en cuyo seno se detecta la fuente de riesgo, partiendo de la premisa del carácter funcional —directo o asimilado— de las personas vinculadas a estas entidades.

Una vez identificados dichos riesgos, se ha descrito la regulación actual desde una perspectiva muy práctica y sin vocación dogmática, tratando de generar un documento que sea comprensivo y de fácil lectura. Finalmente, haciendo buena la experiencia diaria acumulada a nivel personal y profesional, así como la casuística descrita en la literatura científica, se ha procurado confeccionar una guía o relación de sugerencias que permitan mejorar el comportamiento diario de los profesionales llamados a asumir estos riesgos legales.

A través de estas pautas, parece posible prevenir y evitar los riesgos y las eventuales responsabilidades penales que inciden en la vida diaria de las personas que humanizan nuestras Administraciones, alcanzando y concretando los parámetros de excelencia característicos.

### 1.3. Estatuto legal de los trabajadores del AMB

El Código Penal, evitando cualquier remisión a la normativa administrativa, delimita un concepto propio de funcionario público a efectos penales.

Concretamente, el artículo 24.2 del Código Penal determina que a efectos penales:

*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*

De la anterior redacción se desprende que el Código Penal utiliza un concepto amplio de funcionario público, situándose más allá del derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo. Se trata de un concepto nutrido de ideas funcionales de tipo jurídico-político que se alinea con un concreto planteamiento político-criminal que exige atribuir la calidad de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del derecho penal, no siempre coincidentes con el derecho administrativo.

Así pues, a efectos penales se considerará funcionario público todo el que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Participación en el ejercicio de las funciones públicas: configurada como requisito básico e imprescindible, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que función pública es toda aquella que lleva a cabo un ente público con sometimiento al derecho público y con el objeto o pretensión de satisfacer intereses públicos.
- b) Designa pública para el ejercicio de las funciones públicas, que puede adoptar cualquiera de las formas prescritas en el artículo 24.2 CP; es decir, la designa deberá ser por disposición inmediata de la ley o por elección o nombramiento de una autoridad competente.

En este ámbito, no tienen relevancia alguna ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y/o reglamentario, ni el sistema de previsión, ni la estabilidad o temporalidad, y resulta suficiente un contrato laboral o, incluso, un mero acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento.

Cumulativamente a lo anterior, debe subrayarse, por su importancia práctica, que tampoco tiene relevancia alguna para ser considerado funcionario

público a efectos penales que el trabajador forme parte de la plantilla o sea interino.

La promulgación de las leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015, ambas de reforma del Código Penal, ha supuesto un cambio radical de paradigma de nuestro ordenamiento jurídico, ya que estas han establecido por primera vez la responsabilidad penal, directa y autónoma, de las personas jurídicas. Aunque las consecuencias de ello son muchas y muy diversas, podemos afirmar que, tras muchos siglos de vigencia, se ha puesto punto y final al aforismo latino *societas delinquere non potest*.

La reforma del Código Penal ha redundado en gran medida en la instauración del artículo 31 bis, que dispone en qué casos una persona jurídica estará sujeta a responsabilidad penal.

Este precepto de nuevo cuño implementa dos vías diferentes de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, que deberá responder penalmente:

- a) De los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto por quienes, estando sometidos a la autoridad de la persona física mencionada en el párrafo anterior, hayan podido realizar los hechos porque aquella ha incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad dadas las circunstancias concretas del caso.

Aunque este cambio de paradigma de la responsabilidad penal responde a la necesidad de prevenir y castigar el incremento de la delincuencia en el seno de las sociedades mercantiles —lo que ha venido en llamarse el fenómeno de la irresponsabilidad organizada—, lo cierto es que el ámbito subjetivo de aplicación abarca un espectro más amplio de posibles sujetos activos —es decir, personas jurídicas que podrán responder penalmente—, de forma autónoma y personal, de lo que *a priori* se podría creer.

Lo anterior no es baladí, pues el legislador orgánico ha previsto un nuevo precepto en el Código Penal en cuyos méritos se establecen expresamente aquellos casos en que las entidades de derecho público y concretamente las sociedades mercantiles públicas podrán responder también, de forma autónoma y personal, penalmente. Así pues, el artículo 31 *quinquies* del Código Penal determina al respecto que:

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no son aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, a las agencias y las entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.
2. A las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general solo se les podrán imponer las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no se aplicará cuando el juez o tribunal considere que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Pese a la genérica exclusión de responsabilidad penal respecto a la Administración Pública en sentido estricto, de dicho precepto se extrae inequívocamente que esta nueva cultura de cumplimiento normativo, impulsada ahora a través del derecho penal, se hace extensiva a todas las sociedades mercantiles públicas, es decir, a cualquier sociedad mercantil que, directa o indirectamente, esté participada por el sector público en más de un 50 %.

Por lo anteriormente expuesto, se considera que para que una entidad perteneciente al sector público participe en sociedades mercantiles públicas es preciso que ésta disponga de un programa de cumplimiento normativo y de prevención y evitación de riesgos penales a fin no solo de profundizar y mantener una cultura de cumplimiento normativo, sino también de exonerarse de responsabilidad penal en un eventual supuesto en que el administrador, el representante legal o un empleado de una sociedad mercantil pública cometa un delito en el seno de la misma.

## **2. Análisis de los ámbitos de riesgo más relevantes desde la perspectiva del AMB**

### **2.1. Riesgos derivados de la toma de decisiones en el ámbito del AMB**

#### **2.1.1. Introducción a los delitos de prevaricación administrativa**

La prevaricación administrativa, descrita *grosso modo* como el tipo delictivo que castiga a la autoridad o funcionario público que dicta una resolución arbitraria en un asunto o expediente administrativo, es un delito que durante los últimos años ha sido elaborado a partir de una concepción democrática del poder que ostenta la Administración Pública (art. 106 CE).

De este modo, siguiendo la lógica subyacente a la separación de poderes en un Estado democrático y de derecho, el legislador ha optado por controlar judicialmente aquellas desviaciones y excesos que se producen en el seno de la Administración Pública en el ejercicio de los poderes que le han sido conferidos.

Al hilo de lo anterior, el ordenamiento jurídico incluso prevé la posibilidad de exigir responsabilidad penal cuando en el ejercicio de estos poderes por parte de los miembros de la Administración se produzca una «aplicación torcida del derecho», la cual se erige, en definitiva, como núcleo esencial de todas las modalidades de prevaricación previstas en el Código Penal.

Habida cuenta de que la desviación de poder y la corrupción política y administrativa no son consustanciales a la democracia y que son incompatibles no solo con esta, sino también con un control democrático de los actos administrativos, y que, además, los principios de igualdad de oportunidades y de participación ciudadana en el control del poder y, en el ámbito de la prevaricación, sobre todo la imparcialidad y la corrección en la actuación administrativa (art. 103 CE) son básicos en un Estado de derecho, para aquellos casos en que no solo no se respetan, sino en que se infringen gravemente, el legislador ha optado por recurrir al medio sancionador más contundente de cuantos dispone el ordenamiento jurídico, el derecho penal.

Dicho lo anterior, es importante señalar que el derecho penal se rige por el llamado principio de intervención mínima. Según este, el derecho penal se reserva únicamente para aquellos casos en que la actuación administrativa constituye una infracción muy grave de los principios básicos de la Administración Pública. Por lo tanto, para que se produzca la intervención del derecho penal, será necesario que se superen con creces aquellas meras ilegalidades o actuaciones antijurídicas que puedan ser corregidas con otros tipos de instrumentos jurídicos menos punitivos, como la jurisdicción contencioso-administrativa.

### **2.1.2. Bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación administrativa**

Para una comprensión cabal del ámbito punitivo en que se circunscriben los delitos de prevaricación administrativa, es importante entender cuál es aquella realidad valorada socialmente, llamada «bien jurídico protegido», cuya protección ha motivado su positivización en el ordenamiento jurídico.

Así pues, según ha establecido el Tribunal Supremo, el bien jurídico protegido por estos tipos delictivos es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, que actuará con plena sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución y, en especial, en los artículos 103 y 106 de esta norma.

Así pues, los delitos de prevaricación administrativa están llamados a tutelar el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientarán su actuación, que son, entre otros, los siguientes:

1. El servicio prioritario de los intereses generales.
2. La plena sumisión a la ley y al derecho.
3. La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus finalidades.

En buena lógica con lo anterior, suele decirse que el conjunto de los delitos de prevaricación administrativa intentan garantizar el debido respeto al principio de legalidad en el ámbito de la función pública, protegiéndolo ante ilegalidades severas y dolosas que puedan ser cometidas por parte de las autoridades o los funcionarios en el ejercicio de sus funciones públicas.

### **2.1.3. Tipos delictivos comprendidos en el título de delitos de prevaricación administrativa**

#### **Prevaricación general**

El artículo 404 del Código Penal dispone que «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

Según se abordará seguidamente, el legislador ha establecido este precepto como el tipo básico en relación con los otros delitos de prevaricación administrativa de tipo específico que contiene el Código Penal y que remiten, expresa y directamente, al artículo 404.

Realizada la anterior precisión, la jurisprudencia ha configurado los elementos típicos que deberán concurrir necesariamente para que se aprecie actividad delictiva al amparo de este precepto, y son los siguientes:

1. Que la persona que cometa el delito sea autoridad o funcionario público.
2. Que la autoridad o el funcionario público haya dictado una resolución arbitraria. Para poder considerar una resolución como arbitraria, es necesario no solo que esta sea ilegal, sino también que se encuentre en completa oposición a la norma jurídica aplicable de forma evidente, hasta el punto de que no pueda existir justificación o interpretación razonable de la misma.
3. Que la resolución arbitraria sea dictada por la autoridad o el funcionario «a sabiendas de su injusticia», es decir, con conocimiento de que en su conducta concurre este carácter arbitrario.

Pese a que en apartados posteriores se detallará una tipología de casos ejemplificativos de este tipo delictivo, es importante destacar qué se entiende concretamente por «dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Nótese que este delito se erige en torno al concepto de arbitrariedad.

Dada la vaguedad del concepto legal de arbitrariedad, el sentido y significado del mismo se ha edificado de forma casuística a través de los pronunciamien-

tos que sobre él ha realizado el Tribunal Supremo. Así pues, para considerar la arbitrariedad de una resolución, cabe en primer lugar que esta sea contraria a derecho, y se predicará, según la gravedad del caso, cuando por ejemplo se dicte sin tener la competencia legalmente exigida, cuando no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, cuando el fondo de la misma contravenga frontal y clamorosamente lo dispuesto en la legislación vigente, cuando suponga una desviación de poder, cuando suponga un menosprecio contra los intereses generales, etc.

Por último, para que pueda entenderse que se ha cometido este delito, no resulta necesario que se produzca una conducta activa del funcionario o autoridad, sino que es suficiente que este omita voluntariamente la realización de una determinada actuación administrativa en los casos en que la omisión tenga efectos equivalentes a una denegación. A este respecto, véase el Acuerdo no jurisdiccional de 30 de junio de 1997 dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

### **Prevaricaciones especiales por razón del ámbito de actuación del funcionario**

Sin embargo, se ha consagrado el transcrito artículo 404 del Código Penal como piedra angular de las prevaricaciones cometidas por el funcionario. El legislador ha previsto asimismo determinadas prevaricaciones específicas que, pese a remitir directamente a la regulación de dicha prevaricación genérica, castigan con más severidad conductas cometidas por funcionarios en determinados ámbitos de actuación.

En este ámbito de las prevaricaciones especiales, podemos encontrar las siguientes:

— El artículo 320 del Código Penal castiga la prevaricación en el ámbito de la ordenación del territorio, disponiendo que:

*1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.*

— El artículo 322 del Código Penal castiga la prevaricación en el ámbito de la conservación del patrimonio histórico, disponiendo que:

*1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.*

— El artículo 329 del Código Penal castiga la prevaricación en el ámbito de la protección del medio ambiente, disponiendo que:

*1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.*

*2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.*

Según se dejaba apuntado al principio de este apartado, aunque la redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del artículo 404 del Código Penal (por ejemplo, se emplean las expresiones «contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigente» o «manifiestamente ilegales», cuando el artículo 404 utiliza la expresión «resolución arbitraria»), lo cierto es que, salvo el marco penal y las particularidades típicas de cada ámbito de actuación en que se circunscriben las prevaricaciones especiales, estas constituyen el mismo delito que el del artículo 404 del Código Penal.

#### **2.1.4. Singularidades respecto a los delitos de prevaricación administrativa: distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal**

Aunque no es sencillo delimitar con claridad dónde termina el ilícito administrativo y empieza el ilícito penal, los tribunales de Justicia del orden penal han venido manteniendo que, para traspasar la línea que delimita ambas jurisdicciones, no basta con el mero dictado de una resolución ilegal, en el sentido de contraria a derecho. Dicha afirmación supondría, a la práctica, eliminar la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo y ampliar desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que acabaría por perder su carácter de *ultima ratio*.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, incluso cuando son tan graves como para pro-

vocar la nulidad de pleno derecho, y aquellas que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. Pese a que se trata de supuestos de graves infracciones al derecho aplicable, no se puede identificar simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación.

Así pues, para que una acción sea calificada como delictiva, se requerirá algo más que la contradicción en el derecho. Este plus de antijuricidad que motiva la intervención de la jurisdicción penal viene concretado legalmente en la exigencia de que la resolución sea injusta y arbitraria, términos que aquí deben entenderse como equivalentes.

Desarrollando lo anterior, no será constitutiva de delito aquella contravención del derecho que se produzca como consecuencia de una interpretación errónea, equivocada o discutible, sino que será necesario que concurra una discordancia tan manifiesta y clara entre la resolución y el ordenamiento jurídico que, al no tener explicación razonable que la sustente, cualquier persona lo pueda entender. Es decir, la injusticia debe ser tan notoria que se predique arbitrariedad de la misma.

La tesis descrita, que durante años ha mantenido el Tribunal Supremo y que recibe el calificativo de tesis objetiva, ha sido complementada con otra línea jurisprudencial que subraya y tiene como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder —proscrito por el artículo 9.3. CE. Así pues, se dice que se ejerce el poder arbitrariamente cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que es, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida de forma irrazonable en aparente fuente de normatividad.

Por último, otras sentencias del Tribunal Supremo han determinado que la arbitrariedad se manifiesta cuando la resolución no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta a la voluntad de su autor, o cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por cualquier interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos o, finalmente, cuando esta se corresponde con una consciente aplicación torcida del derecho.

## **2.2. Riesgos derivados en el ámbito de la contratación de personal en el AMB**

### **2.2.1. Introducción**

#### **Nombramientos ilegales**

El Código Penal tipifica el delito de nombramientos ilegales junto al de prevaricación administrativa en el capítulo I, de prevaricación de los funcionarios

públicos y otros comportamientos injustos. Al margen del escaso acierto de la rúbrica, la nueva ubicación de esta figura delictiva responde a su verdadera naturaleza. Se trata, sin duda, de una modalidad específica de prevaricación (si bien se observan ciertas asimetrías respecto a la conducta típica del artículo 404 CP), en la que el funcionario adopta una resolución —nombra, propone o da posesión de un cargo público— sin que concurran los requisitos legales para ello.

Desde la perspectiva del respeto al principio de legalidad, los comportamientos tipificados en el artículo 405 CP se revelan menos lesivos que el tipo de prevaricación del artículo 404, ya que la descripción típica requiere únicamente que la resolución sea ilegal, concepto con un significado abiertamente diferente al utilizado para calificar la resolución en el delito de prevaricación (arbitraria). Desde este punto de vista, el delito de nombramientos ilegales integra una modalidad menos grave de prevaricación, ya que basta con que la resolución administrativa prevista en el tipo (propuestas de nombramiento, nombramientos en sí y tomas de posesión) sea ilegal, sin requerirse el plus de desvalor que conlleva la arbitrariedad.

Respecto lo anterior, para comprender el alcance de este precepto, es importante delimitar y diferenciar los conceptos de arbitrariedad y discrecionalidad, de difícil distinción pero con consecuencias jurídicas radicalmente opuestas.

Se define la discrecionalidad de la Administración como aquella facultad de actuar libremente cuando la ley la habilita para ello. Dicho de otro modo, la discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración competencia para apreciar en un supuesto de hecho aquello que sea de interés público. Por otra parte, se entiende la arbitrariedad como aquella actuación de la Administración a la que le falta fundamento de razón o de experiencia, lo que convierte tal actuación o decisión en un mero capricho humano, contraviniendo las pautas que delimitan la actuación administrativa, es decir, la racionalidad, la coherencia y la objetividad.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos qué convierte un acto discrecional en un acto arbitrario, es decir, cuando se traspasará la fina línea entre legalidad y antijuricidad. Aunque históricamente se han empleado varios parámetros de distinción entre ambos conceptos, la jurisprudencia se muestra unánime a día de hoy: se considera que los indicadores diferenciales son dos, a saber, la motivación del acto y la justificación objetiva del mismo.

Así pues, un acto discrecional será motivado cuando se exteriorice el fundamento en virtud del cual se dicte dicho acto, asegurando la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, y garantizando que el administrado pueda impugnar, en su caso, la decisión tomada, así como someterla a control.

Sin embargo, como hemos apuntado, la motivación es causa necesaria, pero no suficiente. Por lo tanto, no basta con que el órgano administrativo en el uso de las facultades discrecionales escoja una opción de las disponibles y explique por qué la ha escogido, sino que debe acreditarse que la opción elegida es la mejor posible, la más adecuada a la finalidad pretendida. Por consiguiente, será necesario que la motivación sea correcta, adecuada; es decir, que la operación intelectual que el órgano lleve a cabo de escoger una de las varias opciones posibles sea la más racional. Por todo lo anterior, para considerar que un acto discrecional de la Administración se ajusta a la legalidad, será preciso que supere las notas de motivación y justificación objetiva, que serán más acentuadas cuando se trate, como se ha afirmado, de actos discrecionales, contrapuestos a los actos reglados.

Una vez concluido el anterior excurso respecto a la delimitación y distinción de los conceptos de arbitrariedad o discrecionalidad, introduciremos ahora la otra cara de la moneda del artículo 405 CP que hemos enunciado más arriba; es decir, el castigo al particular destinatario del nombramiento (art. 406 CP). Atendiendo a la idea de reciprocidad, el legislador ha considerado necesario castigar no solo al funcionario o autoridad que nombra de forma ilegal, sino también al particular nombrado.

Pese a que el sujeto activo de la conducta puede ser cualquiera, se requiere la intervención necesaria del funcionario público que propone, nombra o da posesión para el ejercicio de un cargo público. Se trata, pues, de un delito de «participación necesaria»; es decir, un delito en el que, necesariamente, se exige para su realización, de manera expresa o implícita, la intervención de dos sujetos o más, con independencia de que solo alguno de ellos esté conminado penalmente. En este sentido, el artículo 406 establece que no solo quien ejerce funciones públicas estará obligado a cumplir el respeto al principio de legalidad, sino que también la actuación de cualquier ciudadano en general tendrá que ajustarse a los principios de funcionamiento de los poderes públicos cuando entablan relaciones con ellos.

### **Negociaciones prohibidas al funcionario o autoridad**

El abanico de delitos incluidos en el capítulo IX del título XIX, relativos a las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y a otros abusos en el ejercicio de la función, presenta un carácter residual con relación al resto de figuras delictivas tipificadas en el título XIX. Este capítulo contiene un conjunto heterogéneo de delitos cuyo denominador común es el abuso del cargo a fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otro tipo, que puede ser propio, es decir, para el funcionario o autoridad, o que beneficie a un tercero.

Las conductas incriminadas en los artículos 439 y siguientes se caracterizan por suponer una instrumentalización de las funciones públicas para la obten-

ción de fines diferentes o contrarios a las generales. Sin embargo, la mayor parte de los delitos que conforman este capítulo no requieren la constatación de una efectiva lesión del correcto funcionamiento de la Administración. Por el contrario, a excepción del delito de utilización de secretos o informaciones privilegiadas, los delitos del capítulo IX se configuran como un tipo de peligro abstracto o concreto. Este avance de las barreras de intervención penal es consecuencia, en la mayoría de los supuestos, del fracaso de los controles administrativos que el ordenamiento jurídico prevé sobre el ejercicio de la actividad pública; por ejemplo, los deberes de abstención del funcionario o del régimen de incompatibilidades.

### **2.2.2. Bien jurídico protegido**

#### **Nombramientos ilegales**

El ejercicio de la función pública requiere de determinadas cualidades en la persona llamada a ejercerla (variables según la función concreta a ejercer) y la falta de uno de estos requisitos determinará necesariamente la nulidad del nombramiento. De ahí que lo que el legislador pretenda proteger con la tipificación de esta conducta sea, por un lado y en sentido amplio, el respeto al principio de legalidad que deben observar quienes ejercen funciones públicas y la prohibición de la arbitrariedad a todos los poderes públicos y, por otro lado y en sentido estricto, la función pública acotada en la exigencia de legitimidad y legalidad en el acceso a la misma.

Aunque el interés tutelado está genéricamente en el debido respeto al principio de legalidad, la expresa tipificación del delito de nombramientos ilegales encuentra su justificación en la diversa trascendencia de la resolución adoptada por el funcionario. Esta supone, además de una conculcación directa del principio de legalidad, la exclusión o restricción de otras garantías a favor de la cual se instituyen los requisitos legales para el ejercicio de un cargo público. Entre otras funciones, los referidos requisitos garantizan la objetividad en la selección del personal administrativo, el cumplimiento de una mínima capacidad y aptitud para el ejercicio del cargo, así como la igualdad de acceso a la función pública. Todas estas condiciones a su vez tienden a asegurar el correcto ejercicio de esta función.

#### **Negociaciones prohibidas**

El bien jurídico tutelado en este delito se basa en el respeto al principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, las conductas incriminadas en el artículo 441 CP suponen desde esta perspectiva una simple puesta en peligro de dicho principio. Se trata de evitar la posible confluencia en el funcionario de intereses públicos y privados que puedan incidir, directa o indirectamente, en el ejercicio de sus funciones. Se observa, pues, que el delito comentado no requiere que el funcionario se haya dejado influir en su actividad pública por intereses privados, sino únicamente que

ello pueda ser posible dada la duplicidad, pública y privada, de la actividad profesional que ejerce.

