Morositat en el sector públic local (novetats en el règim de responsabilitats)*

Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes
Magistrat especialista en Contenciós Administratiu i Fiscal, en excedència.
Advocat
santi.milans@cuatrecasas.com

1. Morositat i transparència en el sector públic local
1.1. Normativa administrativa
1.2. Responsabilitats
1.3. Infraccions en matèria de gestió economicopressupostària
1.4. Infraccions disciplinàries
1.5. Prevaricació
1.6. Malversació
1.7. Estafa
1.8. Falsedat comptable
2. Algunes qüestions entorn de la responsabilitat penal de l'empleat públic i de l'empresa pública
2.1. Actuació en nom d'un altre
2.2. Omissió
2.3. Persones jurídiques
2.4. Conflictes d'interès

Resum

Aquest treball, partint del problema de l'incompliment o del compliment defectuós de les obligacions dineràries on l'estat actual de crisi econòmica ha situat la societat espanyola –també les administracions públiques–, tracta dos temes fonamentals, segons el parer de l'autor, que, ben tractats, coadjuvarien a sortir d'aquesta situació provocada per la crisi de valors en les relacions (socials, comercials, financeres, etc.) i l'opacitat de l'Administració, com són els codis d'ètica i de bon govern (objecte d'una ponència al Seminari de dret local de 2012) i la Llei de transparència administrativa, en els quals, amb lleialtat institucional, facin sentir-se al ciutadà com a partícip, almenys amb coneixement, de la *res publica* i la seva administració.
El treball tracta també del tipus de responsabilitat –corporativa i personal– nuada a l'incompliment de les obligacions pressupostàries i comptables amb incidència en les responsabilitats disciplinàries i penals, tant per a les persones físiques com, les segones, també per a les empreses públiques, i en els conflictes d'interès que sorgeixen en defensa i representació de les anteriors davant els tribunals de justícia.

Paraules clau: *morositat sector públic; endeutament local; estabilitat pressupostària; sostenibilitat financera; responsabilitats obligacions pressupostàries i comptables; transparència, accés a la informació i bon govern; infraccions disciplinàries; prevaricació; malversació; responsabilitat penal empleat públic; responsabilitat penal empresa pública; conflictes d'interès.*

* Ponència presentada al Primer Seminari del *Cicle de seminaris d'actualització jurídica local Josep Maria Esquerda 2013*, organitzat des de la Diputació de Barcelona en col·laboració amb l'Escola d'Administració Pública de Catalunya i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, i celebrat a Barcelona, el 25 de gener de 2013.

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local

Delay in payment in the local public sector (changes in the accountability regime)

Abstract

The economic and financial crisis has created an important problem related to the breach or defective compliance with financial obligations in the Spanish society in general and particularly in the Public Administration. This article deals with two fundamental topics that may help to overcome the crisis of values in the relationships (social, commercial, financial, etc.) and the opacity of the Administration: the Ethical and Good Governance Codes (discussed in the Seminar of Local Law of 2012) and the Administrative Transparency legislation. Thanks to these tools and also with the due respect to the principle of institutional loyalty, citizens will be sufficient informed and be able to participate in the res publica *and the Public Administration affairs.*
This article also deals with administrative and criminal accountability –corporative and personal, involving both individuals and public companies– that derives from the breach of budget and accounting obligations and conflicts of interests between them and courts.

Keywords: *delay in payment in the local public sector; debt of local Administration; budget stability; financial sustainability; budget and accounting obligations; transparency, access to information and good government; administrative sanctions; corruption practices; misappropriation; criminal accountability of civil servants; criminal accountability of public companies; conflicts of interests.*

1. Morositat i transparència en el sector públic local

"Es constitueixen en mora els obligats a lliurar o a fer alguna cosa des que el creditor els exigeixi judicialment o extrajudicialment el compliment de l'obligació." De la definició donada per l'article 1100 del Codi civil podem extreure que la morositat és l'estat en què es troba el deutor requerit per al compliment d'una obligació, que, en el cas d'aquest treball, es refereix al derivat de l'obligació de pagament per part de l'Administració local i les seves empreses públiques, és a dir, aquelles en què les entitats locals puguin exercir, directament o indirectament, una influència dominant per raó de la propietat, de la participació financera o de les normes que les regeixen.