### 2.2.3. Tipos delictivos de nombramientos ilegales y de negociaciones prohibidas

#### Modalidad delictiva de nombramiento ilegal

##### — Conducta activa del nombramiento ilegal

El artículo 405 del Código Penal dispone que:

*A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

Los elementos que caracterizan la conducta de este tipo delictivo pueden encuadrarse de la siguiente forma:

1. Este tipo penal se configura como un delito especial, es decir, solo podrá ser cometido por un determinado círculo de sujetos, como autoridades o funcionarios competentes. Para que la acción de proponer, nombrar o dar posesión de un cargo llegue a ser delito, debe realizarse por un funcionario o autoridad que posea capacidad competencial para ello. Se excluirán aquellos sujetos que, pese a ostentar la condición de funcionario, no tengan atribuidas las funciones de proponer, nombrar o dar posesión de un cargo. Sin embargo, estas conductas del sujeto no cualificado podrán ser constitutivas de otros delitos, como malversación o, incluso, usurpación de funciones públicas.
2. La autoridad o funcionario debe ser competente para proponer, nombrar o dar posesión de un cargo público. No basta únicamente con ostentar la condición de funcionario, sino que es preciso que la acción de proponer, nombrar o dar posesión se encuentre dentro de sus competencias.
3. Tres modalidades de acción delictiva: proponer, nombrar y dar posesión de un cargo público. Se trata de un delito de mera actividad, lo que significa que el delito se cometerá en el momento en que se dicte la resolución que contiene el nombramiento sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello. Se excluyen otros momentos relacionados con las consecuencias derivadas del nombramiento ilegal, como puede ser la realización del trabajo, la percepción de retribuciones etc. También se excluye la necesidad de que la persona propuesta o nombrada o a la que se dé posesión efectivamente acepte el puesto (conducta tipificada en el artículo 406 CP); el delito se cometerá al dictar la resolución que contiene el nombramiento ilegal. Igualmente, la realización de más de una de las conductas

descritas en el tipo no supondrá la comisión de varios delitos: quedan todas castigadas bajo una única responsabilidad.

4. Nombramiento sin que concurren los requisitos legalmente establecidos. Esta exigencia pivota sobre la ilegalidad del nombramiento; es decir, se exige únicamente la inobservancia de la normativa legal ordinaria. Esta cuestión es importante, ya que se trata de una diferencia respecto al delito de prevaricación que regula el artículo 404 CP. En este caso, solo se exigirá la ilegalidad de la propuesta, nombramiento o toma de posesión, entendida esta como la ausencia de cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, sin que tenga que ser necesariamente injusta o arbitraria (como así exige el artículo 404 CP).
5. Se exige que la acción de proponer, nombrar y dar posesión a un cargo público se lleve a cabo con conocimiento de su ilegalidad (dolo). Es preciso que la autoridad o el funcionario tenga plena conciencia de que dicta una resolución de nombramiento ilegal porque desea ese resultado y antepone su voluntad a cualquier otra consideración. Por otra parte, aquellos casos en que la autoridad o el funcionario no posea este conocimiento de la ilegalidad que comete quedarán fuera del tipo penal en tanto que no existe la imprudencia como modalidad comisiva de este delito.

Conviene hacer referencia a la determinación sobre los sujetos que poseen la condición de autoridad o funcionario público y a la competencia para efectuar nombramientos. El Código Penal determina que la condición de autoridad la ostenta quien por sí mismo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tiene mando o ejerce jurisdicción propia. En cambio, la condición de funcionario público la posee todo aquel que por disposición inmediata de la ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participa en el ejercicio de funciones públicas.

Una vez efectuada la distinción anterior, la aplicación práctica recaerá principalmente sobre la condición de funcionario público. Así pues, es importante destacar las posibilidades que ofrece nuestra legislación administrativa en materia de provisión de puestos de trabajo. Resultan esenciales la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984, y el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, en el que se establecen las condiciones de ingreso en la Administración tanto del personal funcional como del laboral.

#### — Conducta pasiva del nombramiento ilegal

Respecto a la contraparte del delito anterior, es decir, aquella persona que no

reúne las condiciones exigidas para optar al cargo público, el artículo 406 del Código Penal dispone lo siguiente:

*La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.*

Este delito en realidad se trata de una forma de participación en el delito de nombramientos ilegales visto en el artículo anterior, pero en esta ocasión el legislador ha querido subsanar los problemas interpretativos que surgen en los delitos especiales propios elevando a la categoría de delito independiente la participación del particular en su nombramiento ilegal. El tipo requiere igualmente el conocimiento de la falta de requisitos legalmente exigibles.

Por consiguiente, el particular nombrado ilegalmente se convierte en funcionario de hecho, pudiendo cometer, además de este delito, cualquier otro relacionado con la función que ilegalmente ejerza como consecuencia de su nombramiento ilegal (cohecho, malversación, prevaricación, usurpación de funciones públicas etc.)

### — Negociaciones prohibidas

El artículo 441 del Código Penal tipifica lo siguiente:

*La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años.*

La conducta típica en este delito consiste en realizar una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o particulares. Sin embargo, para que el ejercicio paralelo de una profesión (o de tareas de asesoramiento a una empresa privada o un particular) dé lugar a la apreciación del delito tipificado en el artículo 441 del Código Penal, deberán concurrir acumulativamente dos circunstancias:

- 1.** Que la referida actividad paralela se realice fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos. Así pues, para el análisis de las concretas conductas delictivas, resultará imprescindible recurrir a la normativa administrativa que disciplina el régimen de incompatibilidades públicas en el ámbito estatal, autonómico o local.
- 2.** Que, además, concorra una de las dos situaciones indicadas en el tipo. La primera requiere que la actividad profesional o de asesoramiento tenga relación con un asunto en el que debe intervenir el funcionario o en el que ya haya intervenido por razón del cargo. La segunda consiste en aquellas situaciones en que el asesoramiento o actividad profesional privada realizada

por el funcionario guarde relación con informes o resoluciones que deban adoptarse en la oficina o centro público al que se encuentran adscritas, aunque no es necesario que le corresponda a él personalmente adoptarlas.

El precepto no exige ni la incidencia efectiva de la actividad privada en la resolución de asuntos públicos, ni un efectivo abuso de los conocimientos obtenidos del ejercicio de funciones públicas. Así pues, de producirse una real incidencia en el ejercicio de funciones públicas, será de aplicación el delito de prevaricación o el de revelación de secretos. Al respecto, son ámbitos especialmente sensibles la contratación y la licitación.

En definitiva, se trata de evitar cualquier tipo de abuso o interferencia en el ejercicio de funciones públicas que, sin duda, puede producirse cuando el funcionario tenga intereses privados en cuestiones sobre las que debe decidir como servidor público.

En cuanto al sujeto activo del delito, al igual que en el caso de los delitos antes mencionados, este debe tener la condición de autoridad o funcionario público en las mismas condiciones. No existe ninguna limitación respecto a la clase de actividad que ejerce; el régimen de incompatibilidades se extiende a toda la función pública, aunque su mayor o menor amplitud depende de la concreta actividad ejercida. Así pues, incluso existe la posibilidad de que el delito sea cometido por una persona que no tenga la condición de funcionario si la actividad profesional o de asesoramiento a empresas privadas es delegada a un tercero que actúa en nombre del funcionario.

#### **2.2.4. Distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal**

##### **Singularidades respecto a los delitos de nombramiento ilegales**

La línea que marca la perseguibilidad de la conducta como ilícito penal es la contravención de la Ley en el proceso de nombramiento. Es decir, consiste únicamente en obviar de forma consciente y voluntaria aquellos requisitos exigidos por la Ley para el acceso a la función pública. Al contrario de lo que sucede en el delito de prevaricación, en este caso únicamente tiene relevancia la inobservancia de la legalidad en el momento de dictar la resolución de nombramiento, sin que sea exigible que esta resolución sea más injusta o arbitraria. En este caso, la conducta se reconducirá necesariamente al ámbito de aplicación del artículo 404, que castiga con pena superior, en tanto que deja de ser una conducta simplemente ilegal para convertirse en una conducta que conculca, incluso, preceptos constitucionales.

##### **Singularidades respecto a los delitos de negociaciones prohibidas**

En este caso, el umbral que nos sitúa en el ilícito penal reside en la perturbación de la imparcialidad de la autoridad o funcionario público. Es decir, no se considerará delictiva aquella actividad o asesoramiento que emana de una

autoridad o funcionario público que no comprometa su imparcialidad, menoscabe el deber de exclusividad que rige toda actuación pública o provoque una interferencia entre intereses privados y aquellos que tienen naturaleza pública.

Lo relevante aquí es el contenido de la actividad o asesoramiento que realice la autoridad o funcionario público, ya que, si no es relevante, no cumplirá la tipicidad del delito y deberá considerarse como una conducta no adecuada a derecho reprochable en el ámbito administrativo, pero no en el penal.

## **2.3. Riesgos derivados en el ámbito de la contratación administrativa en el AMB**

### **2.3.1. Introducción a los delitos de fraude y exacciones ilegales en el ámbito de la Administración Pública**

Dentro del ámbito de los delitos contra la Administración Pública, el capítulo VIII del título XIX del Código Penal recoge un conjunto de delitos que lleva por título «Fraudes y exacciones ilegales».

Al igual que buena parte de los delitos contra la Administración Pública, este grupo de delitos que vamos a analizar tiene como finalidad última combatir una de las problemáticas más endémicas en el seno de la Administración Pública, la corrupción. Así, bajo el título «Fraudes y exacciones ilegales», el legislador ha recogido en los artículos 436, 437 y 438 del Código Penal determinadas conductas abusivas que pueden ser cometidas por funcionarios públicos en el ámbito de la contratación administrativa.

De forma resumida, diremos que estos delitos protegen al ciudadano en tanto que tratan de garantizar la imparcialidad y honestidad de los funcionarios llamados a:

- 1.** Intervenir en procedimientos de contratación pública de todo tipo (fraude – art. 436 CP).
- 2.** Intervenir en procedimientos o trámites en virtud de los cuales se exija al ciudadano el pago, entre otros, de derechos, tarifas, aranceles o tasas (exacciones ilegales – art. 437 CP).

Por último, cabe añadir que el último precepto de este capítulo del Código Penal, es decir, el artículo 438, prevé una modalidad agravada de los delitos comunes de estafa y de fraude de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social cuando estos sean cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio y abuso de sus cargos.

### 2.3.2. Bien jurídico protegido en los delitos de fraude y de exacciones ilegales

Al igual que sucede con la gran mayoría de los delitos contra la Administración Pública, la realidad socialmente valorada que se pretende proteger en méritos de las conductas tipificadas en el Código Penal es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, que actuará con plena sujeción a los valores constitucionales y a la legalidad vigente. Este bien jurídico protegido común tiene, a su vez, acepciones concretas según el tipo delictivo concreto de que se trate.

Así pues, en primer lugar, el delito de fraude (art. 436 CP) vela también por proteger los principios de transparencia y publicidad que deben regir en el ámbito de la contratación pública, amparando los intereses de los particulares para que compitan por las adjudicaciones en condiciones de igualdad (artículo 1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). También salvaguarda el patrimonio de la propia Administración Pública, evitando las consecuencias que tendría la concertación fraudulenta de cara a la eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

En segundo lugar, el delito de exacciones ilegales tutela, cumulativamente al normal funcionamiento de la Administración Pública, los intereses patrimoniales de los ciudadanos sometidos a las exigencias ilegales en forma de tasa, arancel, derecho o tarifa indebida que les pida un funcionario o autoridad pública.

En tercer y último lugar, el agravante previsto en el artículo 438 CP para los delitos comunes de estafa y de fraude de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social para los casos en que estos sean cometidos por la autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, responde a la máxima de que quien está obligado por su profesión a garantizar el ordenamiento jurídico (artículo 103 de la Constitución española) no puede convertirse en su transgresor. Esto es, precisamente, lo que motiva el plus de penalidad previsto, ya que la comisión de un delito de estafa o de apropiación indebida por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones supondría una ruptura global de la confianza que los ciudadanos tienen depositada en la Administración Pública.

### 2.3.3. Tipos delictivos de fraude y exacciones ilegales

#### Delitos de fraude (artículo 436 CP)

El artículo 436 del Código Penal dispone que:

*La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años*

*e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.*

Del precepto transcrito se desprende claramente que la esencia de este delito radica en el hecho de recurrir a artificios para defraudar a la Administración Pública en el ámbito de las contrataciones o liquidaciones de efectos o haberes públicos.

El Tribunal Supremo ha desarrollado este tipo delictivo en el sentido de exigir, a fin de que la conducta del funcionario sea punible, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Los hechos deberán ser cometidos necesariamente por una autoridad o un funcionario público que intervenga por razón y en ejercicio de sus funciones en los hechos.
2. La intervención por parte del funcionario se producirá en cualquiera de las materias mencionadas en el precepto, es decir, en modalidades de contratación pública o en la liquidación de efectos o haberes públicos.
3. El núcleo de la conducta es la concertación del funcionario o autoridad con los interesados, lo que conllevará, finalmente, que se defraude a la Administración pública.

A fin de entender de forma cabal la conducta que castiga el Código Penal, es preciso explicar brevemente el elemento nuclear del delito, es decir, a qué se refiere el legislador cuando habla de «concertación». Nuestros tribunales han comprendido que este concierto se fundamenta en el acto del funcionario de ponerse de acuerdo con los terceros interesados para defraudar a cualquier ente público, es decir, para causarle un perjuicio patrimonial.

Por otra parte, el legislador ha optado por acotar el objeto de la concertación entre funcionario e interesado a fin de que resulte punible a efectos penales, siendo necesario que este concierto se produzca en el seno de cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en las liquidaciones de efectos o haberes públicos, circunstancia que abarca todo el conjunto de derechos de contenido patrimonial correspondientes a un ente público. Gracias lo anterior, el legislador protege tanto el espectro de gasto (contrataciones) como el de los ingresos (liquidaciones) de la Administración Pública.

Por último, es importante destacar que este concierto para defraudar no se asimila en modo alguno a la constatación de cualquier irregularidad administrativa que se produzca, siendo necesario que se cumplan todos y cada uno de los requisitos antes enunciados para que los hechos adquieran relevancia penal.

### **Delito de exacciones ilegales (artículo 437 CP)**

El artículo 437 del Código Penal dispone que:

*La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas*

*por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.*

Del literal del precepto, se desprende que la conducta nuclear a prevenir y castigar es la exigencia por parte del funcionario, sea de forma directa o indirecta, de derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en mayor cuantía a la legalmente establecida.

El Tribunal Supremo ha desarrollado este tipo delictivo en el sentido de exigir, para que la conducta del funcionario sea punible, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. En primer lugar, será necesario que quien cometa los hechos tenga la condición de autoridad o funcionario público.
2. En segundo lugar, la acción típica integra dos modalidades diferenciadas, que son, bien la exigencia, directa o indirecta, de derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos —es decir, que no estén previstos legalmente—, o bien la exigencia, directa o indirecta, de derechos, tarifas por aranceles o minutas en mayor cuantía a la legalmente establecida.
3. El delito se entenderá cometido en el momento en que la autoridad o funcionario público exteriorice la exigencia de la cantidad no debida o en una cuantía superior, no siendo necesario que el particular llegue finalmente a satisfacerla o que la autoridad o funcionario solicitando la perciba efectivamente.

Al hilo de lo anterior, cabe matizar que esta «exigencia» que determina el tipo penal no puede ser de tipo coercitivo, es decir, no puede ser impuesta por el funcionario al ciudadano bajo la amenaza de un perjuicio en caso de no ser atendida. Esta conducta más grave se reconducirá necesariamente al delito de cohecho, previsto en el artículo 419 del Código Penal y que trataremos en otro apartado de este artículo. Así pues, reservamos el delito de exacciones ilegales aquí tratado a aquellas conductas defraudadoras en que el particular no es plenamente consciente del carácter indebido de las cantidades que le son solicitadas.

### **Delito de estafa y fraude de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social agravados (artículo 438 CP)**

El artículo 438 del Código Penal dispone que:

*La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código.*

Según se desprende del precepto transcrito, este artículo configura un subtipo agravado de los delitos de estafa y de fraude de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social del artículo 307 ter del Código Penal para los casos en que estos hayan sido cometidos por la autoridad o funcionario público en el ejercicio y abuso de su cargo.

Este tipo penal es ciertamente extraño e infrecuente en los tribunales de Justicia. Tiene por objeto cumplir una función de clausura del sistema, ya que la conducta punible se define por referencia a los delitos genéricos de estafa y de fraude de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. Así pues, para que se aprecie la comisión del delito previsto en el artículo 438 del Código Penal, antes transcrito, deberán concurrir, en primer lugar, los mismos requisitos y elementos que configuran la estafa y el delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social, exigiéndose como complemento que quien cometa el delito sea un funcionario o autoridad pública y que actúe en el ejercicio y abuso de su cargo.

Para comprender de forma cabal el alcance de este delito, cuyas penas pueden llegar a ser muy elevadas, nos hemos de referir a los delitos a que se refieren los artículos 248 y 307 bis del Código Penal. No es factible por razón y alcance del objeto del presente artículo detallar las particularidades de cada uno de ellos.

El artículo 248 del Código Penal dispone que *«cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno»*.

El artículo 307 bis del Código Penal establece quién comete un delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social y dispone lo siguiente:

*«Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consistente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión. Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de tres a seis años.»*

## **2.4. Riesgos derivados de la gestión documental desde la perspectiva de la custodia, la integridad y la fidelidad del documento**

### **2.4.1. Introducción a los delitos de falsificación e infidelidad en la custodia de documentos**

El presente apartado tiene por objeto analizar sintéticamente todos aquellos tipos delictivos que, destinados en exclusiva a la autoridad o funcionario público, tienen como finalidad garantizar el correcto funcionamiento de la Administración desde la perspectiva de su gestión documental.

Dicho esto, este apartado a su vez se dividirá, por una razón de lógica sistemática, en dos grandes bloques de consideraciones. En primer lugar, se procederá al estudio de aquellos delitos que castigan las falsificaciones de documentos públicos, oficiales y mercantiles cometidos por un funcionario público o una autoridad. Concretamente, se tratarán las particularidades de los artículos 390 y 391 del Código Penal. En segundo lugar, se valorará un segundo grupo de delitos que castigan conductas de infidelidad en la custodia de documentos, tales como la destrucción u ocultación documental, cometidos por un funcionario público o autoridad sobre documentos cuya custodia tengan por razón de su cargo. Concretamente, se analizará el artículo 413 del Código Penal. Aunque ambos bloques de delitos tienen como objetivo común proteger el documento como elemento dotado de valor probatorio en el tráfico jurídico, cada uno de ellos lo hace desde una perspectiva diferente aunque complementaria.

Así pues, mientras que los delitos de falsificación documental garantizan la autenticidad del documento llamado a tener valor probatorio, los delitos de infidelidad en la custodia garantizan su seguridad e integridad frente a conductas como la sustracción, la ocultación, la inutilización o la destrucción de estos documentos.

### **2.4.2. Bien jurídico protegido en los delitos de falsificación e infidelidad en la custodia de documentos**

Como hemos apuntado, ambos bloques de delitos, de falsificación y de infidelidad en la custodia de documentos, garantizarán las funciones propias del documento como elemento con valor probatorio en el tráfico jurídico. Esta es la realidad socialmente valorada que comúnmente intenta protegerse a través de estos grupos de delitos.

Sin embargo, dado que cada uno de estos dos grandes bloques de delitos protegen al documento desde una perspectiva diferente, lo cierto es que, cumulativamente a este elemento común que se ha significado, cada uno de ellos presenta particularidades en lo referente a los bienes jurídicos tutelados que, por su trascendencia, no son baladíes.

En primer lugar, los delitos de falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles (artículos 390 y 391 del Código Penal) protegen de forma cabal la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil, mercantil o administrativa elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas.

En las falsedades se castiga a quien, de una u otra forma, presenta como real o verdadero, como ajustado a la verdad, algo que carece de tales características; equivale a hacer pasar por legítimo lo que no lo es. De este modo, el bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, puesto que el documento ha creado en los terceros la confianza en su autenticidad y su eficacia para probar lo que proclama. La falsedad no es otra cosa que un engaño dirigido a crear error y confusión en terceras personas. Asimismo, en tanto que los delitos de falsedades analizados solo pueden ser cometidos por un funcionario público o autoridad, puede afirmarse que estos indirectamente también tutelan los deberes de veracidad que legalmente se imponen a tales sujetos.

En segundo lugar, el bloque delictivo que hace referencia a la infidelidad en la custodia de estos documentos (artículo 413 del Código Penal) tiene una acepción concreta en tanto que delito contra la Administración Pública. Según han determinado nuestros tribunales, el objeto de protección consiste en el propio contenido del documento y los derechos que puedan extraerse del mismo. Por lo tanto, se trata de proteger el documento frente a agresiones materiales de diversa índole, tales como sustracción, destrucción, inutilización u ocultación, total o parcial, del documento objeto de custodia por parte del funcionario público o autoridad.

### **2.4.3. Concepto de documento a efectos penales**

Previamente a abordar de forma concreta los tipos delictivos de falsificación y de infidelidad en la custodia de documentos, es importante, por su posterior trascendencia a la hora de delimitar las conductas típicas, definir qué se entiende por documento a efectos penales y qué funciones se atribuyen al mismo.

En primer lugar, el artículo 26 del Código Penal dispone que a efectos de este Código Penal se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o con cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Nuestros tribunales, en su función de interpretación de la legalidad, consideran que, a raíz de la transcrita definición, será documento todo soporte indeleble, físico o informático, en el que se plasmen contenidos de procedencia humana, significativos, con carácter original y finalidad probatoria.

Por otra parte, es importante, por lo que después se verá, consignar aquellas funciones que debe cumplir un documento para poder ser considerado como tal. Todo documento cumplirá, como mínimo, una de las siguientes funciones:

- a) Función de perpetuación: fija materialmente con vocación de permanencia y refleja la manifestación de voluntad o de conocimiento de alguien.
- b) Función probatoria: permite acreditar la declaración plasmada en el documento, no necesariamente su veracidad, pero sí que se haya efectuado.
- c) Función de garantía: permite identificar al autor o a los autores de la declaración de la que se ha dejado constancia en el documento, de forma que sea posible asegurar que la persona identificada en el mismo es la que ha realizado las manifestaciones que se atribuyen a dicho documento.

#### **2.4.4. Tipos delictivos de falsificación y de infidelidad en la custodia de documentos**

##### **Delito de falsificación de documentos**

El artículo 390 del Código Penal dispone que:

*1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*

*1°. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.*

*2°. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*

*3°. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*

*4°. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*

El artículo 391 del Código Penal complementa el anterior precepto, en el sentido de castigar, también, la modalidad imprudente del delito al disponer expresamente que:

*La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.*

Según se desprende del literal del transcrito artículo 390 del Código Penal, se prevén hasta cuatro modalidades de falsedad en documento cometida por un funcionario público o autoridad, las cuales detallamos a continuación.

- 1.** La primera modalidad (ap. 1, n.º. 1) exige la existencia previa de un documento y que el funcionario público o autoridad altere algunos de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

Desde la perspectiva de este delito, se produce una alteración en el documento cuando, como consecuencia de añadir, sustituir o suprimir algo, resulte afectada alguna de sus funciones, que son, como hemos visto, de perpetuación, de prueba y de garantía.

Así, por ejemplo, se alterará la función de perpetuación cuando se dañe, intencionadamente o por imprudencia grave, el soporte material del documento; la de garantía cuando se sustituya la firma auténtica del documento por otra, y la probatoria, por ejemplo, cuando se modifique la fecha de un documento.

2. La segunda modalidad (ap. 1, n.º. 2) no exige la existencia previa de un documento, sino que castiga aquellos casos en que se simule un documento, lo que se producirá cuando se elabore un documento inauténtico; por ejemplo, cuando se presente como autor del documento a una persona diferente del auténtico autor.

Asimismo, por su marcada trascendencia práctica, es importante destacar que también se consideran simulación documental los denominados casos de «negocio jurídico simulado». Se trata de supuestos en los que la declaración contenida en los documentos pertenece al sujeto que los emite, pero esta declaración refleja un negocio jurídico que no se corresponde con la realidad. A título de ejemplo, será negocio jurídico simulado susceptible de incardinarse en el artículo 390.1.2 del Código Penal aquella factura que refleje un negocio jurídico inexistente.

Por último, la referencia a que la simulación se puede producir «en todo o en parte» del documento significa que la creación de un documento inauténtico puede afectar a la totalidad del mismo (por ejemplo, la simulación de una licencia administrativa) o únicamente a una parte (por ejemplo, añadir a un contrato una cláusula que no existía).

3. La tercera modalidad (ap. 1, n.º. 3) castiga el acto de dejar constancia en un documento de la intervención en un acto de una persona cuando en realidad no ha tenido lugar.

En este contexto, «suponer» significa fingir que una persona que en realidad no ha intervenido en un acto sí lo ha hecho. El término «intervención» no se refiere a cualquier presencia, sino que se requerirá que esta lo sea de forma significativa. Por ejemplo, será delictivo dejar constancia en el contexto de un acta administrativa de la presencia o intervención de personas que no estén presentes.

Por último, el inciso segundo de este apartado castiga la atribución a personas que sí han intervenido en un acto declaraciones o manifestaciones diferentes a las que han realizado. Por lo tanto, se requerirá que la persona haya intervenido en el acto y haya realizado manifestaciones en él.

4. La cuarta modalidad (ap. 1, n.º. 4) se refiere a «*faltar a la verdad en la narración de los hechos*».

Este tipo de falsedad, conocida normalmente como ideológica, castiga la mentira escrita. Así pues, a diferencia de la falsificación, en que lo cuestionado es la autenticidad, en el ámbito de las falsedades ideológicas la reali-

zación externa siempre es real y el documento ha sido confeccionado por quien corresponde.

Según tiene establecido el Tribunal Constitucional, el hecho punible será la alteración o desfiguración en la descripción tanto de conductas o acciones humanas como de lugares, situaciones, dimensiones u otros datos de la realidad extradocumental de la que un funcionario público o autoridad haya dejado constancia en un documento durante el ejercicio de sus funciones.

### Delito de infidelidad en la custodia de documentos

El artículo 413 del Código Penal dispone que:

*La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*

La llamada «infidelidad material» constituye, con mucha diferencia, el tipo delictivo más aplicado y más grave de los relativos a la custodia de documentos.

Según se desprende del precepto transcrito, la conducta típica se describe a través de cuatro modalidades comisivas diferentes pero que poseen un elemento común: deben ser cometidas por la autoridad o funcionario público sobre un documento cuya custodia tenga encomendada por razón de su cargo.

Así pues, estas cuatro conductas alternativas sobre el documento pueden ser:

- 1.** La sustracción, lo que supone desplazar el documento fuera de la esfera de custodia correspondiente.
- 2.** La destrucción, lo que implica deshacer la materialidad del documento, ya sea total o parcial.
- 3.** La inutilización, que normalmente irá vinculada a la destrucción, salvo en el caso de documentos informáticos, que son susceptibles de ser inutilizados sin destruir.
- 4.** La ocultación, que, según ha sido conceptualizada por la jurisprudencia, engloba una gran cantidad de conductas diversas.

Así pues, la infidelidad material abarca, en primer lugar, los casos en que se esconda el documento donde no pueda encontrarse; en segundo lugar, los casos de paralización voluntaria de la tramitación del documento, y en tercer lugar, guardar o no entregar el documento, impidiendo que este despliegue los efectos o finalidades que le corresponderían por razón de su contenido y destino.

## 2.5. Riesgos derivados de la gestión de los caudales públicos en el AMB

### 2.5.1. Introducción a los delitos de malversación de caudales públicos

El capítulo VII del título XIX del Código Penal está dedicado íntegramente a tratar y regular el delito de malversación de caudales públicos, un delito de naturaleza compleja que abarca una gran cantidad de conductas punibles y que recientemente ha sido reformado de forma íntegra.

Como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, que modifica el Código Penal, el delito de malversación de caudales públicos ha sufrido una profunda transformación, pasando a configurarse como un ilícito que castiga, en el ámbito del funcionariado y el patrimonio público, los delitos de administración desleal y de apropiación indebida, a los cuales remite expresamente.

Según se desprende de la propia nomenclatura de la infracción aquí estudiada, el delito de malversación de caudales públicos tiene como finalidad proteger el patrimonio público frente a las conductas de aquellos funcionarios que, llamados a asumir funciones de administración y custodia del patrimonio público, se extralimiten en las mismas y causen un perjuicio al patrimonio público (art. 432.1 CP).

Asimismo, una segunda acepción de este ilícito protege el patrimonio público frente a aquellas conductas del funcionariado público que persiguen su depreciación económica en el sentido de sustraerlo en beneficio propio o ajeno (art. 432.2 CP).

Sin perjuicio de abordar más adelante la casuística propia de estos ilícitos, a fin de hacer más comprensible este apartado, conviene dejar consignado que este tipo delictivo sanciona conductas tan diversas como la desviación por parte de un funcionario de dinero público a su cuenta privada o el uso de coche oficial para cuestiones ajenas a las otorgadas al funcionario.

### 2.5.2. Bien jurídico protegido en los delitos de malversación de caudales públicos

La realidad socialmente valorada que se protege mediante el delito de malversación de caudales públicos, como delito contra la Administración Pública, es, en primer lugar, el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, concretamente en lo que se refiere al deber de fidelidad e integridad que el funcionariado debe mostrar hacia la Administración.

Cumulativamente a lo anterior, habida cuenta de que la *ultima ratio* de este ilícito es la protección del patrimonio público, que tiene que estar al servicio de los

intereses generales, se afirma también que este delito vela por el mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y su correcta gestión.

Por lo tanto, los delitos de malversación de caudales públicos velan, por una parte, por castigar la infracción de los deberes de fidelidad y de probidad del funcionariado público hacia la Administración, que afectaría al correcto funcionamiento de la misma, y, por otra parte, protegen el patrimonio público de la Administración como sustrato necesario para la correcta prestación de servicios públicos a los ciudadanos.

### 2.5.3. Tipos delictivos de malversación de caudales públicos

El artículo 432 del Código Penal dispone que:

1. *La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.*
2. *Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.*
3. *Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*
  - a) *Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o*
  - b) *el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.*

Este precepto de nuevo cuño contempla en el mismo artículo dos modalidades de malversación, sancionando con penas idénticas las conductas desleales de la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, administra patrimonio público (art. 423.1 CP) y las conductas de apropiación del patrimonio público cuando este esté regentado por alguno de los títulos que contempla el delito de apropiación indebida, es decir, en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o cuando niegue haberlos recibido (art. 423.2 CP).

Ambas modalidades básicas de malversación se configuran por remisión expresa a los respectivos delitos patrimoniales genéricos de administración desleal (art. 252 CP) y de apropiación indebida (art. 253 CP), reservándose el tipo delictivo de malversación para aquellos casos en que estos delitos patrimoniales genéricos sean cometidos por un funcionario público o una autoridad sobre el patrimonio público.

Una vez consignados genéricamente los tipos delictivos comprendidos en el artículo 423 del Código Penal, pasaremos a profundizar en las particularida-

des propias de cada una de las modalidades de malversación contempladas por el legislador.

En primer lugar, la modalidad de malversación establecida en el artículo 432.1 del Código Penal sanciona, por referencia al delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal, aquellas conductas desleales cometidas por un funcionario público o una autoridad en los casos en que estos, infringiendo las facultades de administración que ostentan sobre el patrimonio público, se excedan en las mismas y causen un perjuicio patrimonial al erario público.

Según se desprende del literal de este precepto, la conducta delictiva que abarca es *a priori* muy amplia. Sin embargo, el propio legislador, consciente de lo anterior, ha restringido las modalidades de infracción de los deberes de administración que podrán dar lugar a la comisión de este ilícito penal. Así pues, se pondrá de manifiesto que no toda infracción de los deberes de administración encomendados al funcionario supondrá la consumación de un delito, sino que es necesario que esta infracción consista en un exceso por parte del funcionario en las facultades de administración que le han sido conferidas, que resulte en un perjuicio patrimonial para el patrimonio público —valga la redundancia.

Por lo tanto, quedarán fuera del ámbito punitivo tanto las conductas que consistan en una simple omisión de los deberes derivados de las facultades de administración que ejerce el funcionario sobre el patrimonio público (por ejemplo, no reclamar una deuda a un tercero de la que es titular la Administración), como las que consistan en destinar fondos públicos a fines públicos diferentes a los que estaban inicialmente previstos o encomendados, ya que en estos casos no se da un verdadero perjuicio para el patrimonio público.

En resumidas cuentas, lo que se sanciona en esta primera modalidad de malversación es la administración desleal caracterizada por un abuso en el ejercicio de las funciones de administración encomendadas al funcionario o la autoridad respecto al patrimonio ajeno, en este caso público, que le cause un perjuicio.

Por último, habida cuenta de que esta modalidad delictiva remite directamente al delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal, se transcribe dicho delito para una mayor comprensión del alcance de las conductas susceptibles de ser subsumidas en la estudiada modalidad de malversación de caudales públicos. Así pues, el artículo 252 castiga a «los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado».

En segundo lugar, la modalidad de malversación descrita en el artículo 432.2 del Código Penal sanciona, por referencia al delito de apropiación indebi-

da del artículo 253, aquellas conductas de sustracción definitiva de los bienes públicos por parte del funcionario o autoridad, en beneficio propio o ajeno, siempre que disponga de los mismos a título de depósito, comisión, custodia o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos. En buena lógica con lo anterior, este tipo delictivo será de aplicación en aquellos casos en que el funcionario o autoridad tenga inicialmente la posesión legítima de un bien de carácter público y, en beneficio propio o ajeno, tergiversar este título posesorio a fin de apoderarse de un bien integrado en el patrimonio público.

Por último, teniendo en cuenta que, como se ha dicho, esta modalidad de malversación remite directamente al delito de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal, se transcribe este artículo para una mayor comprensión respecto al alcance de las conductas susceptibles de ser subsumidas en esta segunda modalidad de malversación. Así pues, el artículo 253 del Código Penal dispone que serán castigados «los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido».

#### **2.5.4. Singularidades respecto a los delitos de malversación de caudales públicos: concepto de caudal público**

Como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código Penal, el concepto de caudal o efecto público ha dado paso al concepto de «patrimonio público». De todos modos, ello no supone un cambio sustancial respecto a la anterior regulación, ya que la expresión «patrimonio público» ha sido interpretada por nuestros tribunales como sinónimo del concepto de caudal o efecto público.

Por caudales o efectos públicos se entiende, siempre y cuando sea titularidad de la Administración, todo bien material o corporal, sea de capital, hacienda, bien numerario, moneda metálica, billetes y divisas, títulos valores y efectos negociables convertibles en dinero, como cheques, letras de cambio, bonos y pagarés, así como todo tipo de bienes, sean o no fungibles; es decir, cualquier objeto, bien o cosa siempre que posea un valor económico apreciable, tanto presente como futuro.

Al hilo de lo anterior, la nueva regulación permite incluir también bajo el concepto de patrimonio público susceptible de ser malversado todos aquellos bienes inmuebles titularidad de la Administración. En cualquier caso, la anterior afirmación presenta limitaciones como consecuencia de los títulos posesorios previstos en el artículo 253 del Código Penal, al que remite el artículo 432.3 del mismo texto legal —modalidad apropiatoria de malversación. Así pues, la relación de títulos posesorios del artículo 253 del Código Penal resulta ordina-

riamente incompatible con los bienes inmuebles como consecuencia especialmente de la prohibición legal de constituir depósitos sobre bienes inmuebles (artículo 1761 del Código Civil).

Por último, a pesar de que ya se han producido pronunciamientos judiciales en sentido contrario, la jurisprudencia es a día de hoy estable y unánime al considerar que el concepto de patrimonio público no incluye al personal de la Administración.

### **3. Catálogo de medidas concretas para la prevención de los riesgos penales definidos conjuntamente con la Agencia de Transparencia**

#### **3.1. Formación e información sobre los riesgos asociados a las actividades concretas en la actividad diaria de cada una de las Administraciones**

Tal como manifestábamos en la introducción de este artículo, el primer instrumento de prevención de riesgos penales es la formación adecuada, vigente y continuada de los límites normativos que gobiernan el comportamiento diario de todos los funcionarios y de las diferentes Administraciones Públicas. Por este motivo, el primer instrumento de prevención que se propone es el establecimiento de una política de formación continuada que permita despejar las dudas y las restricciones que se plantean a diario al emprender las funciones propias del cargo.

En este ámbito habrá que poner especial cuidado en la explicación (i) de los ámbitos en los que se haya producido alguna variación sustancial de la normativa legal o reglamentaria que los gobierna; (ii) de los comportamientos que por su habitualidad o por la percepción de menor trascendencia pudieran haberse burocratizado y vaciado de filtro preventivo, y finalmente, (iii) de las conductas que por su importancia en el proceso de formación de la voluntad del ente necesiten incrementar su cultura de adecuación normativa.

En la determinación de los riesgos concretos asociados a cada área de actividad, habrá que tener especialmente en cuenta la normativa sectorial aplicable y la elaboración jurisprudencial tanto de carácter administrativo como penal que haya podido generarse en méritos de aquella cuestión particular.

El proceso de formación podrá llevarse a cabo tanto internamente como a través de la externalización mediante profesionales del derecho penal o administrativo que puedan aportar un valor singular desde la perspectiva de la experiencia derivada de su función diaria.

### **3.2. Refuerzo de la mentalidad preventiva y evitadora de los riesgos penales advertidos**

La efectiva evitación de los riesgos penales asociados a la vida de una Administración Pública no solo depende del grado de conocimiento de la normativa aplicable, sino también, en gran medida, de la vocación con la que se ejecuta el trabajo en el día a día. Por este motivo, desde los órganos de gobierno se tratará de reforzar la cultura de prevención de todos los componentes de la entidad.

Así pues, se estimulará la redacción y la suscripción de códigos éticos singulares para cada uno de los órganos asociados que recojan el catálogo de valores y de buenas prácticas que deben caracterizar el comportamiento de la función pública. Singularmente, de la perspectiva introducida en el segundo epígrafe de este artículo, se tendrán en cuenta las siguientes recomendaciones:

- 1.** En cuanto a los delitos de prevaricación administrativa, los funcionarios o autoridades velarán por cumplir y hacer cumplir la legalidad vigente a la hora de dictar cualquier resolución administrativa con efectos declarativos y/o constitutivos.
- 2.** En cuanto a los delitos de nombramientos ilegales, los funcionarios o autoridades, y especialmente todos los que tengan competencia para nombrar, proponer o dar posesión de cargos públicos a quien opte a los mismos, velarán por hacer cumplir el principio de legalidad en el acceso a la función pública.
- 3.** En cuanto a los delitos de negociaciones prohibidas a funcionarios o autoridades, se establecerán los mecanismos y protocolos necesarios para evitar cualquier tipo de confrontación entre el interés público y el privado por parte de estos funcionarios o autoridades llamados a intervenir en asuntos administrativos.
- 4.** En cuanto a los delitos de fraude, se establecerán los mecanismos y controles necesarios para prevenir que las autoridades o funcionarios públicos se puedan concertar con los interesados en cualquier tipo de modalidad de contratación pública o de liquidaciones de efectos o haberes públicos.
- 5.** En cuanto a los delitos de exacciones ilegales, se establecerán los mecanismos y controles necesarios para prevenir que las autoridades o funciona-

rios públicos puedan exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos, es decir, que no estén legalmente previstos, o en una cuantía mayor a la legalmente establecida.

6. En cuanto a los delitos de falsificación documental o de infidelidad en la custodia de documentos, se velará por una correcta gestión documental que prevenga que los funcionarios o autoridades puedan falsear los documentos. Lo anterior se logrará, por ejemplo, con sistemas de doble control del documento.

Por otra parte, con la digitalización con copia de seguridad debidamente custodiada del conjunto de los documentos que pasen por el AMB se evitará la posible destrucción, inutilización, ocultación o sustracción de los documentos custodiados por el ente administrativo.

7. En cuanto a los delitos de malversación de caudales públicos, el patrimonio público titularidad del AMB se gestionará de forma adecuada con el control de ingresos y gastos de esta entidad, restringiendo el acceso a las cuentas del AMB únicamente a aquel personal que por razón de sus atribuciones tiene poder para gestionarlos y estableciendo sistemas de control que permitan comprobar y auditar el destino y el uso de los bienes de titularidad pública.
8. En cuanto a los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, el AMB se abstendrá de hacer cualquier tipo de donación o aportación, directa o indirecta, a partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones.

### **3.3. Establecimiento y mejora de los protocolos o de los procedimientos administrativos donde pueden concretarse los riesgos penales**

Sin perjuicio de la promoción de la elaboración de los códigos éticos y de las guías de buenas conductas de cada una de las entidades asociadas al AMB, se revisarán los protocolos internos de formación de la voluntad del ente administrativo, así como los de los procesos más sensibles.

En este proceso de revisión se tendrán especialmente en cuenta la ubicación y la eficacia de los mecanismos de prevención y de control de riesgos que estén implementados en ese momento, y se promoverá el refuerzo o la sustitución de aquellos cuya ineficacia o falta de efectividad se haya constatado.

En cuestiones especialmente sensibles, como pueden ser la política de regalos o la que regula los conflictos de intereses, se tenderá a la redacción de do-

cumentos que regulen explícitamente estos aspectos, identificando de forma clara y comprensible los límites impuestos por la normativa sectorial y por la general.

### **3.4. Establecimiento de un canal de denuncias anónimo y garantizado para comunicar los eventuales incumplimientos que se adviertan en el ejercicio diario de las funciones propias o ajenas**

Los entes administrativos que por su volumen lo aconsejen establecerán un canal de denuncias anónimas que permita a todos los trabajadores poner en conocimiento de los órganos de dirección los actos de corrupción o infracción de normas de los que tengan conocimiento. El anonimato del denunciante no obstará para que se estimule su identificación cuando este dato permita mejorar la investigación o la prevención de los hechos objeto de denuncia. Este instrumento no solo irá dirigido a la totalidad de los miembros o trabajadores del ente administrativo, sino que también se pondrá al servicio de cualquier persona, física o jurídica, pública o privada.

Para el estudio de la denuncia se tendrá en cuenta la verosimilitud de los hechos expuestos, no la procedencia de la misma.

La gestión del canal de denuncias podrá ser externalizada a la Agencia de Transparencia, que gestionará los estímulos recibidos en consecuencia con la entidad y la relevancia de los hechos denunciados, siempre en consonancia con la legislación aplicable y de forma coordinada con las demás entidades que puedan haber recibido la denuncia.

Cuando se llegue a la conclusión de que los hechos objeto de denuncia pueden ser objeto de delito, se pondrán inmediatamente en conocimiento, según proceda, de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o de la Oficina Antifraude de Cataluña.

### **3.5. Refuerzo del sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas de prevención acordadas internamente**

Para garantizar el correcto funcionamiento del Área Metropolitana de Barcelona, así como para seguir generando un clima de cumplimiento normativo, es decir, de pleno respeto y sometimiento a la legalidad vigente, sería conveniente que en cuanto se disponga de un código ético o de una guía de buenas conductas se apruebe un protocolo que establezca un sistema disciplinario para sancionar adecuadamente, siempre con base en el principio de proporcionalidad, el incumplimiento o infracción del código ético o de la guía de buenas conductas.

Dicho esto, para garantizar los derechos que amparan al personal dependiente del Área Metropolitana de Barcelona, es necesario que la sanción vaya precedida de una investigación interna que culmine con un acto por el que se determine, sin lugar a dudas, que se ha cometido una infracción del código ético o de la guía de buenas conductas y que hay un infractor determinado.

### **3.6. Verificación periódica de la política de evitación de riesgos penales**

Una vez el Área Metropolitana de Barcelona disponga del modelo de prevención de delitos y lo haya implementado, deberá establecerse una cláusula en virtud de la cual se prevea la necesidad de que sea verificado periódicamente.

Al hilo de lo anterior, en caso de que no se ponga de manifiesto ningún tipo de infracción relevante de las disposiciones previstas en el código ético o la guía de buenas conductas, se propone una verificación anual del modelo de prevención de delitos. Sin embargo, en caso de que se ponga de manifiesto una infracción relevante, es recomendable proceder inmediatamente a su revisión. Asimismo, cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada, es conveniente no solo su verificación, sino también su eventual modificación.

«[...] Hoy debemos añadir la última y quizás más formidable forma de dominio: la burocracia o dominio de un complejo sistema de oficinas donde no cabe hacer responsables a los hombres, ni a uno ni a los mejores, ni a pocos ni a muchos, y que podría ser adecuadamente definida como el dominio de nadie.» **Hannah Arendt**

«El Duque Ai preguntó a Confucio: ¿Qué hay que hacer para conseguir el apoyo del pueblo? El Maestro respondió: Elevad a los rectos y relegad a los torcidos, y el pueblo llano os apoyará. Elevad a los torcidos y relegad a los rectos, y el pueblo llano no os apoyará.»  
**Confucio**

«El camino está abierto ante todos como los surcos de una botadura. Así que adéntrate en la vida y no temas nadar como hicimos nosotros en tiempos antiguos.»

**Robert Louis Stevenson**

«¿Quién garantizará la imparcialidad de los jueces? La única garantía, aparte de su total independencia, consiste en que procedan de medios sociales diferentes, que estén dotados naturalmente de una inteligencia amplia, clara y precisa, y que hayan sido formados en una escuela en la que no se les dé una educación jurídica, sino principalmente espiritual y secundariamente intelectual. Es necesario que se acostumbren a amar la verdad.» **Simone Weil**

«El colmo de la injusticia pasa por fingir ser justo sin serlo. El hombre verdaderamente justo no pretende parecer bueno, sino ser bueno. No le interesan las recompensas ni la reputación.»

**Rob Riemen**



Cornellà de Llobregat. Empresa  
de inserción Recibaix  
© KIM MANRESA

# La financiación metropolitana de grupos políticos, partidos políticos y sindicatos

*Pau Bossacoma Busquets*

## 1. Objetivos y estructura del artículo

Este artículo se plantea si los grupos políticos, los partidos políticos y los sindicatos pueden recibir financiación pública local, concretamente por parte del Área Metropolitana de Barcelona (en adelante, AMB), y, en caso de que puedan, bajo qué condiciones. El artículo entiende el término *partido político* en sentido amplio, incluyendo federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores.

El artículo se inicia con un breve apunte histórico y comparado (apartado 2), seguido de una introducción general al modelo español de financiación de los partidos políticos (apartado 3). Se defiende, a continuación, la conveniencia de mantener un equilibrio territorial en la financiación de partidos políticos que dará una justificación constitucional a algunas de las conclusiones sobre el caso concreto (apartado 4). Después de estos apartados más generales e introductorios, se trata la financiación metropolitana indirecta de partidos políticos a través de las dotaciones económicas a los grupos políticos metropolitanos (apartado 5) y, acto seguido, la financiación metropolitana directa de partidos políticos (apartado 6). Posteriormente, se aborda la financiación metropolitana de sindicatos (apartado 7). El artículo finaliza con unas breves conclusiones (apartado 8).