Així les coses, ens referirem a la morositat per l'endeutament de l'entitat local –i les seves empreses– que no pot complir les seves obligacions de pagament en el temps pactat,[1] que sol tenir l'origen en la pràctica de contreure obligacions al marge del pressupost. Fet i fet, si això té lloc per aquestes raons, no deixa de ser, per molt que es jugui al nom amb normativa pressupostària i comptable, un cas de "frau pressupostari" i, en suma, d'ocultació de l'endeutament públic local, el que és simptomàtic, un cop més, de la manca de transparència en el sector públic i de la transgressió a la normativa pressupostària i comptable.

1.1. Normativa administrativa

En aquesta matèria adquireixen una singular importància els canvis legislatius que han tingut lloc últimament o anunciats com a propers.

La Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, estableix els principis rectors que vinculen tots els poders públics, als quals s'haurà d'adequar la política pressupostària del sector públic orientada a l'estabilitat pressupostària i la sostenibilitat financera, com a garantia del creixement econòmic sostingut i la creació d'ocupació.

Així mateix, s'estableixen els procediments necessaris per a l'aplicació efectiva dels principis d'estabilitat pressupostària i de sostenibilitat financera, en què es garanteix: la participació dels òrgans de coordinació ins-

1. En aquest treball no ens referirem als casos d'insolvències de l'Administració en relació amb l'execució de sentències, que van ser objecte d'exposició en aquest mateix Seminari l'any passat. *Vid.* Paricio Rallo, Eduardo, "La insolvència de l'Administració. Execució judicial de deutes públics", *Quaderns de Dret Local* (*QDL*), núm. 30, octubre de 2012.

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local

titucional entre les administracions públiques en matèria de política fiscal i financera; l'establiment dels límits de dèficit i deute, els casos excepcionals en què es poden superar i els mecanismes de correcció de les desviacions; i els instruments per fer efectiva la responsabilitat de cada administració pública en cas d'incompliment, en desplegament de l'article 135 de la Constitució espanyola i en el marc de la normativa europea.

La Llei anterior remarca el principi de transparència i lleialtat institucional, que ja va tenir una regulació important en referència a les relacions financeres entre les administracions públiques estatals, autonòmiques o locals, i les empreses públiques en la Llei 4/2007, de 3 d'abril, de transparència financera,[2] que té per objecte garantir la transparència per mitjà del subministrament d'informació sobre la posada a disposició de fons, directament o indirectament, per part de les administracions públiques a aquestes empreses, així com la seva motivació i utilització efectiva en la gestió d'un servei d'interès econòmic general o la realització d'activitats en virtut de la concessió de drets especials o exclusius a qualsevol empresa, quan aquesta realitzi a més altres activitats diferents de les anteriors, actuï en règim de competència i rebi qualsevol tipus de compensació pel servei públic, tot això amb l'objectiu fonamental d'evitar els abusos de posició dominant per part de les empreses que tinguin concedits drets especials o exclusius, o que es trobin encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general, i al mateix temps rebin qualsevol tipus de compensació pel servei públic, i que realitzin també altres activitats.

A part d'això, en l'actualitat s'està tramitant l'elaboració d'una nova llei de transparència, publicada com a Projecte de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que va ser aprovat pel Consell de Ministres de 27 de juliol de 2012,[3] al qual farem referència per la introducció del règim sancionador lligat a l'incompliment de les mesures que s'indiquen.

I pel que fa a la morositat en el pagament de les seves obligacions econòmiques per part de les entitats locals i les seves empreses –i també la resta del sector públic–, la novetat legislativa la constitueix la reforma de la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat,[4] que ha dut a terme la Llei 15/2010, de 5 de juliol. L'article 3 de la Llei de lluita contra la morositat recull l'àmbit d'aplicació d'aquesta norma, incloent-hi "tots els pagaments efectuats com a contraprestació en les operacions comercials realitzades entre empreses, o entre empreses i l'Administració, de conformitat amb el que disposa la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, així com les realitzades entre els contractistes principals i els seus proveïdors i subcontractistes".

La remissió a la Llei 30/2007, de contractes del sector públic, cal entendre-la efectuada al text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, que deroga l'anterior, l'article 3 del qual ("Àmbit subjectiu") estableix que, als efectes d'aquesta Llei, es considera que formen part del sector públic els ens, organismes i entitats següents:

"a) L'Administració General de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes i les entitats que integren l'Administració local.

"b) Les entitats gestores i els serveis comuns de la Seguretat Social.

"c) Els organismes autònoms, les entitats públiques empresarials, les universitats públiques, les agències estatals i qualssevol entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculades a un subjecte que pertanyi al sector públic o que en depengui, incloent-hi les que, amb independència funcional o amb una autonomia especial reconeguda per la Llei, tinguin atribuïdes funcions de regulació o control de caràcter extern sobre un determinat sector o activitat.

"d) Les societats mercantils en el capital social de les quals la participació, directa o indirecta, d'entitats de les esmentades a les lletres a) a f) d'aquest apartat sigui superior al 50 per 100.

"e) Els consorcis dotats de personalitat jurídica pròpia als quals es refereixen l'article 6.5 de la Llei 30/1992,

2. La dita Llei 4/2007 transposa al nostre ordenament jurídic la Directiva 2006/111/CE de la Comissió, de 16 de novembre de 2006, relativa a la transparència de les relacions financeres entre els estats membres i les empreses públiques, així com a la transparència financera de determinades empreses.

3. Publicat en el Butlletí Oficial de les Corts Generals (Congrés dels Diputats) núm. 19-1, de 7 de setembre de 2012.

4. La dita Llei 3/2004 incorpora al nostre dret intern la Directiva 2000/35/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 29 de juny de 2000, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials, i ha estat, com s'ha avançat, parcialment modificada. Al seu torn, cal tenir en compte que la Directiva 2000/35/CE ha estat derogada a partir del 16 de març de 2013 per l'article 13 de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrer de 2011, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.

de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i la legislació de règim local.

"f) Les fundacions que es constitueixin amb una aportació majoritària, directa o indirecta, d'una o diverses entitats integrades al sector públic, o el patrimoni fundacional de les quals, amb un caràcter de permanència, estigui format en més d'un 50 per 100 per béns o drets aportats o cedits per les entitats esmentades.

"g) Les mútues d'accidents de treball i malalties professionals de la Seguretat Social.

"h) Qualssevol ens, organismes o entitats amb personalitat jurídica pròpia, que hagin estat creats específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que un o diversos subjectes pertanyents al sector públic en financin majoritàriament l'activitat, en controlin la gestió, o nomenin més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.

"i) Les associacions constituïdes pels ens, organismes i entitats esmentats a les lletres anteriors."

La Llei 15/2010, de 5 de juliol, modificadora de la del 2004, de mesures de lluita contra la morositat, regula en l'article 4 els mecanismes d'informació trimestral sobre el compliment del termini per al pagament de les obligacions del sector públic, a fi d'assegurar la transparència de l'actuació i la seva eficàcia, objectius d'aquesta reforma que estableixen per a les administracions públiques l'obligació de promoure l'elaboració de codis de bones pràctiques comercials, així com l'adopció de sistemes de resolució de conflictes per mitjà de la mediació i l'arbitratge (sent d'adscripció voluntària per part dels agents econòmics).

1.2. Responsabilitats

És important per acabar amb el llast de la morositat complir amb les obligacions pressupostàries i comptables i, al mateix temps, donar una resposta efectiva als incompliments per mitjà d'un règim efectiu de responsabilitat personal a més de la pública per a l'entitat local –i la resta d'administracions–.

Respecte a la responsabilitat pública, ja l'article 8 de la Llei d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera estableix que "Les administracions públiques que incompleixin les obligacions contingudes en aquesta Llei, així com les que provoquin o contribueixin a produir l'incompliment dels compromisos assumits per Espanya d'acord amb la normativa europea, han d'assumir en la part que els sigui imputable les responsabilitats que de tal incompliment s'hagin derivat", per mitjà d'un procés en el qual es garantirà, en tot cas, l'audiència de l'Administració o entitat afectada.

Però a part de les mesures coercitives o de compliment forçós que preveu la Llei anterior, dirigides a l'Administració incomplidora, hi ha una responsabilitat personal en l'autoritat o el funcionari per l'incompliment –o el compliment defectuós– de les seves obligacions, entre les que s'inclouen les establertes en la normativa de lluita contra la morositat en les operacions comercials.