## 2. Apunte histórico y comparado

Históricamente, en Europa, los partidos políticos se han financiado a partir de fuentes privadas. En general, parece que la regulación y el control estatales de la financiación privada han tenido como contrapartida la introducción y el crecimiento de las aportaciones públicas.<sup>1</sup> A grandes rasgos, por tanto, puede decirse que la regulación, la transparencia y el control de la financiación de los partidos políticos han ido a menudo acompañados de financiación pública. No parece una relación, en principio, objetable. La recepción de financiación pública, a su vez, también justifica un aumento de la regulación, la transparencia y el control.

La financiación pública, a nivel central, ha consistido en financiar los grupos parlamentarios y, a la vez, el aparato central de los partidos políticos. En algunos Estados europeos primero se empezó a financiar públicamente a los grupos parlamentarios y después a los partidos políticos directamente. Así fue en Austria (1963, los grupos; 1975, los partidos), en Bélgica (1971 y 1989), en Dinamarca (1969 y 1987), en los Países Bajos (1964 y 1999) y en Noruega (1960 y 1970). En otros, como por ejemplo Suecia, Finlandia, Italia y Francia, se empezaron a financiar grupos y partidos el mismo año (1965, 1967, 1974 y 1989, respectivamente). Singularmente, en Alemania, los grupos se financiaron con posterioridad a los partidos (1968 y 1959, respectivamente). En Irlanda y el Reino Unido se han financiado los grupos (desde 1973 y 1975, respectivamente), pero no los partidos. En Suiza, a nivel federal, no se han financiado ni grupos ni partidos, sin embargo, parece que en los últimos tiempos la cuestión ha suscitado debate.<sup>2</sup>

Conviene tener presente que estos datos se refieren a los niveles centrales de gobierno, no a los niveles locales y regionales.<sup>3</sup> No obstante, con medida y prudencia, no parece descabellado pretender extrapolar las tendencias y conclusiones. Parece razonable, *prima facie*, pretender financiar, a la vez, grupos consistoriales y partidos políticos. De hecho, así sucede también en los niveles estatal y regional de gobierno en España. Mientras que la financiación a los grupos estaría destinada, en principio, al funcionamiento de los mismos y en relación con las iniciativas, los debates y los trabajos parlamentarios y consistoriales, la financiación a los partidos políticos tendría un cariz más extraparlamentario o extraconsistorial. No olvidemos, además, que esta financiación de grupos y partidos, en España, convive con la financiación específica para campañas electorales en virtud de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). Esta financiación también está presente con ocasión de las elecciones locales y está esencialmente vinculada a los resultados obtenidos.

### 3. El predominio de la financiación pública de los partidos políticos en el caso español

Históricamente y aún hoy, la financiación pública parece tener la pretensión de complementar la financiación privada sin sustituirla. Tal como se desprende de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP), se busca un principio de financiación mixta, según el cual se compagine la financiación privada con la financiación pública a fin de asegurar cierta independencia de los partidos respecto a las distintas fuentes de financiación. En palabras de la exposición de motivos de la LOFPP:

*La libertad de los partidos políticos en el ejercicio de sus atribuciones quedaría perjudicada si se permitiese como fórmula de financiación un modelo de liberalización total ya que, de ser así, siempre resultaría cuestionable la influencia que en una determinada decisión*

*política hubiesen podido ejercer de las aportaciones procedentes de una determinada fuente de financiación y romper la función de los partidos políticos como instituciones que vehiculan la formación de la voluntad popular.*

*La financiación de los partidos políticos tiene que corresponder a un sistema mixto que recoja, por una parte, las aportaciones de la ciudadanía y, por otra, los recursos procedentes de los poderes públicos en proporción a su representatividad como medio de garantía de la independencia del sistema, pero también de su suficiencia.<sup>4</sup>*

Buscar un equilibrio de fuentes de financiación que garantice cierta independencia es una de las razones típicas en el panorama comparado para financiar los partidos políticos. También hay otras razones, como la de garantizar una competición política y electoral más justa sin la intervención excesiva del dinero privado y la de permitir que todos los partidos, independientemente de su color, puedan tener suficiente financiación para formular propuestas políticas bien estudiadas y asesoradas. A partir de la segunda mitad del siglo XX, el éxito de los partidos políticos depende menos de sus militantes y simpatizantes y cada vez tienen más relevancia los medios de comunicación y los profesionales del partido (en detrimento de lo que había sido tarea de la militancia). Una *elitización* y profesionalización que requiere más capital. Dejar que esta demanda sea satisfecha por la mano invisible del mercado podría ser peligroso. Parece razonable compaginar y equilibrar la financiación privada y la financiación pública, con la presencia de una buena regulación que establezca límites y condiciones, obligaciones de transparencia y formas efectivas de control.

Una financiación pública excesiva, sin embargo, es criticable y puede comportar problemas. Un primer problema es que una financiación pública excesiva puede ir en detrimento de partidos políticos emergentes y todavía poco implantados en las instituciones. Existe la sospecha de que la financiación pública española de partidos políticos, que se constituye predominantemente de recursos públicos, desincentiva el pluralismo político. En general, los criterios de acceso a la financiación pública no deberían ser menores que los criterios electorales para la obtención de escaños, pero tampoco deberían ser mucho mayores de manera que perpetuasen a los partidos presentes.<sup>5</sup> O sea, si los criterios de acceso a la financiación pública generan barreras de entrada, el efecto podría ser la pérdida de una justa competencia partidista, la cristalización del sistema de partidos vigente y la eliminación de eventuales alternativas.

En cuanto a los partidos ya consolidados, una financiación pública excesiva puede debilitar los vínculos entre los partidos y la ciudadanía. Más concretamente, puede comportar la pérdida de contacto con su política de base y los intereses más presentes de sus militantes, simpatizantes, patronos y mecenas afines. Buscar financiación privada a menudo garantiza que se debatan y se aborden problemas más reales y presentes de los votantes del partido, en lugar de debates más doctrinales. Si la financiación privada se va a buscar más allá

del gran empresariado, puede contribuir a hacer menos elitista la política, a hacerla más participativa. Cuando alguien paga, generalmente se siente con el derecho de tomar la palabra y de ser escuchado. Moderar la financiación pública puede obligar a los políticos y a la política a salir de los despachos así como facilitar que surjan nuevos partidos o la renovación de los existentes.

Cuando la financiación pública elevada se mezcla con escándalos de corrupción puede generar una gran desafección (y un peligroso regeneracionismo y populismo invocado por fuerzas políticas emergentes). Este peligro es más intenso cuando los partidos tradicionales, que reciben excesiva financiación pública, son vistos por buena parte de la ciudadanía como una parte más del engranaje burocrático de las Administraciones Públicas. Desde perspectivas más liberales, se puede criticar que una financiación pública excesiva acabe convirtiendo a los partidos políticos en instituciones públicas, en lugar de asociaciones privadas. Asimismo, la falta de incentivo por parte de los partidos de recurrir a las cuotas de militantes y simpatizantes podría alejar dirección y base y alimentar la desafección política presente. Además, la contención de la financiación pública puede incentivar a los partidos políticos a adecuar sus gastos a las condiciones económicas de su sociedad. Es decir, dado que es más previsible que la financiación privada varíe según las mejores o peores condiciones económicas, podría comportar que los partidos políticos redujesen sustancialmente el gasto en períodos de regresión económica.<sup>6</sup>

En el contexto español, existe un problema de financiación pública excesiva de los partidos, como mínimo cuando se contrasta con los porcentajes de financiación privada y con lo que muestra la experiencia comparada.<sup>7</sup> En cuanto a los grandes partidos consolidados, entre el 70 y el 90 % de la financiación es pública y entre el 10 y el 30 % es privada.<sup>8</sup> La financiación pública aún podría ser más elevada de lo que se desprende de la contabilidad de los partidos políticos si esta integrase toda la financiación pública local (el Tribunal de Cuentas solo exige dicha integración respecto a los municipios de más de 20.000 habitantes, y los partidos aún están lejos de cumplir adecuadamente) y si, atendiendo a lo que proponen algunos especialistas, la financiación por parte de cargos electos fuese considerada financiación pública en lugar de privada.<sup>9</sup> Sin embargo, la financiación privada también podría ser más elevada si aflorase el dinero negro.

En general, una singularidad de la democracia española es, pues, la existencia de una fuerte presencia de financiación pública de los partidos políticos, que emana, en parte, de la falta de una evolución histórica gradual hacia la democracia y de la relevancia del reconocimiento constitucional del pluralismo político (art. 1.1 CE) y de los partidos políticos (art. 6 CE).

La llegada tardía de la democracia, junto con algunas peculiaridades de la cultura política española como, por ejemplo, el cinismo político, la baja implicación en la cosa pública y la desconfianza pública e interpersonal, comporta-

ron de buen principio una financiación pública preponderante de los partidos políticos. Desde 1978 hasta la crisis económica iniciada en 2008, han operado la tendencia y estrategia compartida de «maximización de ingresos» a fin de ir incrementando las aportaciones recibidas en lugar de controlar el gasto. La Ley Orgánica 3/1987 sobre Financiación de Partidos Políticos respondía y amparaba esta tendencia del predominio de la esfera pública de financiación. La Ley Orgánica 8/2007 sobre financiación de los partidos políticos limitó y reguló especialmente las fuentes privadas de financiación y estableció mecanismos de control y supervisión. Como contrapartida, se incrementó la financiación pública.<sup>10</sup>

Hay ejemplos comparados de medidas para evitar el incremento excesivo de la financiación pública. Se puede vincular la cuantía de la subvención a otros indicadores que tengan presente la bonanza económica de la población respectiva. En Portugal, por ejemplo, tanto las subvenciones anuales a los partidos como las subvenciones para gastos de campaña se vinculan al salario mínimo interprofesional. Otra técnica sería vincular la financiación pública a la financiación privada. En Alemania, a fin de asegurar un equilibrio entre financiación pública y privada, la financiación pública está condicionada a la recepción de una cantidad privada equivalente.<sup>11</sup> No solo es un tope máximo, sino que por cada X dinero privado que el partido consigue, eso es premiado con Y dinero público. Más allá de la bondad de buscar el equilibrio entre fuentes, puede ser una forma inteligente de desincentivar el dinero negro y, además, puede comportar una mejora de la transparencia y el control.

## **4. El equilibrio territorial de la financiación pública de los partidos políticos y la adecuación al modelo de organización territorial del Estado**

La financiación pública debería garantizar los tres tipos de equilibrio territorial que se describen a continuación.

*Equilibrio entre partidos.* Puesto que no parece razonable penalizar el hecho de que haya o pueda haber fuerzas políticas que solo tengan presencia en un nivel de gobierno, la financiación pública debería tener un equilibrio entre niveles que permitiera una competencia equitativa entre fuerzas locales, autonómicas y estatales. O sea, una competencia electoral y partidista más justa. La financiación multinivel es especialmente relevante en realidades multinacionales como la española y en contextos constitucionales que garantizan la autonomía de los diversos niveles territoriales de gobierno. También serviría para garantizar que los partidos políticos que solo tienen presencia local tu-

vieran garantizados los principios de financiación *suficiente, regular y mixta*, los cuales se desprenden de la LOFPP y que, concretamente, cita su Exposición de motivos.

*Equilibrio dentro de los partidos.* Quien más dinero recauda o tiene, más influencia política puede ejercer. Por consiguiente, conviene buscar o promover un equilibrio territorial en el interior del partido con el fin de impedir que un nivel se imponga excesivamente a otro. Más concretamente, la pujanza de la financiación local y autonómica puede ser motor de horizontalización, pluralismo y mayor representatividad territorial de los partidos (o sea, de freno a la jerarquía y dominio de la dirección central). Sin embargo, algunos autores han criticado que el equilibrio territorial en la financiación pública de partidos políticos «erosiona el control de la dirección central sobre las cuentas locales, con el riesgo de fomentar la estratagoría, el faccionalismo territorial y el fortalecimiento de las elites regionales, especialmente cuando el partido se encuentra en la oposición en el parlamento nacional».<sup>12</sup>

*Equilibrio entre niveles de gobierno.* Tal como muestra la politología, el sistema de partidos políticos puede condicionar o alterar sustancialmente el sistema de organización territorial del poder. En general, un sistema legalmente descentralizado se vuelve más centralizado si el sistema de partidos es centralizado y, viceversa, un sistema legalmente centralizado se vuelve menos centralizado si el sistema de partidos es más descentralizado. A modo de ejemplo, si un país fuese controlado por un solo partido altamente centralizado, difícilmente sería federal, diga lo que diga su constitución. En general, una financiación pública de partidos políticos bien repartida entre los diferentes niveles de gobierno puede generar un equilibrio y equidad entre los diferentes niveles de gobierno y un despliegue efectivo de las previsiones legales que regulan la organización territorial del poder.

En suma, el sistema de financiación de partidos debería ser coherente con el modelo de descentralización del país, con el fin de que el sistema de partidos no desfigure el sistema constitucional y legalmente elegido. Si la financiación de partidos afectase claramente al sistema de partidos y este, a su vez, afectase claramente al modelo de organización territorial adoptado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, la financiación pública multinivel podría llegar a ser un requerimiento constitucional fruto de la autonomía territorial reconocida en los arts. 2 y 137 y siguientes de la Constitución. No es necesario en este trabajo desarrollar más esta idea, dado que los datos parecen indicar que la financiación pública autonómica y local ha ido ganando peso hasta llegar a unos niveles similares a la financiación estatal.<sup>13</sup>

## 5. Financiación metropolitana indirecta de partidos políticos a través de los grupos políticos

### 5.1. El artículo 73.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)

Este precepto contiene la regulación básica sobre la posibilidad de los entes locales de financiar sus grupos políticos. Es pertinente, pues, citarlo a continuación:

*A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos.*

*El Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.*

*Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.*

*Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.*

*Los grupos políticos deberán llevar con una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo segundo de este apartado 3, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación, siempre que éste lo pida.*

*Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. En cualquier caso, el secretario de la corporación podrá dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas.*

Se atribuye, así, a los entes locales un poder genérico de asignar a los respectivos grupos políticos consistoriales una dotación económica que estará compuesta de una parte fija y otra variable en función del número de miembros. La Ley 11/1999 introdujo esta disposición y su Exposición de motivos se expresaba en estos términos:

*Por su parte, con el nuevo apartado 3 del artículo 73 se pretende una mención expresa en la Ley de Bases a que la actuación corporativa de los miembros de las Corporaciones locales se realice a través de los grupos políticos, con la posibilidad de dotación económica para su funcionamiento siguiendo una regulación similar a la que se contempla en el Reglamento del Congreso de los Diputados para sus grupos políticos.*

El art. 73.3 LBRL, por tanto, se inspira en el modelo de financiación de grupos parlamentarios del Congreso, que es, a su vez, un modelo muy extendido a nivel parlamentario autonómico. Así, las analogías con el derecho parlamentario serán, en principio, pertinentes. Tal financiación es, pues, para los grupos políticos o parlamentarios y no, al menos de forma directa, para los partidos políticos.

El art. 73.3 prohíbe que estas dotaciones económicas se puedan destinar al pago de remuneraciones del personal al servicio de la corporación. Eso se hace para impedir que la financiación de los grupos sirva para complementar fraudulentamente el sueldo de los cargos electos y de los empleados públicos del consistorio.<sup>14</sup> El 73.3 también prohíbe la adquisición de bienes que puedan constituir activos de carácter patrimonial. El motivo de esta limitación radica en la existencia temporal del grupo político consistorial ligada a los resultados de cada contienda electoral.

Pese a que las Leyes de Presupuestos Generales puedan prever límites generales a la financiación local de grupos políticos, de momento no se tiene constancia de que eso haya sucedido. Cuando el art. 73.3 se refiere a la posibilidad de prever estos límites generales, parece que entienda que convivirán con otros límites de ámbito autonómico o local. No parece polémico que las leyes autonómicas de régimen local o las normas locales puedan desarrollar, concretar y limitar este tipo de asignación económica. De hecho, lo que resulta realmente polémico es que estas normas dejen la previsión básica del art. 73.3 sin desarrollo ni concreción. La falta de regulación local legítima, por consiguiente, la intervención del legislador estatal a partir de una regulación más acabada y concreta sea por medio de una reforma del art. 73.3 o a partir de ley de presupuestos.

Cuando no se dispone del debido desarrollo normativo, una de las cuestiones polémicas es la referida al tipo de control de estas dotaciones. El art. 73.3 encomienda a los grupos que lleven la contabilidad específica de la dotación y que la pongan a disposición del Pleno de la corporación cuando este lo pida.<sup>15</sup>

Resulta una previsión relativamente vaga y poco exigente, pero esta vaguedad e inconcreción permite un desarrollo autonómico y local sobre el tema que una redacción perfectamente acabada y detallada no permitiría. Así, la legislación autonómica y, sobre todo, la normativa local tendrían que hacer uso de este margen de desarrollo para concretar la dotación en lugar de aprovechar indebidamente la vaguedad y la imprecisión para tener plena disposición y

sortear cualquier control. En general, tal como se ha observado que ha sucedido a nivel comparado, el incremento de financiación pública debería ir ligado a un aumento de regulación, transparencia y control de la financiación.

Otra cuestión polémica se encuentra en la finalidad de la dotación y, en este sentido, a qué fines se puede destinar. Esta cuestión es altamente polémica debido al hecho de que, en la práctica, muchos grupos políticos la usan, en buena medida, para financiar el partido político respectivo. Hay diversos indicios en el art. 73.3 que apuntan a una naturaleza finalista de la dotación y a cierta restricción de las finalidades. El precepto empieza diciendo «a efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos». Esto puede ser leído de modo que diga que los grupos son constituidos para el mejor funcionamiento de la corporación y, por tanto, el párrafo siguiente que prevé la dotación económica a estos grupos también es a efectos de la actuación corporativa. El hecho de que el art. 73.3 prevea límites, contabilidad específica de la dotación y posibilidad de control por parte del Pleno también parece indicar una voluntad finalista a la dotación.<sup>16</sup>

Dado que la analogía con el derecho parlamentario resulta pertinente para el tema que nos ocupa, conviene citar un pasaje de la Sentencia 214/1990 del Tribunal Constitucional:

*En efecto, resulta evidente que la finalidad de las diversas clases de subvenciones, establecidas en beneficio de los Grupos Parlamentarios, no es otra que la de facilitar la participación de sus miembros en el ejercicio de las funciones institucionales de la Cámara a la que pertenecen, para lo cual se dota a los Grupos en que los Diputados, por imperativo reglamentario, han de integrarse, de los recursos económicos necesarios.*

Diversos autores citan la Sentencia 18/2011 del Tribunal de Cuentas para defender que la dotación económica del art. 73.3 LBRL es una dotación finalista, que responde a unas finalidades concretas. Sin embargo, en este caso, el Tribunal de Cuentas empleaba como parámetro de enjuiciamiento, además del art. 73.3, la ley murciana de régimen local y la normativa y los acuerdos del consistorio en cuestión, los cuales, según el Tribunal de Cuentas:

*Aun cuando no se delimita de forma detallada qué gastos pueden sufragarse con cargo a dichas subvenciones, deben ser para «atender a su funcionamiento» (artículo 28, apartado segundo, de la Ley 6/88 de 25 de Agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia) y a tal fin «deben llevar una contabilidad específica de dicha subvención que estará siempre a disposición de la Corporación y se justificará ante la misma...» (artículo 24 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Totana), con memoria de actividades y justificación contable (acuerdo del Pleno de la Corporación de 13 de junio de 1996), y la contabilidad y documentos justificativos serán informados por la intervención (acuerdo del Pleno de la Corporación de 28 de septiembre de 1999).*

Por tanto, la Sentencia 18/2011 del Tribunal de Cuentas defiende la naturaleza finalista de la dotación económica del art. 73.3 LBRL de acuerdo con la concreción autonómica y local en cuestión.<sup>17</sup> Dicho esto, en el caso que nos ocupa existe un desarrollo autonómico y local que hace adecuada la extensión de tal jurisprudencia. En cuanto al desarrollo autonómico, el art. 50.1 de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña vincula los grupos municipales al mejor funcionamiento de la corporación y el art. 50.8 establece, de manera general, que los grupos municipales deben disponer de los medios necesarios para poder llevar a cabo sus funciones (y parece razonable que uno de los medios para llevar a cabo sus funciones sea la dotación económica prevista en el art. 73.3 LBRL):

*50.1 Para el mejor funcionamiento de los órganos de gobierno de la corporación, el pleno puede acordar la creación de grupos municipales. Tienen que constituirse grupos municipales en los municipios de más de veinte mil habitantes.*

*50.8 El municipio, de acuerdo con el reglamento orgánico y en la medida de sus posibilidades, tiene que poner a disposición de los grupos los medios necesarios para poder llevar a término sus tareas.*

El desarrollo local en cuestión aún resulta más clarificador, dado que el reglamento orgánico del AMB establece expresamente en el art. 9.6, dedicado a los grupos políticos metropolitanos, que «podrá fijarse una cuota económica según los criterios que fije el Consejo Metropolitano, para sufragar los gastos de funcionamiento del Grupo».

Con tal regulación autonómica y local, sí que resulta aplicable la Sentencia 18/2011 del Tribunal de Cuentas:

*Por lo que se refiere a las cantidades abonadas en concepto de gastos de representación y las transferencias a los Partidos Políticos, dado que conforme al artículo 28 de la Ley 6/88 de 25 de Agosto, al artículo 24 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Tòtana y a los acuerdos del Pleno de la Corporación antes expuestos, las subvenciones a los grupos municipales tienen por finalidad contar con asignaciones económicas para atender su funcionamiento y éstos deben llevar una contabilidad específica y justificarlas ante el Pleno, sólo se han admitido si están soportadas con documentos que acrediten el gasto final al que se han destinado, ya que de admitirse la entrega de dichos fondos a terceros como justificantes del gasto sin ningún otro documento que acredite su destino real, quedaría vaciado de contenido el control que debe realizarse de dichos fondos.*

Fijémonos, sin embargo, que el Tribunal de Cuentas no prohíbe que estas dotaciones económicas a los grupos políticos sirvan para pagar ciertos gastos relacionados con el partido, sino que prohíbe una transferencia pura y simple al partido sin justificante de ningún gasto real y concreto. En contraste, el Tribunal admite una transferencia del grupo al partido si esta está debidamente justificada:

*En relación con este gasto debe señalarse que con fecha 1 de julio de 1995 se firmó un convenio de colaboración entre el Secretario de Administración del Partido Socialista de la*

*Región de Murcia y Don Alfonso M. B., Secretario de la agrupación local de Totana, en el que acuerdan que el citado partido facilitará la contratación de una persona para realizar funciones de coordinación del grupo municipal Socialista y que a tal fin se ingresarán en las cuentas del referido partido las cantidades correspondientes al pago de nómina y Seguridad Social (folio 525, tomo V del volumen I de las Diligencias Preliminares nº 76/02), y en las memorias de gastos aportadas consta que se contrató a una persona para realizar dichas actividades, por lo que, en consecuencia, procede tener por justificado el gasto realizado por este concepto por los importes antes reflejados.*

En definitiva, algunas transferencias del grupo político al partido político son admisibles según la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas. Lo que no permite este Tribunal, tal como se observará, es que el consistorio local transfiera directamente al partido político la dotación económica del art. 73.3. Tampoco permite que la dotación a los grupos sea transferida sin una justificación que acompañe un gasto incurrido para el desarrollo de las funciones del grupo, siempre que esta sea una exigencia en el caso concreto. Un ejemplo de transferencia admisible se podría fundamentar en la contratación de un servicio de asesoramiento por parte del mismo partido en el que quedasen claros los servicios que el partido está obligado a prestar al grupo parlamentario. Posiblemente se podría exigir, incluso, que los asesoramientos o los asesores se justificasen concretamente. Esta contratación para el asesoramiento podría estar en sintonía con la función constitucional de los partidos políticos de «concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y de ser instrumento fundamental de la participación política» (art. 6 CE).