La responsabilitat administrativa de l'autoritat o del funcionari incomplidor per dol o negligència, està previst que es reguli en el text de la Llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern –actualment[5] en fase de Projecte, en discussió parlamentària–, que recull un quadre d'infraccions en matèria de conflictes d'interessos, gestió economicopressupostària (molt greus) i disciplinàries (greus i lleus), tot això sense perjudici de la possibilitat d'altres tipus de responsabilitat, entre els que cobra especial importància la responsabilitat comptable i la penal, tant en l'elaboració o aprovació del pressupost públic, contravenint expressament la llei, com en la realització de transaccions o operacions comercials que hagin estat fruit de l'engany derivat d'una pràctica que, d'acord amb la llei, es creia acord als principis de transparència i confiança legítima, no sent-ho en realitat per la conducta maliciosa o desídia de l'autoritat o empleat públic, que incompleix les obligacions legals amb afectació a béns protegits juridicopenalment. Així les coses, no és descartable, com la pràctica forense està mostrant, que en aquest àmbit puguin tenir cabuda diversos tipus penals, principalment la prevaricació, la malversació, l'estafa i la falsedat comptable.

1.3. Infraccions en matèria de gestió economicopressupostària

Pel que fa a les infraccions en matèria de gestió economicopressupostària, l'article 25 del Projecte de llei de transparència recull com a infraccions "molt greus"

5. Aquest text ha estat escrit el 21 de març de 2013.

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local

una sèrie de conductes, entre les que cal destacar, als efectes d'aquest treball, les següents: (i) la incursió en dèficit comptable o malversació en l'administració dels fons públics; (ii) l'administració dels recursos i altres drets de la Hisenda pública sense subjecció a les disposicions que en regulen la liquidació, recaptació o ingrés al Tresor; (iii) els compromisos de despeses, reconeixement d'obligacions i ordenació de pagaments sense crèdit suficient per realitzar-los o amb infracció del que disposa la Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària, o la de pressupostos o altra normativa pressupostària que sigui aplicable; (iv) l'incompliment deliberat de les obligacions establertes en la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera; (v) la no-formulació del pla economicofinancer i del pla d'equilibri exigit per la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril; i (vi) l'incompliment deliberat i injustificat de les obligacions de subministrament d'informació o de justificació de desviacions en el compliment de mesures i plans previstos a la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril.

1.4. Infraccions disciplinàries

Per la seva banda, les infraccions disciplinàries previstes en aquest Projecte de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern, es tipifiquen en infraccions molt greus, infraccions greus i infraccions lleus.

Pel que interessa a aquest treball, són infraccions molt greus: i) l'adopció d'acords manifestament il·legals que causin un perjudici greu a l'Administració o als ciutadans; ii) l'incompliment notori de les funcions essencials inherents al lloc de treball o funcions encomanades; i iii) la prevalença de la condició d'alt càrrec per obtenir un benefici indegut per a si o per a un altre. Per la seva banda, es tipifiquen com a infraccions greus en el Projecte de llei de transparència: i) l'abús d'autoritat en l'exercici del càrrec; ii) l'emissió d'informes i l'adopció d'acords manifestament il·legals quan causin un perjudici, a l'Administració o als ciutadans, i no constitueixin una infracció molt greu; iii) no guardar el sigil degut respecte als assumptes que es coneguin per raó del càrrec, quan causin un perjudici a l'Administració o s'utilitzin en profit propi; i iv) haver estat sancionat per la comissió de tres infraccions lleus en el termini d'un any.

Com es pot apreciar, moltes de les infraccions previstes poden encaixar en els supòsits dels tipus penals indicats i en altres infraccions previstes en normes especials. Per això el Projecte al·ludit estableix en l'article 27 que quan les infraccions puguin ser constitutives de delicte, l'Administració posarà els fets en coneixement del fiscal general de l'Estat i s'abstindrà de seguir el procediment mentre l'autoritat judicial no dicti una resolució que posi fi al procés penal.

Alhora, quan els fets estiguin tipificats com a infracció en una norma administrativa especial, es donarà compte dels mateixos a l'Administració competent per a la instrucció del procediment sancionador corresponent, suspenent les actuacions fins a la terminació d'aquell, no considerant normativa especial la Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària, respecte de les infraccions previstes en l'article 25, podent-se tramitar el procediment de responsabilitat patrimonial simultàniament al procediment sancionador.

Tractarem tot seguit, davant la "col·lisió de tipificacions", alguns delictes típics que es podrien relacionar amb l'activitat pressupostària i mercantil del sector públic a l'atzar de la Llei de morositat.

1.5. Prevaricació

L'article 404 del Codi penal diu que comet prevaricació l'autoritat o el funcionari públic que, sabent-ne la injustícia, dicti una resolució arbitrària, és a dir, clamorosament no adequada a la legalitat, per un ús tendenciós del dret, en un assumpte administratiu.

Com recorda la sentència del Tribunal Suprem (Sala 2a) de 21 de maig de 2012, citant altres anteriors, "*[...] por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos*". En l'àmbit de la doctrina administrativa, la resolució comporta una declaració de voluntat, dirigida, en darrera instància, a un administrat per definir en termes executius una situació jurídica que li afecta. Així entesa, la resolució té caràcter, en el sentit que decideix sobre el fons de l'assumpte en qüestió. L'adopció d'una decisió d'aquest caràcter s'ha de produir d'acord amb un procediment formalitzat i observant, per tant, determinades exigències de garantia. Normalment, ja que l'acte resolutiu és vehicle d'una declaració de voluntat, haurà estat precedit d'altres actuacions dirigides a adquirir coneixement sobre el *thema decidendi*. Aquestes actuacions, que poden ser informes, propostes, etc., són preparatòries d'aquella

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local

decisió final. És freqüent que se'n parli com a "actes de tràmit", el que, com recorda l'alt Tribunal, "*[…] no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto. Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común impone a la Administración la obligación de 'dictar resolución expresa en todos los procedimientos' (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que 'a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán [...] informes'. Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de 'la resolución' como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al contenido de las resoluciones administrativas, dice que la resolución 'decidirá todas las cuestiones planteadas' y que la decisión será motivada*".

Segons el que s'ha exposat, és patent que el terme legal "resolució" de l'article 404 del Codi penal ha de ser integrat acudint a la normativa a què s'hi acaba d'al·ludir, que és la que regeix en el sector d'activitat estatal en què es desenvolupa l'actuació d'autoritats o funcionaris públics, que són les categories de subjectes previstos com a possibles autors del delicte –especial propi– de què es tracta.

D'altra banda, abunda en idèntica consideració la dada que el mateix precepte que s'acaba d'esmentar exigeix que la resolució, a més d'"arbitrària", perquè es pugui considerar típica, hagi estat dictada "sabent-ne la injustícia". D'on s'infereix que la mateixa ha d'estar dotada d'un cert contingut material. Aquest és el sentit en què s'ha manifestat la jurisprudència de la Sala Segona del Tribunal Suprem, de la qual resulta que, als efectes de l'actual article 404 del Codi penal, "resolució" és un acte de contingut decisori, que resol sobre el fons d'un assumpte, amb eficàcia executiva.

Podria cometre aquest delicte –en què no es reprèn la mera il·legalitat, sinó l'arbitrarietat– l'autoritat o el funcionari que ordeni o acordi l'assumpció d'obligacions econòmiques per a una administració, al marge del pressupost, sense que hi hagi prou crèdit, en contra dels informes o de les advertències pertinents o perquè en l'elaboració i execució dels pressupostos no es van aplicar amb serietat i rigor els principis bàsics del dret pressupostari. L'arbitrarietat ha de ser comesa per una autoritat o un funcionari que tingui capacitat per dictar resolucions administratives (o hagi cooperat a la seva consecució). Aquesta conducta ("frau pressupostari") –pot ser una acció positiva o per omissió– és la que constitueix l'autèntica xacra del sector públic autonòmic i local.

Si la despesa pública, sense crèdit pressupostari, no s'apunta ni tan sols en els llibres de comptabilitat, aquesta opacitat oficial no és més que la constatació d'una conducta al marge de la llei per part de tots els qui hi intervinguin, per acció o omissió, el que és especialment significatiu a la vista dels informes d'auditoria, dels principis comptables o dels dictats establerts en el nou Pla general de comptabilitat pública –aprovat per l'Ordre EHA/1037/2010, de 13 d'abril–, el que el dotaria d'un caràcter arbitrari propi de la prevaricació.