Más allá de este ejemplo, resulta relevante que esta dotación económica a los grupos políticos sea destinada a las funciones e intereses locales, o estrechamente relacionada con ellos, y así lo debería hacer explícito la normativa autonómica o local de desarrollo. Las potestades y competencias locales quedan vinculadas a intereses locales, como se desprende del art. 137 CE, de los primeros artículos de la LBRL y se constata por la doctrina jurisprudencial y académica. Garantizar una financiación adecuada de los partidos más allá o sin tener en cuenta su presencia o vinculación al territorio podría quedar extramuros del poder de financiación y fomento local. Se insistirá en esta idea más adelante.

## 5.2. El artículo 2.1.e de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP)

La interpretación mantenida hasta aquí queda reforzada cuando se toma en consideración la LOFPP. El art. 2.1.e establece que unos de los recursos económicos de los partidos procedentes de la financiación pública son:

*Las aportaciones que en su caso los partidos políticos puedan recibir de los Grupos Parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos y de los grupos de representantes en los órganos de las Administraciones Locales.*

En lugar de abonar la línea de la restricción, este precepto más bien reconoce como recursos de los partidos políticos las aportaciones que les hagan sus respectivos grupos parlamentarios y grupos políticos locales. Esta disposición trata de forma similar a los grupos parlamentarios y los grupos políticos locales, de igual modo que el art. 73.3 se inspira en el modelo parlamentario del Reglamento del Congreso de los Diputados y que así lo explicita la exposición de motivos de la Ley 11/1999. Este reconocimiento no es incondicional dado que es «en su caso». Esta expresión se puede interpretar en un sentido más débil: *en caso de* que la normativa local lo permita. Sin embargo, es más convincente una interpretación en un sentido más fuerte: es una posibilidad pero no un deber, a diferencia de otras fuentes de financiación públicas que se configuran como obligatorias según la misma LOFPP (como, por ejemplo, «Las subvenciones estatales anuales para gastos de funcionamiento, reguladas en la presente Ley» del art. 2.1.b). Dicho esto, la relativización o matización que supone la expresión «en su caso» da margen tanto a los reglamentos parlamentarios como a los reglamentos orgánicos locales (entre otras posibles normas) para regular las dotaciones a los grupos parlamentarios y políticos y, a la vez, para regular las razones y maneras en que se pueden aportar o transmitir a los respectivos partidos políticos. Por consiguiente, esta transferencia es admisible teniendo en cuenta las condiciones y los matices siguientes:

1. Siempre que la normativa local no lo impida y siempre que se observen los límites de esta. Normativa que, por cierto, podría admitir expresamente esta transferencia y, a la vez, imponerle límites concretos.
2. En la medida en que no haya financiación directa a partidos políticos, el umbral de tolerancia del traspaso del grupo al partido parece más holgado a fin de promover o mantener los tres equilibrios territoriales mencionados.

## 5.3. Informes y dictámenes sobre el tema

El Informe de 2008 de la Dirección General de la Cooperación Local (de la Administración del Estado), sobre distintas cuestiones en relación con la dotación económica a los grupos políticos municipales, dice lo siguiente:

*No se establece, sin embargo, una regulación general en relación con las aportaciones que los grupos políticos de las Corporaciones Locales puedan realizar a los partidos políticos. (...) corresponderá, por tanto, a cada Ayuntamiento determinar a través de sus Reglamentos o normativa específica los criterios de asignación o usos que tendrán que darse a dichas dotaciones.*

Con buen criterio, el Dictamen de 12 de julio de 2016 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana concluye:

*La asignación económica a los Grupos Políticos Municipales prevista en el artículo 73.3 de la LBRL puede destinarse a realizar una aportación al partido político correspondiente, si bien la Corporación Local debería determinar, mediante su Reglamento o normativa específica, los criterios de asignación y los usos que tendrá que darse a dichas asignaciones, así como la previsión del procedimiento de rendición de cuentas de los grupos políticos.*

La Sindicatura de Cuentas también parece recomendar un desarrollo normativo local de la dotación económica del art. 73.3 LBRL. El informe 12/2017, sobre gastos para transferencias del Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú, en las observaciones sobre aspectos que habría que corregir incluye:

*El Ayuntamiento no tenía establecida la regulación de la contabilidad específica que tenían que llevar los grupos políticos municipales, no comprobaba que se cumplieran las limitaciones establecidas en la normativa para la utilización de estos fondos ni tenía previstos los demás aspectos que pudieran ser objeto de fiscalización.*

El Tribunal de Cuentas, en su Informe 1262/2017 de fiscalización de los partidos políticos de los ejercicios de 2014 y 2015, parece recomendar la conveniencia de una mayor concreción en la legislación orgánica sobre financiación de los partidos políticos. Tal regulación más detallada de la LOFPP reduciría el espacio de regulación autonómico y local que existe en este momento, pero que a menudo no se desarrolla adecuadamente. La recomendación segunda del Informe del Tribunal de Cuentas (p. 961) dice concretamente lo siguiente:

*Se estima conveniente que la legislación aplicable pudiera contemplar las condiciones y requisitos en las que los grupos institucionales puedan efectuar aportaciones a los partidos políticos, con objeto de que lo dispuesto en el artículo 2.1.e) de la LOFPP (...) se adecúe con lo establecido en los respectivos Reglamentos y en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, respecto de la finalidad de la dotación económica asignada a los grupos institucionales.*

La consejera del Tribunal de Cuentas María Dolores Genaro Moya explica en la comparecencia en el Senado de 22 de febrero de 2018 que recomiendan que se aclare lo que tilda de «vacío legal». Esta consejera trata de laguna jurídica lo que, a juicio del presente trabajo, es más bien una regulación básica (art. 73.3 LBRL) y una remisión normativa (art. 2.1 LOFPP). Conviene desplegar a nivel local o autonómico estas disposiciones a fin de, entre otras razones, evitar una futura regulación estatal más detallada.

Con buen criterio, el Informe de 12 de julio de 2017 de la intervención del AMB, sobre el uso que hacen los grupos políticos metropolitanos de la dotación económica asignada para su funcionamiento, acaba formulando las siguientes recomendaciones:

*En vista de todo lo que se ha expuesto y teniendo en cuenta que las aportaciones del AMB a los GPM [grupos políticos metropolitanos] son para sufragar los gastos de funcionamiento del grupo, se recomienda que el Consejo Metropolitano regule de manera más detallada, mediante una modificación del ROM o una resolución específica, el uso que los GPM pueden hacer de estos fondos y su justificación, reglando al menos los siguientes aspectos:*

- *Requisitos y procedimiento de justificación de las transferencias realizadas a los partidos políticos.*
- *Requisitos y procedimiento de justificación de los gastos de locomoción y restauración.*
- *Destino de los fondos excedentes al final del mandato, es decir, de las aportaciones del AMB que los GPM no hayan destinado a gastos de funcionamiento durante su mandato.*

En este sentido, el art. 3 de la Ordenanza General de Subvenciones del AMB excluye de su ámbito de aplicación las aportaciones a los grupos políticos metropolitanos (letra h), entre otros supuestos, con la condición de que todos los casos excluidos:

*(...) deben tener marcos normativos propios, aprobados por el Órgano de gobierno que corresponda, ya sean reglamentos, programas, contratos, convenios u otros, en los que se establezcan los motivos y criterios, importes, pago y justificación de las subvenciones, aportaciones o ayudas que se concedan.*

## **5.4. El artículo 14.4 de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP)**

Este artículo remite a las normas internas específicas para la rendición de cuentas de los grupos parlamentarios y consistoriales:

*Para la rendición de cuentas de los Grupos Parlamentarios de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos y de los Grupos de las Corporaciones Locales, se estará a lo que dispongan sus respectivos Reglamentos o su legislación específica, que deberán respetar los principios generales de esta ley en materia de rendición de cuentas.*

Este precepto deja a las normas parlamentarias o locales la concreción de esta fuente de financiación de los partidos políticos. Esta concreción normativa falta no solo a nivel local, sino también, muy a menudo, en los niveles autonómicos y estatal, con el consiguiente perjuicio que ello puede representar al respecto de los principios generales de la LOFPP.

## 5.5. Apunte comparado sobre la financiación de los grupos parlamentarios

Antes de analizar algunos reglamentos parlamentarios que pueden servir de inspiración para la regulación local de las dotaciones económicas a grupos políticos, conviene hacer una breve introducción comparada al tema de la financiación de grupos parlamentarios. La mayoría de las democracias parlamentarias europeas prevén cierta financiación pública de la actividad de los grupos parlamentarios. Normalmente hay una cantidad fija (que sigue una especie de principio de igualdad de oportunidades) y otra variable en función del número de escaños (en virtud de un principio de proporcionalidad). Mientras que el primer principio vela más por los grupos pequeños y jóvenes, el segundo favorece los grupos grandes y consolidados respetando mayormente las opciones políticas que han recibido más apoyo de los ciudadanos.

En general, estas dotaciones económicas tienen la finalidad de poder llevar a cabo la actividad representativa y legislativa debidamente, como, por ejemplo, pagos para la investigación o el estudio, gastos de gestión, asistencia administrativa, etc. En este sentido, es interesante poner de manifiesto la singularidad del Reino Unido, donde se prevé esta financiación básicamente para el funcionamiento de los grupos de la oposición («Short money» en la cámara baja y «Cranborne money» en la cámara alta).<sup>18</sup> Ciertamente, este tipo de financiación resulta especialmente relevante para los grupos de la oposición, los cuales, por ejemplo, necesitan estudiar los proyectos que provienen del Gobierno y redactar con cierto rigor las proposiciones que ellos presentan. A diferencia del grupo mayoritario, no disponen del aparato del Gobierno y de la Administración (ni de sus recursos humanos, materiales y económicos) para criticar y formular propuestas legislativas y de otro tipo. Atención, pues, porque este tipo de financiación, en la medida en que lo consideramos finalista, tiene más sentido para financiar los grupos en la oposición que el grupo que ocupa el Gobierno (central, autonómico o local).

Una vez realizada esta breve introducción, pasemos a ver algunos reglamentos parlamentarios que han servido o pueden servir de inspiración para la regulación local. Ya hemos adelantado que el Reglamento del Congreso de los Diputados sirvió de inspiración para redactar el art. 73.3 LBRL. El art. 28 de dicho Reglamento establece:

*1. El Congreso pondrá a disposición de los Grupos Parlamentarios, locales y medios materiales suficientes y les asignará, con cargo a su Presupuesto, una subvención fija idéntica para todos y otra variable en función del número de Diputados de cada uno de ellos. Las cuantías se fijarán por la Mesa de la Cámara dentro de los límites de la correspondiente consignación presupuestaria.*

*2. Los Grupos Parlamentarios deberán llevar una contabilidad específica de la subvención a que se refiere el apartado anterior, que pondrán a disposición de la Mesa del Congreso siempre que ésta lo pida.*

Fijémonos en que el control de la Mesa en el Congreso se adapta al control por parte del Pleno a nivel local. El Reglamento del Parlamento de Cataluña también opta por dejar el control en manos de la Mesa, cambiando el control que antes era encomendado a la Comisión de Gobierno Interior.<sup>19</sup> El art. 33 de dicho Reglamento dispone:

*1. El Parlamento debe poner a disposición de los grupos parlamentarios los locales y medios materiales suficientes. Los grupos parlamentarios también han de disponer de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios para ejercer con eficacia y eficiencia sus funciones, especialmente en el ámbito del asesoramiento técnico y el apoyo administrativo. En este sentido, el Parlamento puede firmar acuerdos y convenios con otras administraciones en materia de personal. Asimismo, debe asignarles, a cargo de su presupuesto, una subvención fija y otra variable, que deben ser determinadas por la Mesa Ampliada, teniendo en cuenta la importancia numérica de cada uno de ellos y el importe global del presupuesto del Parlamento.*

*2. La Mesa del Parlamento debe adoptar las medidas necesarias para distribuir los medios materiales a que se refiere el apartado 1 entre los subgrupos parlamentarios que se hayan constituido, en proporción al número respectivo de miembros.*

*3. Los grupos parlamentarios y los subgrupos parlamentarios, en su caso, han de llevar una contabilidad específica de la subvención a la que se refiere el apartado 1 y deben rendir cuentas anualmente de su gestión ante la Mesa, a efectos del control de dicha contabilidad en los términos establecidos por la legislación que le es de aplicación.*

Parece que la finalidad de la dotación a los grupos parlamentarios está ligada al ejercicio «con eficacia y eficiencia de sus funciones». Fijémonos, también, en que el Reglamento del Parlamento catalán obliga a rendir cuentas ante la Mesa, sin necesidad de la previa solicitud de esta. Aunque la Mesa puede ser considerada un órgano más técnico y menos político que el Pleno, sigue siendo un órgano marcadamente político y quizás técnicamente inadecuado para hacer un control de la contabilidad sin la ayuda de otros órganos más especializados. En este sentido, los plenos como las mesas deberían pedir, y así lo hacen en algunos casos, informes a la respectiva intervención u oidoría de cuentas. Así, en 2017 el Consejo Metropolitano y la Mesa del Parlamento han pedido informes al respecto. Una vez existe un control por parte de un órgano técnico como los expuestos, se puede dejar en manos de los órganos más políticos la decisión oportuna para rectificar, penalizar o evitar malas praxis futuras. Intervención y Oidoría podrían, no obstante, proponer algunas medidas al respecto.

En 2018, la Mesa del Parlamento de Cataluña ha acordado una instrucción sobre la subvención a los grupos y subgrupos parlamentarios. El punto 1.2 de la instrucción establece que las subvenciones a los grupos y subgrupos parlamentarios deben destinarse a gastos de naturaleza corriente y a aquellas necesarias para el funcionamiento del grupo o subgrupo. El punto 3 regula la rendición de cuentas y prevé que la Oidoría de Cuentas emita informe sobre la documentación que tienen que aportar los grupos y subgrupos. El punto 4.3 dispone que corresponda a la Mesa del Parlamento aprobar la rendición de cuentas.

Las cuentas anuales serán publicadas en el Boletín del Parlamento y en el portal de transparencia de la institución. El punto 5 admite implícitamente que se puedan hacer aportaciones a los partidos políticos, pero establece un sistema de fiscalización adicional al que prevé la LOFPP. Se impone la obligación de aportar ciertos documentos a fin de asegurar que las aportaciones a los partidos cumplan con finalidades vinculadas al funcionamiento del grupo o subgrupo en cuestión. El punto 6 prevé un sistema de reintegro y de penalización en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la instrucción. En suma, en línea con lo que se sostiene en este estudio, las aportaciones a los partidos políticos no están prohibidas, pero requieren la debida regulación, limitación, transparencia y control.<sup>20</sup>

## 5.6. La Ley general de subvenciones (LGS) y la Ordenanza General de Subvenciones del AMB (OGS)

Es destacable que el art. 4 LGS excluye de su ámbito de aplicación la financiación directa e indirecta, a partir de los grupos parlamentarios y consistoriales, de partidos políticos. Para el caso de la financiación indirecta, la letra d) excluye concretamente:

*Las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, en los términos previstos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales, según establezca su propia normativa.*

Por consiguiente, las aportaciones económicas del art. 73.3 no están sometidas a la normativa que regula la concesión, comprobación, justificación y control del gasto, previsto para las subvenciones (salvo que la normativa local establezca otra cosa).<sup>21</sup>

El art. 3.h de la OGS del AMB excluye la aplicación de la Ordenanza a las dotaciones a los grupos políticos con una excepción:

*Las aportaciones dinerarias a los grupos políticos representados en la Institución para atender sus gastos de funcionamiento, sin perjuicio, en este caso, de que el AMB dé cumplimiento a los requisitos de publicidad que establece el artículo 17 de esta Ordenanza general.*

Dicho esto, en numerosos informes, resoluciones y trabajos, la dotación económica prevista en el art. 73.3 LBRL se considera una subvención.<sup>22</sup> De hecho, el art. 4 LGS se refiere a las subvenciones a grupos parlamentarios y grupos políticos de las corporaciones locales. Los reglamentos parlamentarios citados también se refieren a estas dotaciones económicas como subvenciones. No obstante, si el grupo político es concebido como un órgano parlamentario, consistorial o metropolitano es más difícil considerar la ayuda económica como subvención, dado que no sería exactamente un beneficio económico proporcionado por una Administración Pública a un tercero. Aún más si los grupos son

considerados órganos necesarios del gobierno local y sin personalidad jurídica. Concretamente, el art. 3.4 LAMB, que regula el Gobierno y Administración metropolitanos, trata los grupos metropolitanos como «órganos necesarios del AMB». En el caso que nos ocupa, además, la creación de los grupos consistoriales viene determinada por mandato legal.

Todo ello sin perjuicio de la vertiente más singular y separada del grupo parlamentario o político respecto a la institución de la cual forma parte. Esta naturaleza más privada es fruto de su conexión intensa con los partidos políticos, que son un tipo especial de asociación privada encargada de expresar el pluralismo político y, por tanto, instrumentos fundamentales de la participación política. La naturaleza más privada también se desprende del amplio margen de autoorganización que tienen respecto a los demás órganos locales, sin que las leyes y otras normas puedan entrar excesivamente en la regulación de su organización interna, de manera similar a como sucede con los partidos políticos. Los grupos políticos, a pesar de no tener personalidad jurídica, son titulares de derechos y obligaciones, actúan en el tráfico jurídico y tienen reconocidas múltiples capacidades como por ejemplo la legitimación procesal para actuar ante los tribunales. No obstante, su vínculo con los partidos políticos es intenso y no se puede ignorar.<sup>24</sup>

## 6. Financiación metropolitana directa de partidos políticos

### 6.1. El artículo 73.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)

Este precepto no impide, en principio, la financiación directa de partidos políticos, pero tampoco la ampara. Sin embargo, una interpretación *a contrario* podría indicar que sí lo impide, ya que explicita que la financiación es a los grupos políticos y la relación entre unos y otros es estrecha. Tal interpretación *a contrario* puede parecer similar, aunque más extensiva, a la que efectúa el Tribunal Supremo en la Sentencia 3817/2012. En este caso, considera que el reglamento orgánico municipal no puede realizar una dotación económica a los concejales no adscritos porque el art. 73.3 LBRL solo prevé dicha dotación respecto a los grupos:

*Efectivamente, la vida municipal por naturaleza se ejerce mediante la participación en «grupos municipales» y a partir de tal evidencia ha de decaer el otorgamiento de carta de naturaleza a una dotación económica que no regula el artículo 73.3 LBRL ni que tampoco puede entenderse insita en la remisión que se realiza al ROM, puesto que sólo lo realiza a efectos de «forma», y no con la capacidad de modificar la legislación básica estatal y hacer nacer nuevos derechos no comprendidos en ese precepto. Estamos enteramente de acuerdo*

*con la fundamentación ofrecida en la instancia relativa que por su claridad no requiere mayores consideraciones que sólo constituirían redundancia. No estamos ante un límite exclusivamente de máximos cuantitativos sino que debemos confirmar que no es posible la creación de una nueva dotación que no se corresponde con las reconocidas a los concejales individualmente considerados, generando por tanto, la aparición de una nueva figura, intermedia, de facto, no reconocida en la legislación estatal.*<sup>25</sup>

Conviene hacer dos apreciaciones. En cuanto a la primera, el art. 73.3 habla concretamente de concejales no adscritos pero no, en cambio, de partidos políticos. Es decir, el argumento *a contrario* aplicado a este precepto funciona de manera más natural (menos forzada) en la relación grupo político - concejal no adscrito, que en la relación grupo político - partido político. La segunda apreciación parte de la analogía con el derecho parlamentario. Múltiples reglamentos parlamentarios establecen dotaciones económicas a los grupos parlamentarios y tales disposiciones, por ejemplo el art. 33 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, no impiden, a partir de un argumento *a contrario*, que se financien directamente los partidos políticos. No está de más recordar que la Ley estatal que introduce el art. 73.3 en la LBRL explicita que se inspira en el Reglamento del Congreso de los Diputados.

## **6.2. El artículo 2.1.c de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP)**

La Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos admite tanto la financiación local directa de partidos políticos como su financiación indirecta a partir de los grupos consistoriales. Concretamente, el art. 2.1.c LOFPP establece que los recursos económicos de los partidos políticos procedentes de la financiación pública estarán constituidos por:

*Las subvenciones anuales que las Comunidades Autónomas establezcan para gastos de funcionamiento en el ámbito autonómico correspondiente, así como las otorgadas por los Territorios Históricos vascos y, en su caso, por las Corporaciones Locales.*

En este sentido, según el art. 3.2.b LBRL, las áreas metropolitanas son «entidades locales» y, concretamente, el art. 1.2 LAMB dispone que «el Área Metropolitana de Barcelona (AMB) es un ente local supramunicipal de carácter territorial integrado por los municipios de la conurbación de Barcelona». Por consiguiente, el art. 2.1.c LOFPP podría constituir un título competencial para la financiación de partidos políticos en el ámbito local. No es extraño que las competencias locales sean definidas o concretadas por las normas sectoriales. Así queda admitido en el art. 7.2 LBRL, que incluye entre las competencias propias de las entidades locales (solo) aquellas determinadas por ley. Ley que puede ser general (de régimen local) o sectorial (como en el caso que nos ocupa lo es la LOFPP).

No obstante, cuando el art. 2.1.c LOFPP dice «en su caso, por las corporaciones locales» parece debilitar o relativizar la atribución competencial. La expresión «en su caso» parece un matiz que no desactiva la atribución competencial a los entes locales para financiar los partidos políticos, sino que atribuye una potestad sin un deber de financiar. Si nos fijamos en el art. 2.1.e, también incluye un «en su caso» con la función de admitir la posibilidad de las cámaras legislativas y las Administraciones Locales de financiar sus grupos parlamentarios y consistoriales. Es decir, la expresión «en su caso» admite la posibilidad de ayudar económicamente, pero no obliga a hacerlo. No obstante, dicha expresión debilita o matiza la atribución competencial en los sentidos siguientes:

1. Siempre que la normativa local general no lo impida u observando los límites de esta.
2. En la medida en que la propia normativa del ente local prevea y habilite la ayuda directa. Puede ayudar, en particular, si se dispone de una regulación concreta y detallada al respecto, que establezca ciertos límites y que garantice una repartición equitativa entre las diferentes fuerzas políticas.
3. En la medida en que no se confunda la ayuda directa a partidos políticos con la dotación económica a los grupos locales, la cual admite, de manera indirecta, la financiación al partido político, pero no de cualquier manera ni por cualquier razón. Si hay financiación local directa de partidos políticos, el umbral de tolerancia del traspaso del grupo al partido podría ser más estricto.