El delicte es pot referir també a la negativa a complir amb el deure d'informació, de promoure el Codi de bones pràctiques, de crear el registre de factures, de complir les obligacions de requeriment, de la prohibició de contreure obligacions al marge del pressupost, etc., el que és causant de l'endeutament, de la morositat i, al capdavall, de la desconfiança dels mercats, col·laboradors i víctimes de les crisis econòmiques.

1.6. Malversació

El Codi penal (CP) regula tres modalitats de malversació de cabals públics, segons es tracti de sostracció, distracció o dació d'una altra finalitat als fons públics.

L'article 432.1 CP tipifica el delicte de malversació, castigant "L'autoritat o el funcionari públic que, amb ànim de lucre, sostregui o consenti que un tercer, amb el mateix ànim, sostregui els cabals o efectes públics que tingui a càrrec seu per raó de les seves funcions". Aquest article ha de ser interpretat com a apropiació sense ànim de reintegrament equivalent a separar, extreure, treure o desposseir els cabals o efectes, apartant-los de la seva destinació o desviant-los de les necessitats del servei, per fer-los propis. En definitiva, es tracta de conductes en les que l'autoritat o el funcionari que té a càrrec seu els cabals per raó de les seves funcions, lluny de destinar-los al compliment de les atencions públiques previstes, els separa de les mateixes, i extraient-los del control públic, amb ànim de lucre els incorpora al seu patrimoni fent-los propis, o consent que un altre ho faci.

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local

Per la seva banda, l'article 433.1 castiga "L'autoritat o el funcionari públic que destini a usos aliens a la funció pública els cabals o efectes posats al seu càrrec per raó de les seves funcions". I, finalment, l'article 434.1 CP es refereix a "L'autoritat o el funcionari públic que, amb ànim de lucre propi o aliè i amb perjudici greu per a la causa pública, doni una aplicació privada a béns mobles o immobles que pertanyin a qualsevol administració o entitat estatal, autonòmica o local o organismes dependents d'alguna d'aquestes".

En les tres modalitats és comú el menyscabament o dany intencionat del patrimoni públic (diners, béns mobles amb valor econòmic o deutes que formen l'actiu patrimonial) precisament per part de l'autoritat o del funcionari que ostenta facultats –i obligacions– de vetllar-ne pel bon ús i finalitat, i no és necessari que hagin ingressat a l'erari públic, sinó que només cal que tinguin un dret expectant que se'ls atorgui aquesta destinació, entenent que el naixement de l'expectativa es produeix en el moment de la recepció dels cabals per part de l'autoritat o del funcionari, fonamentant aquest criteri en el fet que no seria lògic deixar a l'arbitri del subjecte responsable la qualificació dels béns com a cabal públic pel simple fet d'evitar-ne l'ingrés efectiu o la comptabilització real.

Com s'ha exposat, com a regla general, no es poden incloure com a objecte material del delicte de malversació els béns immobles, ja que aquesta interpretació suposaria desvirtuar el sentit de l'objecte material típic, llevat del cas del tipus que preveu l'article 434, que sanciona amb una pena de presó d'un a tres anys i inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic per un termini de tres a sis anys, l'aplicació privada tant de béns mobles com immobles, sempre que pertanyin a qualsevol administració o entitat estatal, autonòmica o local, o organisme dependent d'alguna d'aquestes, referència als immobles que ha estat introduïda *ex novo* en el nostre Codi penal, encara que només relativa a la malversació d'ús. En aquests casos, el verb "pertànyer" ha de ser interpretat en un sentit ampli, per no deixar impunes conductes essencialment iguals, per la qual cosa l'aplicació privada d'un immoble afecte a una destinació pública es cometrà tant si aquest és propietat de l'Administració com si el té simplement arrendat.

Si el funcionari s'ha valgut d'engany per dur a terme la malversació, és procedent aplicar un concurs de lleis de l'article 8 CP, entre el delicte de malversació i el d'estafa, condemnant pel primer; tanmateix, s'haurà d'apreciar un concurs ideal medial dels delictes quan s'hagi incorregut en prevaricació com a via per realitzar la malversació, o quan s'hagi comès una falsedat documental per poder practicar la malversació, cas en què, d'acord amb el que disposa l'article 77 CP, s'aplicarà en la meitat superior la pena prevista per a la infracció més greu, sense que pugui excedir la que representi la suma de les que correspondria aplicar si les infraccions es penessin separadament, encara que si la falsificació de documents ha estat un mecanisme per ocultar la malversació, ens trobarem davant d'un concurs real dels delictes, imposant la pena de cadascun dels mateixos (article 73 CP).

1.7. Estafa

L'article 248 CP estableix que "Cometen estafa els qui, amb ànim de lucre, utilitzin engany suficient per produir error en altri, i l'indueixin a realitzar un acte de disposició en perjudici propi o aliè", i aquest delicte és especialment greu pel que fa a la penalitat quan el comet una autoritat o un funcionari públic, abusant del càrrec –article 438 CP–.

La contractació, escrita o verbal, assumint compromisos de despeses i obligacions de pagament sense crèdit pressupostari, al marge de la llei, induint a un error a causa de l'engany, provocant un acte de disposició i produint un perjudici propi o d'un tercer derivat de l'acte de disposició, pot donar lloc a la comissió d'un delicte d'estafa, que podria estar en concurs amb altres (prevaricació, falsificació o suborn), del qual seria responsable no només la persona física, sinó, en el cas de les empreses públiques, també la persona jurídica –article 251 bis CP– en els casos establerts legalment, segons preveu l'article 31 bis CP.

Cal tenir en compte que l'article 25 del Projecte de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern, recull com a infracció en matèria de gestió economicofinancera "*los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos […]*", el que sens dubte té relació amb la conducta delictiva si hi ha hagut engany per perjudicar un tercer.

L'engany ha de ser "bastant", és a dir, ponderadament suficient, amb entitat necessària com per produir en la persona enganyada un error o representació mental que no coincideix amb la realitat, que li provoca a disposar del patrimoni. Per la seva naturalesa, l'engany pot ser omissiu, per ocultació o deformació

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local

de fets veritables, que seria el més habitual en els casos a què es refereix aquest treball, referit als supòsits en què a l'autor del fet l'afecta l'obligació, conseqüència de la bona fe contractual, de posar de manifest a l'altra part contractant una informació (sense ocultar dades significatives decisives en la contractació) exigida legalment i que de manera ordenada recull l'Avantprojecte de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

1.8. Falsedat comptable

Segons l'article 290 CP, els administradors de fet o de dret "que falsegin els comptes anuals o altres documents que hagin de reflectir la situació jurídica o econòmica de l'entitat, de manera idònia per causar un perjudici econòmic a aquesta, a algun dels seus socis o a un tercer", cometen aquesta modalitat de delicte societari, que pot estar en concurs amb el delicte d'administració deslleial –article 295 CP–.

El falsejament i l'ocultació de dades comptables pot ser el mitjà per a les pràctiques relacionades amb la lluita contra la corrupció, tenint un tractament molt particularitzat en la propera Llei de transparència, actualment en fase de Projecte legislatiu.

Pel que fa al concepte de document sobre el qual recau el tipus cal tenir en compte que es tracta d'una definició legal de *numerus apertus*, que inclou indubtablement el balanç, el compte de pèrdues i guanys i la memòria; i també, com recorda el Tribunal Suprem, "*los libros de contabilidad y los libros de actas*", tot això sense oblidar que l'article 26 CP estableix que "A l'efecte d'aquest Codi es considera document tot suport material que expressi o incorpori dades, fets o narracions amb eficàcia probatòria o amb qualsevol altre tipus de rellevància jurídica".

2. Algunes qüestions entorn de la responsabilitat penal de l'empleat públic i de l'empresa pública

De les conductes il·lícites descrites en l'epígraf anterior, responen personalment els qui amb benefici propi o aliè –o, fins i tot, sense aquest– fan les mateixes. Aquesta responsabilitat s'ha de depurar en el marc d'un procediment amb totes les garanties i respecte als principis informadors del dret penal.

En aquest epígraf tractarem, per la seva gran transcendència social, diverses qüestions –moltes de noves– referents a la responsabilitat penal en aquesta matèria.