El Tribunal de Cuentas, en el mencionado Informe 1262/2017 de fiscalización de los partidos políticos de los ejercicios de 2014 y 2015, cuestiona en numerosas ocasiones la financiación local directa de partidos políticos (p. 956, entre otras, como por ejemplo 102, 103, 245, 257, 620):

*En los informes de fiscalización de los ejercicios 2014 y 2015 correspondientes a once y trece formaciones políticas, respectivamente, se ha indicado que las asignaciones concedidas a los grupos políticos de la formación en las entidades locales han sido ingresadas directamente por las instituciones concedentes en las cuentas bancarias de funcionamiento ordinario de los respectivos partidos, lo que contraviene lo dispuesto en la legislación vigente. De este modo, en lugar de figurar los grupos políticos como aportantes de fondos al partido, de acuerdo con las cuentas anuales presentadas, estos ingresos constan como subvenciones directas de la entidad local a las formaciones políticas. En ningún caso, estas subvenciones están contempladas entre los recursos procedentes de la financiación pública que se enumeran en el artículo 2.1 de la LOFPP.*

Sin embargo, tal como se ha comentado en el apartado 5.3 de este artículo, lo que cuestiona el Tribunal es más bien que las asignaciones destinadas a financiar los grupos políticos consistoriales sean ingresadas directamente a los partidos políticos. Esta interpretación se reafirma cuando el Tribunal (p. 68, entre otras, como la 76, 223, 233, 287) también hace extensible la crítica a parlamentos autonómicos y juntas generales de los territorios históricos vascos

(dado que no es controvertido que tales parlamentos, en virtud del art. 2.1.c LOFPP, puedan financiar los partidos políticos directamente):

*Las asignaciones concedidas a los grupos políticos de la formación por parte del Parlamento de Navarra, de las Juntas Generales de Guipúzcoa y de las entidades locales han sido ingresadas directamente desde las diferentes instituciones en las cuentas bancarias operativas del partido, lo que contraviene lo dispuesto en la legislación vigente. De este modo, los grupos parlamentarios o los grupos políticos en las Administraciones Locales no figuran como aportantes, sino que, de acuerdo con las cuentas anuales presentadas, estos ingresos constan como subvenciones directas al partido que, en ningún caso, están contempladas dentro de los recursos procedentes de la financiación pública que se enumeran en el artículo 2.1 de la LOFPP.*

Es decir, queda claro que las dotaciones económicas destinadas a los grupos políticos con arreglo al art. 73.3 LBRL no pueden ser abonadas directamente al partido político. Eso no se hace extensible, por lo menos de manera clara, al hecho de que las corporaciones locales no puedan establecer una subvención anual directa a los partidos políticos análoga a las subvenciones autonómicas existentes y admitidas en virtud del art. 2.1.c LOFPP, que dispone que uno de los recursos económicos de los partidos políticos serán las subvenciones anuales que, en su caso, las corporaciones locales establezcan para gastos de funcionamiento en el ámbito territorial correspondiente. No es intrascendente, sino más bien elocuente, que el Tribunal de Cuentas haya permanecido silente sobre esta posibilidad y que, en cambio, se haya pronunciado expresamente sobre el art. 2.1.e LOFPP.

En general, los informes, publicaciones y opiniones consultados tratan la financiación local de partidos políticos mediante las dotaciones económicas previstas en el art. 73.3 LBRL. Sin embargo, aunque trabajos ya citados no abordan de manera directa y concreta la financiación local de partidos políticos en el sentido en el que se hace en este apartado, se desprende una especie de estado de opinión bastante generalizado contrario a esta tipología de financiación.<sup>26</sup> Si esta inferencia fuese acertada, este apartado del presente trabajo podría contener una opinión minoritaria.

### 6.3. La Ley del Área Metropolitana de Barcelona (LAMB)

Veamos en qué otros títulos competenciales se podría encuadrar esta actividad de fomento del AMB. La competencia o potestad de autoorganización (art. 3.1.b LAMB) podría incluir o amparar la posibilidad de financiar los grupos políticos pero más difícilmente a los partidos políticos. Si se descarta, pues, la potestad de autoorganización, no parece que haya un título habilitante expreso en la LAMB que encaje bien con esta actividad de fomento. Se podría alegar la competencia de promoción de las actividades que contribuyen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de los municipios que la integran (art. 13.2 LAMB), en la medida en que se entendiera como capacidad de promoción amplia de los intereses locales.

Ahora bien, vehicular la financiación directa de partidos políticos a partir de la «promoción de actividades» sería peligroso para el pluralismo político y la igualdad entre partidos, dado que se podrían promocionar más las actividades de un partido que las de otro.<sup>27</sup> La financiación de los partidos no debería basarse en la financiación de sus actividades, a excepción de la actividad de concurrir a las elecciones (para la que ya existe una financiación especial, también a nivel local, conforme a la legislación electoral) y la actividad representativa dentro de los consistorios que llevan a cabo a través de los grupos locales (que también puede y suele recibir una financiación específica conforme a la legislación de régimen local ya citada).<sup>28</sup> Es prudente que la financiación directa de los partidos políticos no dependa de valoraciones subjetivas, sino de criterios más objetivos, como, por ejemplo, el apoyo electoral y de la traducción institucional de dicho apoyo en el seno de las instituciones. Es necesaria una correcta ponderación de los principios de democracia, de representación, de pluralismo político y de igualdad entre partidos.<sup>29</sup>

### 6.4. Otras cuestiones competenciales a tener presentes

Otra posible cobertura, dado que los partidos políticos son asociaciones, se podría encontrar en el art. 72 LBRL. Este precepto habilita a las corporaciones locales para promocionar el desarrollo de las asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos y, en particular, facilitar el acceso a ayudas económicas.

*Las Corporaciones locales favorecen el desarrollo de las asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, les facilitan la más amplia información sobre sus actividades y, dentro de sus posibilidades, el uso de los medios públicos y el acceso a las ayudas económicas para la realización de sus actividades e impulsan su participación en la gestión de la Corporación (...).*

Los partidos políticos, como asociaciones singulares constitucionalmente reconocidas, ayudan a expresar el pluralismo político local, a manifestar la vo-

luntad popular local y son instrumento fundamental de la participación política local (siguiendo el art. 6 CE). En un sentido similar se expresa la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Partidos Políticos:

*(...) aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución.*

Hay que tener presente que los entes locales no pueden fomentar ni promocionar intereses ajenos o superiores a su ámbito territorial. El art. 137 CE establece una autonomía local «para la gestión de sus respectivos intereses». Por consiguiente, las competencias, potestades y actividades de los entes locales están estrechamente ligadas a los intereses locales respectivos y no pueden abordar intereses supralocales que estén, en principio, encomendados a niveles de gobierno superiores (y aún menos si se quieren hacer políticas con finalidades opuestas o que puedan entrar en contradicción).

Tal como se observará con mayor detalle en el apartado posterior 7.3, el Tribunal Supremo ha vinculado el hecho de que el esfuerzo fiscal vaya a cargo de los vecinos, con la norma que los gobiernos locales se ciñan a los intereses de sus ámbitos territoriales respectivos. El Alto Tribunal ha especificado que la identificación de cuáles son estos intereses locales está en manos de las leyes. Más concretamente, según el Supremo, habrá que observar algún punto de conexión con los ámbitos de competencia atribuidos al ente local en cuestión. Parafraseando la Sentencia 5441/2006 del Tribunal Supremo, la LBRL no justifica la conversión de los entes locales en organizaciones de difusión o defensa de proyectos políticos supralocales, en los que el referente colectivo deja de ser la localidad para desplazarse a una colectividad más amplia e indefinida, cuya representación corresponde, en realidad, a otro tipo de ente público territorial. Tal como se pondrá de manifiesto más adelante, pese a que esta jurisprudencia se refiere expresamente al ámbito municipal, parece extensible a los ámbitos locales en general.

Estos intereses locales más o menos amplios pueden tener cierta relación con la concepción que se tenga de la autonomía local en cuestión. Con arreglo al art. 1.3 LAMB, «el Área Metropolitana de Barcelona tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad y autonomía para cumplir sus finalidades.» Existen, no obstante, diferentes tipos y grados de autonomía. Una concepción más administrativa dificulta la financiación de los partidos políticos y, en contraste, una concepción más política la facilita. La financiación local de los partidos políticos puede cumplir, tal como se ha expuesto en el apartado 4, unas funciones constitucionales relevantes basadas en los tres equilibrios territoriales mencionados (equilibrio intrapartidos, equilibrio interpartidos y equilibrio entre niveles territoriales de gobierno). Estos tres equilibrios y su

realización ganan importancia en la medida en que los entes locales se conciben como gobiernos territoriales de naturaleza más política y no como meras administraciones territoriales. No obstante, incluso en el supuesto de que la autonomía local se considere más administrativa, los equilibrios citados pueden seguir siendo relevantes en la medida en que pueden moderar la centralización, la uniformidad y la jerarquía, y generar, a la vez, más representación, pluralismo, transversalidad y una competencia electoral más equitativa.

Para terminar, conviene advertir que, en la medida en que no se considerase una competencia propia del AMB, parecería de aplicación el art. 7.4. LBRL, que dispone que las entidades locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las delegadas cuando no se pongan en riesgo la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria (y no se incurra en un supuesto de ejercicio simultáneo de un mismo servicio público con otra Administración). Si así fuese, sería necesario disponer de los informes previos y vinculantes de la Administración competente para ejercer la tutela financiera (y de la Administración competente por razón de materia en el caso de posibles duplicidades).

## **6.5. El artículo 4.c de la Ley General de Subvenciones (LGS)**

Ya se ha observado que el art. 4 LGS excluye de su ámbito de aplicación la financiación directa de partidos políticos y su financiación indirecta a partir de los grupos parlamentarios y consistoriales. Concretamente, para el caso de la financiación directa, la letra c) excluye «Las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos.»

# **7. Financiación metropolitana de sindicatos**

## **7.1. Pluralismo y representatividad sindical**

La conexión y relevancia de partidos políticos y sindicatos de trabajadores se ponen de manifiesto en su regulación en los arts. 6 y 7 de la Constitución española (CE), respectivamente. La ubicación de la regulación constitucional habla por sí sola de la importancia que el poder constituyente dio a los partidos y a los sindicatos. El art. 7 CE reconoce el papel fundamental de los sindicatos en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Los sindicatos son instrumentos básicos para el ejercicio del derecho fundamental de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (art. 28.2 CE) y para la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE). Resultan relevantes, por tanto, los criterios para determinar qué sindicatos son representativos para la defensa y

promoción de los intereses de los trabajadores. En la Sentencia 53/1982, el Tribunal Constitucional se pronunció así sobre la participación de los sindicatos en organismos públicos:

*El sistema de pluralismo sindical derivado de la libertad de sindicación (art. 7 y 28.1 de la C.E.) obliga a que a la hora de determinar la presencia de representantes sindicales en organismos insertos en la Administración haya de utilizarse algún criterio que sin ser discriminatorio permita una eficaz defensa de los intereses de los trabajadores que se verían perjudicados por una atomización sindical. Uno de esos criterios suele ser el de otorgar esa presencia a las «organizaciones representativas de trabajadores» de que habla, por ejemplo, el art. 4.3 del Convenio de la OIT de 9 de julio de 1948, ratificado por España por Instrumento de 14 de enero de 1960 por el que se impone a cada miembro de la OIT el deber (...) de reconocer tal presencia [a] las «organizaciones más representativas de trabajadores», a las que se refiere en otro contexto el art. 3.5 de la Constitución de la OIT. Sin embargo, ni en las resoluciones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ni en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es posible hallar unas reglas de validez general para determinar en todo caso qué debe entenderse por organización u organizaciones sindicales más representativas, o cuál es el porcentaje de representatividad que debe exigirse como mínimo para determinarlas, o en qué ámbito territorial (nacional o provincial o municipal) ha de medirse. (...) es muy esclarecedora la afirmación por el mismo Comité del principio según el cual «los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso» (informe 36, caso 190, párrafo 195). Doctrina que concuerda con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias citadas en el fundamento primero [caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga y caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras], en las que a propósito de una interpretación conjunta de los arts. 11 y 14 de la Convención Europea y estando en debate problemas de posible discriminación entre organizaciones sindicales se afirma que «la igualdad de trato es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable».*

Constitucionalmente, pues, existe una exigencia de criterios objetivos y razonables para determinar los sindicatos más representativos (una exigencia típica, por cierto, en lo que al principio de igualdad se refiere), que no determina una solución concreta, sino que admite diferentes soluciones a las que pueden acudir los poderes públicos. Los tribunales, en principio, no determinan el sistema más adecuado o conveniente para determinar la representatividad, sino si, al ser irracional o arbitrario, es discriminatorio. La Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2001 se expresa en estos términos:

*Pero la mayor representatividad exige la correspondencia entre la conformación técnica de la representatividad y el tipo de función sindical, el nivel de ejercicio o las características de los intereses colectivos en juego, sin que pueda emplearse con cualquier propósito, de suerte que no toda utilización que de ella se haga es constitucionalmente aceptable, y no lo es aquella que utiliza los criterios selectivos para establecer un trato diferente respecto*

*de materias que no guardan ninguna relación con ellos (SSTC 9/1986, de 21 de enero, FJ 3, y 7/1990, de 18 de enero, FJ 2). De ahí, por ejemplo, que este Tribunal haya considerado improcedente la utilización del criterio de la mayor representatividad como regla para excluir a sindicatos que no son más representativos pero que, sin embargo, están implantados en un ámbito concreto (por ejemplo, SSTC 184/1987, de 18 de noviembre, y 217/1988, de 21 de noviembre). De este modo, es razonable que se asegure la presencia en cada concreto ámbito de actuación de los intereses generales y del conjunto de los trabajadores y que se examine en cada caso la finalidad de la norma o de la representación institucional (...).*

Aunque puede ser importante que la representatividad se adecúe a la organización territorial del poder público, no parece tan relevante como en el caso de los partidos políticos. En la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) se prevén los criterios para determinar los sindicatos más representativos a nivel estatal (art. 6.2), los sindicatos más representativos a nivel autonómico (art. 7.1) y los sindicatos representativos en ámbitos territoriales y funcionales específicos (art. 7.2). Estos sindicatos tienen derecho a la negociación colectiva con eficacia general, según el Estatuto de los Trabajadores. Los más representativos ostentan la representación institucional ante las Administraciones Públicas estatales y autonómicas.

En la Sentencia 147/2001, el Tribunal Constitucional reconoce que estos criterios presentan ciertos problemas:

*Es cierto que la doble escala no acoge expresamente un sistema escalonado y progresivo vinculado a criterios estrictamente relacionados con el mayor o menor grado de representatividad —pues la parcelación del reparto en sólo dos compartimentos estancos, no tiene en cuenta que en el bloque en que se encuadran los sindicatos a los que la LOLS vincula la mayor representatividad pueden convivir unos sindicatos «más representativos que otros» y en el bloque del resto de sindicatos unos con un mayor o menor grado de implantación. Pero a este Tribunal no le corresponde determinar cuál sería el criterio más acertado, conveniente políticamente o más conforme con los principios de la Constitución, lo que entrañaría juicios de valor o preferencia que este Tribunal no puede emitir (STC 53/1982, de 22 de julio, FJ 3). El examen ha de limitarse a si el criterio acogido por la Administración se encuentra falto de justificación y es desproporcionado.*

A grandes rasgos, la posición jurídica singular de estos sindicatos (más) representativos sirve especialmente para la defensa de los intereses generales de los trabajadores, en lugar de la defensa exclusiva de sus afiliados. Es un modelo que responde a un cierto corporativismo en el que el sindicato no es una mera asociación en defensa de sus asociados, sino que se le reconocen una naturaleza y objetivos más públicos y generales. En este sentido, los estatutos de UGT y CC.OO. recogen como prioridad la defensa de los intereses generales de los trabajadores.<sup>30</sup>

## 7.2. La financiación pública de los sindicatos

En Europa, los partidos comunistas, socialdemócratas y de la clase trabajadora históricamente han estado financiados por los sindicatos afiliados o afines.<sup>31</sup> No obstante, en el actual contexto español, los sindicatos no parecen tener un papel relevante en la financiación de los partidos políticos. De hecho, de manera similar a los grandes partidos, las subvenciones y dotaciones públicas constituyen una parte importante de los ingresos de los grandes sindicatos, o sindicatos más representativos.<sup>32</sup> Sin embargo, en comparación con los partidos políticos, el porcentaje de financiación pública parece bastante inferior respecto al total de ingresos. Los sindicatos reciben una financiación pública directa, que se subdivide, a grandes rasgos, en subvenciones genéricas y subvenciones con finalidades más específicas, y una financiación pública indirecta, en particular, a través de la cesión de inmuebles.

Por lo que a la financiación pública directa se refiere, se articula a partir de subvenciones en las leyes de presupuestos (estatales y autonómicas). El Tribunal Constitucional admite subvencionar los sindicatos según su grado de representatividad y audiencia, observando los principios de adecuación y de proporcionalidad, lo que está ligado a la finalidad y efectos de la medida de promoción en cuestión. La Sentencia 147/2001 argumenta:

*El concepto de mayor representatividad es, por tanto, un criterio objetivo y, por ello, constitucionalmente válido. Ahora bien, ello no significa que cualquier regulación apoyada en el mismo haya de reputarse como constitucionalmente legítima (SSTC 9/1986, de 21 de enero, y 7/1990, de 18 de enero), pues ha de reunir, además, los restantes requisitos exigibles y, singularmente, el de proporcionalidad. Requisitos muy determinados por la finalidad y efectos de la medida considerada y que han llevado a considerar conforme con las exigencias constitucionales algunas facultades de las que tan sólo gozan los sindicatos más representativos.*

*La tensión entre el principio de igualdad de trato entre los sindicatos y la promoción de algunos de ellos en virtud de los criterios objetivos antes expuestos, también se ha manifestado en materia de subvenciones a centrales sindicales. El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha declarado que los diversos sistemas de subvenciones a las organizaciones de trabajadores producen consecuencias diferentes según la forma que revistan, el espíritu conforme al que hayan sido concebidas y aplicadas, y la medida en que tales subvenciones se concedan, en virtud de textos legales precisos o dependan exclusivamente de la discreción de los poderes públicos, precisando que las repercusiones que dicha ayuda financiera tenga sobre la autonomía de las organizaciones sindicales dependerán esencialmente de las circunstancias, sin que puedan ser apreciadas a la luz de principios generales, al tratarse de una cuestión de hecho que debe ser examinada en cada caso y habida cuenta de las circunstancias de ese caso (Informe 19, caso núm. 121, párrafo 180, e Informe 75, caso núm. 341, párrafo 101).*

En relación con estos principios de adecuación y de proporcionalidad, el Tribunal Supremo procura hacer distinciones según la finalidad de la subvención

otorgada. Cuando la subvención es genérica, esta dependerá especialmente de la representación y presencia electoral de los sindicatos. Cuando se subvenciona una actividad sindical específica, la subvención debe atenerse a que el sindicato lleve a cabo o pueda llevar a cabo de mejor manera la actividad subvencionada. Por ejemplo, la Sentencia 4017/1995 admite como únicos destinatarios de una subvención para la participación institucional a los sindicatos que sean más representativos:

*En el caso concreto aquí debatido no parece constitucionalmente objetable, en principio, la inclusión de dotaciones presupuestarias, a nivel autonómico, destinadas a subvencionar específicamente la participación institucional legalmente atribuida a los Sindicatos más representativos. Ello no obsta, sin embargo, a que la correcta distribución de los recursos requiera la observancia al menos de dos condicionamientos básicos: la transparencia en la dirección finalista de las dotaciones y la proporcionalidad entre el fin objetivo marcado en la ley y los medios facilitados para su consecución.*

*(...) Pero en el caso que aquí se plantea concurren circunstancias peculiares (...) sobre todo, en orden a la transparencia y proporcionalidad antes requeridas, nos encontramos con que las Ordenes impugnadas en la instancia, —cuyo natural objetivo a cumplir debería consistir en la articulación de normas precisas para la correcta aplicación de las partidas de gastos discutidas—, eluden toda concreción, así como cualquier mecanismo de control.*

*En la práctica, pues —aún no habiendo razones de principio para objetar la inclusión de dos subvenciones presupuestarias con destino a las organizaciones sindicales, diferenciadas por razón de fines y de sindicatos beneficiados—, está claro que las Ordenes de desarrollo no ajustan su contenido normativo a la correcta ejecutividad de la genérica previsión presupuestaria. Por consiguiente, confieren a la distribución de estos fondos públicos un contenido de discrecionalidad que compromete la salvaguarda del principio de no injerencia de los poderes públicos y de trato no discriminatorio a las distintas organizaciones sindicales, a que se refieren los artículos 12 y 13 LOLS.*

Se podría admitir, por ejemplo, la subvención específica a los sindicatos más representativos para gastos derivados de la representación institucional, en la medida en que fuera una función que dichos sindicatos desarrollasen en exclusiva.<sup>33</sup> Es reveladora en este sentido la doctrina repetida por el Tribunal Supremo (reproducida en la Sentencia 6370/2007) según la cual:

*Entre las funciones y prerrogativas atribuidas con exclusividad a los sindicatos más representativos se admiten los supuestos de representación institucional ante órganos administrativos. Se rechazan, en cambio, por vulneración de la libertad sindical y no ser consecuencia del concepto, la concesión a esos sindicatos más representativos, con exclusión de los demás, de subvenciones para fines sindicales que lo son de todos sindicatos.*

En la más reciente Sentencia 2150/2015, del Tribunal Supremo, se insiste en que:

*(...) esta Sala comparte la apreciación de la demandante de que en las leyes presupuestarias de la Generalidad Valenciana para los ejercicios de 2010 y 2011 la demandante*

*pudo ser víctima de una discriminación constitucionalmente prohibida, al haberse establecido una línea de subvención nominativa, exclusivamente limitada a los sindicatos CC.OO.-PV y UGT- PV, para una acción sindical para la realización de unos determinados programas, que no eran propios de la función institucional legalmente reservada a los sindicatos más representativos, sino que concernía a la posible actividad de cualquier sindicato suficientemente representativo. La Sala comparte el planteamiento de la demandante de que no existía razón objetiva, adecuada a un fin legítimo, y proporcional para establecer, al articular tal línea de subvención, la reserva que en ella se hacía a favor de los dos sindicatos nominativamente indicados en la misma. Ello suponía la exclusión de los demás sindicatos representativos, portadores del mismo interés sindical que el de los nominativamente beneficiados por la subvención, y por tanto una situación de desigualdad discriminatoria de estos, que debiera considerarse constitucionalmente vedada. Toda la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional tan ampliamente citadas en los fundamentos de demanda, que quedaron referenciados, conducen a la valoración que acabamos de exponer.*

### **7.3. Análisis de la potestad subvencional del AMB**

En general, el art. 240.1 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña prevé la potestad subvencional de los entes locales:

*Los entes locales pueden otorgar subvenciones y ayudas de contenido económico o de otra naturaleza a favor de entidades públicas o privadas y de particulares que hacen actividades que complementan o suplen las competencias locales.*

Más concretamente, el art. 122.1 del Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS) prevé:

*Las entidades locales podrán otorgar subvenciones y ayudas a entidades, organismos o particulares cuyas actividades suplan o complementen los servicios atribuidos a la competencia local o sean de interés local.*

En el ámbito metropolitano, el art. 5.4 de la Ordenanza General de Subvenciones (OGS) del AMB establece:

*Las subvenciones deberán financiar obras o actividades atribuidas a la competencia del AMB o que sean de interés público o social metropolitano, incluidas las actividades de solidaridad y cooperación al desarrollo.*

Hasta cierto punto, parece que los tres pasajes que se acaban de citar se expresan cada vez en términos más amplios. A la potestad de otorgar subvenciones a las «actividades que complementen o suplan las competencias locales», se suman las actividades que «sean de interés local», que se amplían a actividades que «sean de interés público o social metropolitano, incluidas las actividades de solidaridad y cooperación al desarrollo». Este desarrollo normativo cada vez más amplio de la potestad subvencional se podría entender que sigue en el Plan estratégico 2017-2019 de subvenciones, aportaciones y otras ayu-

das institucionales del AMB. No queda claro si el apartado 2 del Plan vincula o no las «actividades de utilidad pública o interés social» a «la competencia metropolitana»:

*El Área Metropolitana de Barcelona podrá otorgar subvenciones, aportaciones y otras ayudas institucionales a favor de los ayuntamientos metropolitanos, las personas, entidades privadas y empresas con la finalidad de fomentar la realización de actividades de utilidad pública o interés social, o promover la consecución de fines públicos atribuidos a la competencia metropolitana.*

El art. 72 LBRL apodera, como ya hemos visto, a las corporaciones locales para favorecer el desarrollo de las asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos y, dentro de sus posibilidades, el acceso a ayudas económicas. Dado que los sindicatos son una forma de asociación incluida dentro del derecho fundamental de asociación y especialmente protegida por la conexión de los arts. 7, 28.2 y 37.1 CE, el artículo 72 LBRL puede dar cierta base competencial genérica a la subvención de los sindicatos con implementación, representación o actividad en el territorio local. En todo caso, resulta necesario justificar un interés local (en contraposición al supralocal) en lo que a la subvención se refiere. Interés local entendido en relación con «actividades que complementan o suplen las competencias locales» y en relación con «asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos». Hay que recordar que el art. 137 CE dice que municipios, provincias y comunidades autónomas «disfrutan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Por tanto, la eventual financiación local de sindicatos deberá observar el límite basado en los respectivos intereses locales.

Visto el reconocimiento constitucional de la autonomía local, es posible que la concepción que se tenga de la autonomía local en cuestión pueda afectar, en cierta medida, al poder de subvención y a la actividad de fomento. El art. 1.3 LAMB dispone que «el Área Metropolitana de Barcelona tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad y autonomía para cumplir sus finalidades».

Así pues, una concepción más política (no tan administrativa) de la autonomía local en cuestión, podría dar más margen en la decisión de qué subvencionar y en la autonomía para la gestión de los respectivos intereses. Si una autonomía es más política, los intereses de la entidad local en cuestión se amplían. En esta misma línea, una autonomía política permite interpretar de manera más amplia el poder de subvención y los títulos competenciales relacionados con este poder. En cambio, cuanto más administrativa es la concepción de la autonomía de un ente local, sus poderes de actuación quedan más vinculados a las habilitaciones legales (vinculación positiva al ordenamiento) y no solo tienen como límite las prohibiciones (vinculación negativa al ordenamiento).

En general, a diferencia de la actividad llamada de policía o de ordenación respecto a la cual las Administraciones Públicas tienen una vinculación más

positiva en el ordenamiento, la actividad de fomento o promoción de las Administraciones Públicas, siempre que haya habilitación presupuestaria y suficiencia de recursos, parece que disfruta de una vinculación más negativa en el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, las Administraciones Públicas suelen tener cierto margen de maniobra a la hora de decidir *qué* fomentar (respetando los requerimientos legales para decidir *quién* y *cómo* subvencionar).

No obstante, conviene tener presente que el Tribunal Constitucional ha diferenciado, en general, el poder de subvención del Estado que puede financiar cualquier finalidad y el poder de subvención de las comunidades autónomas, extensible respecto a los entes locales con arreglo al art. 137 CE, que se vincula a las competencias que tienen en virtud de la Constitución y las leyes. En la Sentencia 13/1992 se lee:

*Puede decirse, con razón, que el poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 C.E.), no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 C.E.), al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes (...).*

Es razonable que si la potestad subvencional de las comunidades autónomas tiene que guardar relación con sus competencias, también sea así en cuanto a los entes locales. En este sentido, parece posicionarse la jurisprudencia que se citará seguidamente. Pese a que tal jurisprudencia se refiere concretamente al ámbito municipal, parece extensible a los ámbitos locales en general. Así, pues, obsérvese cómo se posiciona la Sentencia del Tribunal Supremo 3865/2006:

*Sin embargo con ser incontestables las capacidades de obligarse y la antedicha competencia municipal contemplada en la LBRL, lo cierto es que tanto material como territorialmente no queda justificada en el supuesto de autos que dicha asignación surta efectos en el término municipal, único territorio que, conforme al art. 12 LBRL, ejerce sus competencias el Ayuntamiento. Son los vecinos del municipio no solo los que contribuyen a las cargas municipales sino también los beneficiarios de los servicios públicos municipales que constituyan sus competencias. En tal sentido resulta certera la sentencia de instancia cuando afirma que la autonomía local, constitucional y legalmente consagrada, nunca es expresiva de soberanía y si alusiva a los poderes limitados que señala la STC 84/1982, de 23 de diciembre, es decir para la gestión de sus respectivos intereses que, como ya hemos declarado, se encuentran constreñidos al respectivo ámbito territorial.*

En la Sentencia 5441/2006, el Tribunal Supremo lo explica con mayor detalle: *La determinación de cuáles sean esos intereses locales es obra de la ley que atribuye competencias concretas dentro de un marco garantizado mínimo, mientras que dicha autonomía no se garantiza para incidir en otros intereses generales o particulares distintos de los*

*propios de la Entidad local (STC 4/1981, de 2 de Febrero), al caracterizarse la autonomía local como cualitativamente inferior a la autonomía política de que gozan, entre otros poderes, las Comunidades Autónomas.*

*Si en el marco del ordenamiento jurídico surge no obstante una norma como la del artículo 25.1 LBRL, que introduce una amplia capacidad local, ésta se desenvuelve, literalmente «en el ámbito de sus competencias (las del municipio)», es decir, en el mismo espacio jurídico administrativo y no político en el que la autonomía viene garantizada, y no es posible que las potestades administrativas conferidas al municipio por el artículo 4.1 de la Ley 7/1985, entre ellas la autoorganizativa y la financiera, puedan ser ejercitadas en el vacío, subordinadas, o puestas al servicio de proyectos e intereses distintos que aquellos a que se refieren las competencias específicas con que el municipio cuenta necesariamente en virtud de los artículos 2.º 1 y 25.2, ó 28 de la repetida Ley de Bases de Régimen Local.*

*Y en el supuesto examinado en este proceso se trata de la afectación de recursos públicos a fines en los que difícilmente cabe observar algún punto de conexión con los ámbitos competenciales atribuidos a la Entidad Local. Al afectar fondos a Udalbitza el Ayuntamiento demandado podrá estar haciéndose eco de lo que se considera una reivindicación mayoritaria en el conjunto de la sociedad vasca, pero la actividad que asuma en ningún caso supondrá el desenvolvimiento de alguna de las actividades prestacionales de su pertenencia. La LBRL no justifica la conversión de los Ayuntamientos en organizaciones de difusión o defensa de proyectos políticos supramunicipales, en los que el referente deja de ser el sustrato colectivo del Municipio, para desplazarse hacia una colectividad más amplia e indefinida, cuya representación corresponde en realidad a otro tipo de Entes Públicos Territoriales.*

Ahora bien, una mirada panorámica a las actividades y programas que se subvencionan a nivel autonómico y local parece conducir, de hecho, a una comprensión holgada de la conexión requerida entre la subvención y las competencias del ente en cuestión. Un ejemplo ilustrativo podemos encontrarlo en la experiencia de que numerosos entes locales, entre los cuales está el AMB, dedican parte de su actividad de promoción y fomento a subvencionar proyectos de cooperación internacional. Si bien es cierto que la conexión con el interés local se intenta establecer a partir de la implementación u origen local de la entidad cooperadora, no lo es menos que la conexión es, a veces, tenue o escasa.

En este sentido, y teniendo presente el caso que nos ocupa, resulta interesante poner de manifiesto que algunos ayuntamientos subvencionan en concepto de cooperación internacional a la Fundación Josep Comaposada (la fundación de cultura y cooperación internacional de la UGT de Cataluña, especialmente dedicada a promover la cultura y la cooperación sindical entre trabajadores) y la Fundación Pau i Solidaritat (la fundación de CC.OO. de Cataluña para la cooperación y el desarrollo internacional, especialmente en materia de derechos humanos laborales). Cuando la Sindicatura de Cuentas ha informado so-

bre algún ente local que dedicaba parte del presupuesto local a subvencionar las citadas fundaciones, no ha cuestionado esta tipología de subvenciones en sí misma (solo algunos detalles en relación con alguna subvención concreta).<sup>35</sup>

## 7.4. Posibles títulos competenciales metropolitanos para subvencionar sindicatos

El art. 13 de la Ley del AMB, bajo el título de «competencias metropolitanas», prevé lo siguiente:

1. *El Área Metropolitana de Barcelona ejerce las competencias que le atribuye esta ley, las que le pueden atribuir otras leyes y, con la aceptación previa, las que le delegan los municipios y otras Administraciones.*
2. *El Área Metropolitana de Barcelona puede prestar los servicios y promover las actividades que contribuyen a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de los municipios que la integran, sin perjuicio de las competencias que corresponden a otras Administraciones Públicas.*

Este último apartado parece adoptar una posición relativamente expansiva de competencia, más enfocada y pendiente del objetivo que de la materia y potestad concreta. «Promover las actividades que contribuyen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de los municipios» parece incluir actividades que faciliten el desarrollo de las competencias municipales, pero podría ir incluso más allá porque se habla de satisfacer «las necesidades y aspiraciones». Tanto las necesidades como las aspiraciones pueden exceder las competencias municipales en sentido estricto. Por tanto, se prevé una capacidad de promoción amplia de los intereses locales.

Son competencias expresamente atribuidas al Área Metropolitana, por su Ley de creación, la promoción de la ocupación y el fomento de la cohesión social. En este sentido, el art. 14 LAMB bajo el título «Competencias generales», dice que corresponden al Área Metropolitana de Barcelona las competencias siguientes:

### *G. Desarrollo económico y social*

*En materia de desarrollo económico y social y de comercio, el Área Metropolitana de Barcelona tiene las competencias siguientes:*

- a) *Fomentar la actividad económica, promover el empleo y la creación de empresas en los campos de la industria, el comercio, los servicios y los recursos turísticos.*
- b) *Promover un Plan estratégico metropolitano que, con la participación de los agentes económicos, sociales e institucionales, favorezca la modernización, la investigación y la innovación.*

### *H. Cohesión social y territorial*

*En materia de cohesión social y territorial, corresponde al Área Metropolitana de Barcelona:*

- a) *Promover la implantación de políticas públicas comunes en materia de servicios mu-*

*nicipales y de fomento de la cohesión social y territorial, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y el equilibrio territorial de los municipios que la integran.*

La financiación a los sindicatos puede responder a la competencia en ocupación en la medida en que los sindicatos velan por las condiciones de empleo (información, seguimiento, control y negociación sobre las condiciones de trabajo), acceso al empleo (a través, por ejemplo, de cursos y otros instrumentos de formación), mantenimiento del empleo (a partir de control y negociación de los procesos de despidos individuales y colectivos o propuesta y debate de nuevas políticas de ocupación). Asimismo, en la medida en que los sindicatos velan por las buenas condiciones materiales, legales y económicas de los trabajadores del área metropolitana se puede argumentar que su financiación responde a la promoción de políticas de fomento de la cohesión social (a modo de ejemplo, a partir de la preparación, participación, debate y difusión de dichas políticas públicas de fomento de la cohesión).

Fijémonos que en estos títulos competenciales se usan los verbos *promover* y *fomentar*, que hay que vincular a la citada actividad de fomento y promoción de las Administraciones públicas, que muy a menudo se ejerce a partir del poder de subvención. Las competencias de promoción y fomento son típicas de los entes supramunicipales, los cuales suelen poseerlas en régimen de concurrencia con otras Administraciones. Aquí, pues, el principio de prevención de las duplicidades de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) no parece que tenga una importancia capital (más bien sería para las actividades de ordenación y, sobre todo, las prestacionales).<sup>36</sup> Además, estas competencias están estrechamente vinculadas a algunos de los principios generales de equilibrio y cohesión social, que rigen, entre otros, la actuación del Área Metropolitana (art. 1.4.e LAMB).

Por último, también conviene considerar la potestad de autoorganización, en virtud de la cual un ente local supramunicipal como el Área Metropolitana (art. 1 de la Ley) podría llegar a justificar eventuales subvenciones para sufragar gastos relacionados con funciones de representación institucional, o bien con funciones de representación, protección o formación de los empleados públicos del AMB o, incluso, de los municipios que la integran.

## **7.5. Ley General de Subvenciones (LGS) y Ordenanza General de Subvenciones del AMB (OGS)**

A diferencia de los supuestos anteriores, en cuanto a cómo financiar los sindicatos, en principio, tendríamos que atenernos a lo que dispone la LGS.<sup>37</sup> Por consiguiente, conviene recordar los principios generales contenidos en el art. 8.3 LGS y reproducidos en el art. 6 OGS que habría que observar:

- a) Publicidad, transparencia, objetividad, igualdad, no discriminación y concurrencia.
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por el AMB.
- c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Conviene poner de manifiesto la posibilidad de concesión directa como posible excepción al principio de concurrencia. En este sentido, el art. 6.a) de la OGS dice «únicamente el principio de concurrencia no es de aplicación a los supuestos previstos de concesión directa». El resto de principios (publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación) sí que serían igualmente aplicables en caso de concesión directa. El art. 11 OGS regula las subvenciones que pueden «otorgarse directamente, no siendo preceptiva la concurrencia competitiva ni la publicidad previa», entre las cuales destaca «a) Cuando estén consignadas nominativamente en los presupuestos generales del AMB, bien en el presupuesto inicial o en modificaciones posteriores aprobadas por el Consejo, o en alguno de sus Anexos.» Siguiendo el art. 22.2.a) LGS, se pueden conceder de manera directa las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos de los entes locales. Según el art. 65.1 del Reglamento General de Subvenciones:

*A efectos de lo dispuesto en el artículo 22.2 a) de la Ley General de Subvenciones, son subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, aquellas cuyo objeto, dotación presupuestaria y beneficiario aparecen determinados expresamente en el estado de gastos del presupuesto.*

Parte de la doctrina ha añadido, como uno de los principios generales del sistema subvencional, el principio en virtud del cual la cantidad subvencionada debe ser inferior al coste de la actividad y la subvención no debe representar una ganancia para la persona que la realiza.<sup>38</sup> Este principio, no obstante, no se cita en la LGS ni en su Reglamento; sin embargo, puede deducirse del art. 123.4 ROAS, cuando dice que «Las subvenciones no tienen que exceder, normalmente, el 50% del coste de la actividad a la que se apliquen». En particular, el art. 7 de la OGM del AMB, sobre la cuantía de las subvenciones, dice expresamente:

*1. El importe de la subvención del AMB no excederá normalmente el 50 % del coste de la actividad o proyecto al que se aplique. Si excede este límite, se tendrá que justificar en el expediente de otorgamiento de la subvención y se incluirá esta justificación de manera específica en la propuesta de acuerdo al Órgano de gobierno que corresponda. En todo caso, no excederá el coste total de la actividad o proyecto subvencionado.*

*2. El importe de la subvención del AMB, junto con el de las subvenciones concedidas con la misma finalidad por otras Administraciones Públicas, no podrá sobrepasar el coste de la obra o actividad subvencionada.*

## 7.6. Controles internos y externos

De acuerdo con la Disp. Ad. 14 LGS, se aplican los controles internos y externos ordinarios que prevé la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (arts. 213 y siguientes) en lo referente a las subvenciones a sindicatos. Por tanto, a diferencia del caso de los grupos políticos, no nos encontramos ante la potestad discrecional del Pleno (en ausencia de despliegue normativo del art. 73.3 LBRL).

En este sentido, el art. 27 de la Ordenanza General de Subvenciones (OGS) del AMB dispone:

*1. El control financiero de las subvenciones se ejercerá por la Intervención metropolitana respecto a los beneficiarios, de acuerdo con el artículo 214 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales.*

*2. El control financiero tiene por objeto garantizar la adecuada y correcta obtención de las subvenciones, el cumplimiento de las cargas y obligaciones en la gestión y aplicación de la subvención, la correcta justificación de los gastos subvencionados, la realidad y regularidad de las operaciones y la adecuada y correcta financiación de las actividades subvencionadas. Este control podrá consistir en el examen de los registros contables, cuentas y estados financieros de los beneficiarios de la subvención, la comprobación material de las inversiones financiadas y cualquier otra comprobación que resulte necesaria en atención a las características especiales de la actividad subvencionada.*

*3. Los beneficiarios y terceros relacionados con el objeto o la justificación de la subvención estarán obligados a prestar colaboración y facilitar toda la documentación que los sea requerida en el ejercicio de las funciones de control financiero.*

*4. Cuando en el ejercicio de las funciones de control financiero se deduzcan indicios de la incorrecta obtención, destino o justificación de la subvención percibida, la Intervención metropolitana formulará propuesta de adopción de las medidas cautelares proporcionadas y precisas con el fin de impedir la desaparición, destrucción o alteración de los documentos relativos a las operaciones en que se hayan manifestado dichos indicios.*

## 8. Tres posibles conclusiones

I. La dotación económica a los grupos políticos puede convertirse en una forma de financiación indirecta de los partidos políticos con los matices, condiciones y restricciones que se desprenden del apartado 5 de este trabajo. Conviene reiterar, concretamente, la necesidad de disponer de una normativa adecuada de despliegue de la regulación básica contenida en el art. 73.3 LBRL.

II. Los entes locales, incluyendo el AMB, pueden financiar directamente los partidos políticos con los matices, condiciones y restricciones que se desprenden del apartado 6 de este artículo. Sin embargo, es necesario que la normativa local así lo prevea y regule. Más concretamente, habría que disponer de una regulación que garantizara un reparto equitativo entre los diferentes partidos políticos con presencia en el territorio local. Esta previsión y regulación debería evitar la confusión entre las dotaciones económicas a los partidos y las dotaciones económicas a los grupos.

III. El AMB puede subvencionar ciertas actividades sindicales con los matices, condiciones y restricciones que se desprenden del apartado 7 del presente estudio. En particular, es necesaria una conexión con las competencias e intereses locales y ha de respetarse el pluralismo sindical y la justa competencia entre sindicatos.

*Recibido por la Revista el 7 de marzo de 2018 y revisado por el autor en noviembre de 2018.*

## Notas

- 1 Vid. Rodríguez Teruel; Casal Bétoia (2016). «La financiación pública de los partidos políticos: España en perspectiva comparada».
- 2 Vid. Van Biezen (2015). «Financing political parties and election campaigns – guidelines».
- 3 Información que resulta difícil de encontrar agrupada y analizada conjuntamente.
- 4 La diferente tipografía en la mayoría de las citas de este artículo se ha añadido para destacar sus principales fragmentos y facilitar una lectura más rápida.
- 5 Vid. Santano (2016). *La financiación de los partidos políticos en España*, p. 63 y siguientes.
- 6 Finalmente, cuando la financiación pública está dirigida básicamente a los partidos políticos, ello puede generar un predominio del partido por encima de los candidatos. En cuanto a la financiación privada, consideramos que una financiación intensa por parte de los militantes puede fortalecer al partido, pero una financiación más allá de los militantes puede reforzar a ciertos candidatos en la medida en que la financiación privada dependa del candidato o se dirija a financiar concretamente su línea dentro del partido.

- 7 *Vid.* Santano (2016). *La financiación de los partidos políticos en España*.
- 8 *Vid.* Informes del Tribunal de Cuentas sobre la fiscalización de los partidos políticos. Véase, también, Rodríguez Teruel; Casal Bértoa (2016). «La financiación pública de los partidos políticos».
- 9 *Vid.* Informe del Tribunal de Cuentas sobre la fiscalización de los partidos políticos de los ejercicios de 2014 y 2015. En cuanto a donaciones de los cargos públicos, Van Biezen (2015). «Financing political parties and election campaigns».
- 10 Rodríguez Teruel; Casal Bértoa (2016). «La financiación pública de los partidos políticos».
- 11 *Vid.* Van Biezen (2015). «Financing political parties and election campaigns».
- 12 *Vid.* Rodríguez Teruel; Casal Bértoa (2016). «La financiación pública de los partidos políticos».
- 13 Como mínimo, en cuanto al funcionamiento ordinario de los partidos políticos, que incluiría la financiación indirecta a partir de los grupos parlamentarios y locales. *Vid.* Rodríguez Teruel; Casal Bértoa (2016). «La financiación pública de los partidos políticos».
- 14 *Vid.* Sentencia 18/2011 del Tribunal de Cuentas.
- 15 La obligación de llevar la contabilidad de la dotación es, no obstante, independiente de si el pleno la pide o no. Debe tenerse a punto por si se decide a hacerlo, sin perjuicio de que este lo solicite en un plazo de tiempo razonable.
- 16 «De la propia naturaleza del grupo y de la redacción del 73.3 de la LRBRL, deducimos que nos encontramos ante una subvención de naturaleza finalista, cuyo objetivo es facilitar el funcionamiento del mismo a efectos de su actuación corporativa.» Olea Romacho (2016). «La fiscalización de las dotaciones económicas a grupos políticos municipales».
- 17 Basándose en la propia LBRL y no en sus normas de desarrollo, el Tribunal Superior de Andalucía se refirió, en forma de obiter dictum, a la «dotación económica para su funcionamiento siguiendo una regulación similar a la que se contempla en el Reglamento del Congreso de los Diputados para sus grupos políticos» (Sentencia 16898/2001, de 29 de noviembre de 2001).
- 18 *Vid.* Van Biezen (2015). «Financing political parties and election campaigns».
- 19 Una opción análoga podría ser atribuir cierto papel a la Comisión especial de Cuentas de la entidad local, prevista en el art. 116 LBRL (que también está prevista en el seno del AMB).
- 20 Un ejemplo más consolidado de regulación parlamentaria que también convendría tener presente es el contenido en el art. 29 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha. *Vid.* Mirón Ortega (2001) «Subvenciones y contabilidad de los grupos parlamentarios».
- 21 *Vid.* Informe 12/2017 de la Sindicatura de Cuentas.
- 22 A modo de ejemplo, Resoluciones de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP) 6/2018, 20/2018 y 22/2018. A raíz de estas resoluciones y otras similares, la GAIP ha aprobado, haciendo uso de su función orientadora en cuanto a la publicidad activa, el Criterio 1/2018, sobre la obligatoriedad de la publicidad activa de las subvenciones a los grupos políticos de las Corporaciones Locales.
- 23 *Vid.* Franch i Saguer (2009) «L'activitat de foment a l'Administració local: la subvenció».
- 24 *Vid.* Olea Romacho (2016) «La fiscalización de las dotaciones económicas a grupos políticos municipales».
- 25 El Tribunal Supremo resuelve de manera similar en la Sentencia de 3 julio de 2012 (Recurso 4270/2011).
- 26 Que posiblemente tiene cierta relación más o menos directa con la desafección bastante generalizada hacia los partidos políticos y sus miembros.

- 27 A excepción, quizás, de actividades encaminadas a la formación y a la participación ciudadanas en el seno del AMB. Sin embargo, tales actividades deberían financiarse con mucho cuidado por el respeto al pluralismo político y la no discriminación entre partidos.
- 28 Se escapa del alcance de este estudio la financiación de las fundaciones de los partidos políticos.
- 29 Resultará relevante, analógicamente, el análisis jurisprudencial que se realizará en el siguiente apartado respecto a los sindicatos.
- 30 *Vid.* Lahera Forteza; Landa Zapiraín (2017). «La financiación pública de los sindicatos: fundamentación jurídica y alternativas».
- 31 Van Biezen (2015). «Financing political parties and election campaigns».
- 32 Como mínimo, por lo que se desprende de la información de los últimos ejercicios contables que constan en las páginas web de UGT y de CC. OO.
- 33 La puerta abierta a la finalidad específica de la ayuda pública supondrá incorporar un subsistema dentro del sistema general, que tendrá como beneficiarios a las organizaciones sindicales más representativas, que normalmente ejercen las funciones específicas subvencionadas. La acreditación, en estos casos, de los gastos derivados de estas acciones será fundamental, de tal manera que esta financiación pública directa específica dará lugar a mayores mecanismos de control administrativo que los derivados de la financiación general. Lahera Forteza; Landa Zapiraín (2017). «La financiación pública de los sindicatos: fundamentación jurídica y alternativas».
- 34 *Vid.* Torres Pérez (2011). *La projecció de la potestat subvencional sobre la distribució competencial*.
- 35 *Vid.* Informe 12/2017 de la Sindicatura de Cuentas.
- 36 Además, los títulos competenciales expresados en este apartado parecen suficientes para prevenir o neutralizar la voluntad y filosofía de la LRSAL de evitar el gasto local más allá de las competencias propias y de las delegadas. *Vid.* art. 7.4 LBRL.
- 37 Así lo corrobora la Recomendación 2/2017 de la Agencia de Transparencia.
- 38 Franch i Saquer (2009) «L'activitat de foment a l'Administració local: la subvenció», p. 537.



Torrelles de Llobregat.  
Catalunya en Miniatura  
© KIM MANRESA

# OBJETIVO FINAL: LA CULTURA DE LA INTEGRIDAD

FAROS

Cumplimos diez años. En noviembre de 2008 la Ley de la Oficina Antifraude de Cataluña fue aprobada por el Parlamento de Cataluña. Somos una agencia anticorrupción pionera en todo el Estado español. Nuestros representantes electos supieron responder anticipadamente a la demanda de una sociedad civil que en los últimos años ha situado la corrupción como uno de los principales problemas. Este fenómeno se ha convertido en protagonista de la vida pública, y ha ocupado portadas de periódicos y minutos informativos de todos los medios de comunicación e hilos eternos de discusión en las redes sociales. En una década, este fenómeno ha pasado a formar parte de la vida pública, y debería pasar a formar parte de la agenda pública de cualquier gobernante en forma de estrategias y planes contra esta lacra social. Unos planes que, en estos momentos —hay que subrayarlo—, son sectoriales y están desconectados de una estrategia global.

En este contexto, para combatir de manera eficaz este «fenómeno maligno», tal como lo define la Convención de las Naciones Unidas, no solo hay que contar con el rechazo de la sociedad, sino también nos hace falta su implicación en la cultura de la integridad. La lucha contra la corrupción no necesita solamente a los poderes públicos, sino también al sector privado y a la sociedad civil.

Intento explicar el conformismo de las afirmaciones de varios estudiosos que nos recuerdan que se han producido casos de corrupción a lo largo de toda la historia, en todos los ámbitos geográficos y en todo tipo de regímenes políticos. A esta constatación se suma la afirmación de que donde hay personas, hay riesgo de corrupción. Estas afirmaciones son irrefutables; ahora bien, no deben servirnos para caer en la inacción y para aceptar que es un fenómeno inevitable, ya que, si nos situásemos en tal actitud pesimista, perpetuaríamos el *statu quo* actual.

FAROS

Cada día miles de servidores públicos actúan con la más estricta rectitud y ética profesional. Ahora bien, no podemos negar que allí donde hay capacidad decisoria y recursos públicos hay riesgo de que alguien abuse. En la Oficina Antifraude entendemos que abordar los riesgos transforma la manera de ver el fenómeno y enfoca las políticas públicas hacia la prevención y la gestión de los riesgos. Una vez asumido que este riesgo se puede producir, se identifica la probabilidad de que suceda, se toman medidas para reducirla y, finalmente, se planifican acciones para minimizar las consecuencias si se acaba produciendo.

Prevenir significa administrar riesgos. Hoy es una exigencia de buena gobernanza que la totalidad del sector público asuma que la concurrencia de poder de decisión y de acceso a recursos públicos crea las condiciones para que sea posible que alguien abuse de ese poder para la obtención de un beneficio particular. Limitarnos a confiar en que a nosotros no nos pasará ya es una manifestación de mala administración. Por este motivo, las estrategias de prevención deben ser incorporadas

necesariamente a la agenda directiva de nuestras instituciones de una manera global y coordinada entre todos los actores implicados.

Prevenir la corrupción pasa, necesariamente, por gestionar estos riesgos. Si los identificamos, evaluamos y los tratamos adecuadamente, iremos a la raíz del problema, a las debilidades estructurales que facilitan la corrupción. Me atrevo a pronosticar que llegará el día en que este ejercicio será obligado normativamente, como ha sucedido, por ejemplo, con la seguridad y la salud en el trabajo.

Sin embargo, tenemos que preguntarnos si con la prevención de la corrupción es suficiente. Si es suficiente para garantizar la integridad institucional. ¿Qué pasa con aquellas conductas que no son actos de corrupción pero son contrarias a la norma o a los principios y valores que inspiran una institución pública?

Y aquí es donde entra el concepto de integridad institucional. El auténtico objetivo que hay que perseguir es lograr organizaciones íntegras. Son

estas las que pueden garantizar a la ciudadanía que usan sus potestades y recursos para los fines para los cuales fueron creadas.

La integridad es la coherencia y consistencia entre lo que hacemos y los valores, principios y normas que rigen una determinada institución en la consecución del interés general. El marco jurídico es, por supuesto, un mínimo ineludible, pero no lo es todo. La ética pública exige que las decisiones que se toman sean respetuosas y tengan en cuenta a los demás, y eso no se alcanza solo sujetándose a la letra de las normas; hace falta algo más. Y es que las amenazas a la integridad presentan manifestaciones tan diversas como la corrupción, el fraude, las irregularidades o las conductas impropias.

Así, pues, el objetivo final tiene que ser fomentar la integridad en el seno de las instituciones públicas empleando las herramientas de prevención como un medio disuasivo. De hecho, la Oficina Antifraude apuesta por el modelo denominado «sistema de integridad pública», el cual se basa

en tres ejes: una cultura ética organizativa, profesionalidad en su gestión pública y prevención de riesgos para la integridad.

El grado de integridad de una institución pública es el resultado del trabajo diario de todas las personas que forman parte de ella y/o trabajan para ella. Todas sin excepción son las responsables de dar coherencia a los valores, las normas, los principios y, evidentemente, la integridad institucional del ente.

Solo con un modelo de integridad institucional, que debe formar parte indisociable de un plan global de lucha contra la corrupción, podremos acercarnos a estándares de países europeos en los cuales nos miramos, como Dinamarca o Finlandia. Y es que las organizaciones con altos niveles de integridad no solo reducen la probabilidad de casos de corrupción, que es nuestro objetivo final, sino que también son más eficientes y sirven mejor a los ciudadanos.

*Miguel Ángel Gimeno*



Sant Adrià de Besòs. Apoyo para  
madres adolescentes en el Centre  
Matern Infantil de la Mina  
© KIM MANRESA

# MADRES ANTES DE TIEMPO

En el centro de maternidad adolescente de la Mina, Kim Manresa retrata a tres madres que entretienen a sus hijos. El fotógrafo capta el instante preciso en que los cuerpos de los bebés ocultan el rostro de las madres. Detrás de esta sensibilidad artística a la hora de garantizar su anonimato hay un elemento simbólico: el nacimiento de estas criaturas también ha tapado la identidad de estas chicas en su ámbito más cotidiano. De ahora en adelante, en sus vidas, lo que las singulariza por encima de cualquier otro hecho es haber sido madres antes de tiempo. Madres que no tendrían que serlo. Eso determinará su presente y su futuro. No solo por tener que sacar adelante a un hijo, sino también por cómo la maternidad las absorberá en el resto de ámbitos de su vida en un bucle del cual es muy difícil salir.

Entre el 60 y el 90% de los embarazos en chicas adolescentes no son deseados ni han sido programados. Hay variaciones en esta estadística porque depende del entorno socio-cultural analizado. Cada año, en

Cataluña unas 1.200 chicas son madres antes de los diecinueve años, y alrededor de una veintena, antes de los quince. Las consecuencias del embarazo en esta etapa vital en que las niñas aún están en proceso de desarrollo físico, psicológico y emocional causan efectos adversos sobre su salud y la de sus bebés. Asimismo, tienen repercusiones negativas en el ámbito social y económico y, sobre todo, en su educación. En la mayoría de los casos, las madres no terminan la escolaridad obligatoria. La maternidad reduce radicalmente sus posibilidades laborales y, por tanto, se vuelven más vulnerables: aumenta su nivel de pobreza y el riesgo de exclusión social y dependencia.

Pese a que se les pone al alcance la posibilidad de interrumpir el embarazo, incluso de una manera demasiado cruda y traumática, muchas chicas —en Cataluña, la gran mayoría de origen latinoamericano— deciden seguir adelante con el embarazo. Son adolescentes que no tienen ningún proyecto vital y

de repente aparece uno que parece ilusionante: la maternidad en el sentido más naíf, el de cuidar de un bebé angelical, el de volverse importante para aquella personita y el de asumir una responsabilidad llena de nobleza. Incluso lo ven como garantía de una estabilidad personal. Son, por primera vez, las protagonistas en la vida de alguien. Ven en el hecho de ser madres algo que por fin da sentido a su existencia. Pero el camino que se encontrarán estará lleno de dificultades.

Vivimos en una sociedad que favorece la precocidad en las relaciones sexuales. Los referentes sociales y mediáticos de las niñas y adolescentes las hacen crecer de prisa en actitudes, comportamientos y estética. Viven a remolque de los patrones más tradicionales. Anhelan, seguramente con demasiada prisa, una relación de pareja porque a menudo es lo único que les hace sentirse aceptadas o les atribuye un papel claro, porque la sociedad no ha sabido ofrecerles otros. En todo ello, se mezclan los instintos más primarios que brotan en los adolescentes: la sensación de invulnerabilidad ante del peligro, la gratificación inmediata,

la curiosidad por experimentar nuevas vivencias estimulantes. Son chicas que no han aprendido a discutir ni a negociar en el ámbito de la afectividad y la sexualidad.

La maternidad trastoca brusca-mente su cotidianidad. Tener un hijo a estas edades no deja de ser una crisis que se superpone a otra crisis: la de la adolescencia. Es una falacia que la maternidad las dote de una madurez repentina que las transporta automáticamente a la edad adulta. No dejan de ser quienes son. El exceso de emotividad, la acentuación de los conflictos no resueltos con anterioridad, la inmadurez y las inseguridades siguen estando allí. Y también las ganas de salir, de divertirse, de alejarse del nido familiar. El embarazo cambiará su presente y su futuro, pero no para mejor.

No es que no quieran a sus hijos, pero son un vínculo que dificulta su integración y su desarrollo. Hay que tener en cuenta que a menudo provienen de contextos familiares desestructurados, de ambientes desfavorecidos, que no les ofrecen la ayuda que necesi-

tan. Las comadronas de los centros de maternidad para adolescentes acaban actuando como terapeutas que les asesoran a la hora de gestionar su nueva vida: facilidades para seguir estudiando, recomendaciones en sus líos de pareja y ayuda para establecer vínculos con algunas instituciones para que las acompañen en este proceso. Los centros de maternidad les enseñan a hacer de madres, pero cuesta aprender lo que quizás no has experimentado nunca en casa si el entorno del que provienes es tan inestable como el que acabas de crear.

Se ha comprobado que si las adolescentes pueden hablar con sus médicos y enfermeras sobre aspectos íntimos, también es más fácil que empiecen a hacerlo con la pareja. Por lo tanto, hay que establecer una red de prevención más eficaz en adolescentes de riesgo. Hay que innovar en educación sexual en todos los ámbitos, porque hasta ahora, en esta historia, ha habido unos implicados que son invisibles: los padres. La mayoría de las madres adolescentes acaban siendo también madres solteras. Y muchas se lamentan de que después se sienten re-

chazadas a la hora de establecer nuevos vínculos sentimentales: la mochila de una criatura asusta.

Las protagonistas son ellas, las madres de la foto. Las que un mediodía de verano están en un centro de maternidad con las criaturas en el regazo. Las que asumen un rol antes de tiempo sin ser conscientes del camino que eligen. Aquellas sobre las cuales se carga la responsabilidad de la contracepción. Las que tienen que tomar una decisión. Las que se sienten prácticamente obligadas a detener el resto de facetas de su vida. Las que tienen que mantener a un hijo y educarlo. Las que sienten la desaprobación de una sociedad que las empujó a hacerse mayores y después las rechaza. Al preguntar a una madre adolescente por su futuro y el de su hijo, solo supo decir: «Cuando yo tenga treinta años, él tendrá quince». Y este hecho tan irrelevante en un proyecto vital es su ilusión. Cuando tenga treinta, ¿podrá educar a otro adolescente?

*Mònica Planas*



## COLABORADORES

En este número han colaborado

***Pau Bossacoma Busquets*** es licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Pompeu Fabra. Obtuvo un máster en Ciencias Jurídicas y un doctorado en Derecho por la misma universidad. Ha cursado estudios jurídicos en la Universidad de Leicester. Ha sido investigador visitante en la escuela de Derecho de la Universidad de Edimburgo. Es autor de varios libros, capítulos y artículos académicos. Es profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra y mantiene vinculación con el área de Derecho Administrativo. Ha sido miembro del Instituto de Estudios Autonómicos y asesor de la Generalitat de Cataluña. Asimismo, ha asesorado varios grupos parlamentarios y diputados de los parlamentos catalán, español y europeo. Ha colaborado en la defensa de casos ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

***Gemma Calvet*** es abogada, máster en Políticas Sociales y Derechos Humanos por la Universidad de Barcelona y postgrado en Derecho Diplomático por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Actualmente es directora de la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona (AMB). Desde 1991, ha ejercido como profesional de la abogacía y la consultoría en los ámbitos del derecho penal y los derechos humanos. Fue diputada independiente en el Parlamento de Cataluña, donde fue ponente de la Ley de Transparencia. Es autora de varios libros y ha colaborado durante más de catorce años en varios medios de comunicación. Es miembro de la Asociación de Abogados Europeos Demócratas.

***Jordi Duró*** es diseñador gráfico. Ha trabajado en EEUU, en los prestigiosos estudios de Louise Fili y, más tarde, como colaborador en Pentagram dentro del equipo de Paula Scher. Cofundador de la revista Scope, es fundador y director creativo del estudio de diseño y branding Duró. Actualmente también es profesor de la Universidad Pompeu Fabra y de la Escola Eina. Ha sido vicepresidente de la Asociación de Directores de Arte y Diseñadores Gráficos del Fomento de las Artes y del Diseño (ADG-FAD). Desde la fundación del diario *Ara*, tiene su propia sección de opinión gráfica.

***Miguel Ángel Gimeno*** es licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona con un postgrado en Derecho Civil Catalán de la Universidad Abierta de Cataluña. Ingresó en la carrera judicial en diciembre de 1982, en la que ha ejercido numerosas responsabilidades como juez y magistrado, entre ellas presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) de 2010 a 2015. En julio de 2016 fue nombrado director de la Oficina Antifraude de Cataluña. Ha compatibilizado la carrera judicial con la docencia en la Escuela de Policía de Cataluña, en la Universidad Autónoma de Barcelona, en la Universidad de Barcelona y en el Ilustre Colegio de Abogacía de Barcelona. También ha sido ponente en múltiples jornadas, conferencias y cursos y es autor de diversas publicaciones especializadas.

**Kim Manresa** es un fotógrafo europeo. Ha utilizado la fotografía como herramienta para la denuncia social. Ha ganado numerosos premios, y sus reportajes sobre la prostitución infantil, la pobreza y la ablación han generado gran interés y una nueva visión sobre estos problemas. Su reportaje «El día que la Kadi va perdre part de la seva vida» ha sido seleccionado por la agencia Associated Press como uno de los cien mejores reportajes del siglo XX. Autor de más de 30 libros, algunos de los cuales han sido publicados en varias lenguas (catalán, castellano, euskera, portugués, francés, inglés, árabe, turco y coreano).

**Marc Molins Raich** es doctor en Derecho y ejerce como abogado especializado en derecho penal económico, en probática y en el derecho procesal penal. Ha tenido ocasión de defender personas físicas y jurídicas, de carácter público y privado, y en toda clase de procedimientos judiciales. Asimismo, complementa el ejercicio profesional de la abogacía con la apuesta por una formación continuada, lo que se traduce en la publicación de múltiples artículos doctrinales en revistas y libros especializados, en la participación de foros y debates doctrinales, así como en el establecimiento de un vínculo docente continuado con la Facultad de Derecho y con los organismos encargados de la formación de nuevos letrados.

**Mònica Planas** es periodista freelance y crítica de televisión. Actualmente colabora con los periódicos *Ara* y *El Mundo Deportivo*. Ha trabajado en Catalunya Ràdio, RAC1, TV3 y ha colaborado en 8tv, *Avui*, *La Vanguardia*, *Sàpiens* y *El Món d'Ahir*, entre otros medios. Ha ejercido durante diez años de profesora de Periodismo en la Universidad Ramon Llull. En 2015 recibió el Premio de Comunicación no Sexista, otorgado por la Asociación de Mujeres Periodistas.

**Ester Pujol** es historiadora de formación y editora de profesión. Ha sido editora de Columna Edicions y directora editorial de Grup 62 (de 2011 a 2014). Actualmente es asesora editorial y colabora en Catalunya Ràdio y RAC 1. Es directora editorial de la división Llibreries de Enciclopèdia Catalana.

**Begoña Román Maestre** es profesora en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Barcelona. Es miembro del grupo consolidado de investigación de la Generalitat de Cataluña Aporia: Filosofía contemporánea, Ética y Política. Es presidenta del Comité de Ética de Servicios Sociales de Cataluña y vocal del Comité de Bioética de Cataluña. Sus principales líneas de investigación son la bioética, la ética de las organizaciones y Administraciones Públicas y la ética aplicada a la intervención social.

**Francesc Torralba** es doctor en Filosofía por la Universidad de Barcelona (1992) y doctor en Teología por la Facultad de Teología de Cataluña (1997). Actualmente es director de la Cátedra Ethos de la Universidad Ramon Llull y presidente de distintos comités de ética. Es miembro de la Junta Directiva de Aldeas Infantiles SOS y miembro de número de la Real Academia Europea de Doctores. Su obra filosófica, traducida a más de siete lenguas, incluye más de un centenar de títulos. Su último libro es *Mundo volàtil* (Kairós).

# SUMARIO

## PRESENTACIÓN

**El refuerzo de la integridad pública** 3

## INTRODUCCIÓN

**El muro de la transparencia** 7

*Gemma Calvet Barot*

**Código ético y de conducta para los altos cargos del AMB  
y entidades vinculadas** 11

## FAROS

**Cuidar de las instituciones** 19

*Begoña Román Maestre*

**Ética, cosmética y credibilidad** 23

*Francesc Torralba*

## NUESTROS PILARES

**Guía de identificación y prevención de riesgos penales del  
AMB y sus entidades asociadas y dependientes** 27

*Marc Molins Raich*

**La financiación metropolitana de grupos políticos, partidos  
políticos y sindicatos** 67

*Pau Bossacoma Busquets*

## FAROS

**Objetivo final: la cultura de la integridad** 107

*Miguel Ángel Gimeno*

**Madres antes de tiempo** 111

*Mònica Planas*

**Colaboradores** 115

# LUX BARCELONA

Luz (del latín *Lux, lucis*). «Agente físico que es una de las formas de energía, capaz de impresionar los órganos de la vista y que permite ver los cuerpos.»

Esta revista, promovida por la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, pretende ser un espacio de encuentro para la reflexión y la generación de materiales útiles para el buen gobierno, consciente de que es una prioridad trabajar por un humanismo contemporáneo que adopte los retos que se plantean en las democracias del s. XXI. Las políticas públicas deben llegar hasta las raíces para garantizar el futuro de una sociedad ética y justa, y la administración pública metropolitana, como herramienta de gobernanza para las ciudades, no puede ignorar la regeneración democrática. Con la voluntad de liderarla, este conjunto de textos pretenden aportar luz y revitalizar la idea de la buena gobernanza que iluminó el mundo durante la Ilustración.

La directora de la Agencia de Transparencia, **Gemma Calvet**, abre este segundo volumen de la revista *Lux Barcelona* con una reflexión sobre los obstáculos que la burocracia, las inercias administrativas y las dificultades en la colaboración público-privada representan para la transparencia, y sobre cómo puede contribuir a superar dichos obstáculos el *Código ético y de conducta para los altos cargos del AMB y entidades vinculadas*, que se reproduce íntegramente en este mismo número.

Además del *Código ético*, que es el documento básico para el buen gobierno, este volumen contiene dos pilares relevantes en el mismo sentido, la *Guía de identificación y prevención de riesgos penales del AMB y sus entidades asociadas y dependientes*, a cargo de **Marc Molins Raich**, y la reflexión de **Pau Bossacoma i Busquets** sobre *La financiación metropolitana de grupos políticos, partidos políticos y sindicatos*.

Completan la revista *Lux Barcelona* cuatro miradas que, bajo el epígrafe de «Faros», invitan a la reflexión desde un punto de vista humanístico. En este segundo volumen, la luz de los faros la aportan **Begoña Román**, **Francesc Torralba**, **Miguel Ángel Gimeno** y **Mònica Planas**. Asimismo, la mirada fotográfica de **Kim Manresa** y las ilustraciones del opinador gráfico **Jordi Duró** enriquecen la visión global que busca la revista.