L'empleat públic –autoritat, funcionari o treballador, qualsevol que sigui el seu règim de vinculació, que presta els seus serveis professionals a favor d'una administració–, com qualsevol ciutadà, pot ser subjecte actiu dels delictes previstos en el Codi penal, per accions o omissions directament realitzades per ell o en el si d'una persona jurídica, de la qual és administrador de fet o de dret en el cas dels delictes "especials", o quan actua en nom o representació, legal o voluntària, d'una altra persona.

El concepte d'autoritat o de funcionari, a l'efecte penal, és diferent –més ampli– del conferit per les normes administratives, incloent-hi càrrecs polítics, funcionaris de plantilla, interns substituts o laborals. L'article 24 CP estableix en el paràgraf primer que "A l'efecte penal es reputa autoritat el qui per si mateix o com a membre d'alguna corporació, tribunal o òrgan col·legiat tingui el comandament o exerceixi jurisdicció pròpia. En tot cas, han de tenir la consideració d'autoritat els membres del Congrés dels Diputats, del Senat, de les assemblees legislatives de les comunitats autònomes i del Parlament Europeu. Es reputen també autoritat els funcionaris del Ministeri Fiscal", i recull en el paràgraf segon que "Es considera funcionari públic tothom qui per disposició immediata de la llei o per elecció o per nomenament d'una autoritat competent participi en l'exercici de funcions públiques".

2.1. Actuació en nom d'un altre

Pel que fa a l'actuació en nom o representació d'un altre o d'una persona jurídica, diu l'article 31 CP que "El que actuï com a administrador de fet o de dret d'una persona jurídica, o en nom o representació legal o voluntària d'un altre, respon personalment, encara que no hi concorrin les condicions, les qualitats o les relacions que la corresponent figura de delicte o falta requereix per poder ser-ne subjecte actiu, si aquestes circumstàncies es donen en l'entitat o la persona en nom o representació de la qual actua".

Aquest precepte estableix la responsabilitat de les persones físiques que estan "darrere" de la societat (gestionant-ne el funcionament) o de la persona física que resulta ser subjecte actiu del delicte, sempre que s'hi pugui predicar el principi de culpabilitat que informa el dret penal (és a dir, cal que el subjecte hagi ac-

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local

tuat amb dol o, en els casos que preveu expressament el CP, amb imprudència).[6]

És important destacar que, en el cas de les persones jurídiques, l'article 31 CP determina la responsabilitat no només per als administradors de dret, és a dir, els nomenats per acord de la Junta i inscrits en el Registre Mercantil, sinó també per als administradors de fet (els que sense ser nomenats de la manera abans esmentada actuen com a tals, per ser els que realment estan a càrrec de l'empresa o la societat).

La responsabilitat penal de l'autoritat o del funcionari públic pot ser-ho per la seva condició d'autor directe o "indirecte" del fet delictiu, en realitzar-lo "per mitjà d'altri de qui se serveixen com a instrument" o mitjançant un acte d'inducció, cooperació necessària (sense la qual no s'hauria efectuat) o complicitat.[7]

2.2. Omissió

Aquesta actuació pot ser tant per acció com per omissió (en els casos que preveu l'article 11 CP), modalitats equiparades quan es tracti de delictes que consisteixin en la producció d'un resultat "quan el fet de no evitar-lo, en infringir un especial deure jurídic de l'autor, equivalgui, segons el sentit del text de la llei, a la seva causació", establint el text punitiu que a aquest efecte s'ha d'equiparar l'omissió a l'acció: (i) quan existeixi una específica obligació legal o contractual d'actuar, i (ii) quan qui omet hagi creat una ocasió de risc per al bé jurídicament protegit mitjançant una acció o omissió precedent.

Això vol dir que perquè un administrador quedi exculpat penalment no n'hi ha prou amb no haver participat directament en el delicte, sinó que a més ha de fer tot el possible per evitar que el mateix es cometi (posició de garant i deure de cura). A vegades la pràctica forense arriba a assolir supòsits fronterers amb la responsabilitat objectiva, proscrits per l'article 5 CP, citat anteriorment, i transcrits, com es desprèn de l'*obiter dicta* de la sentència del Tribunal Suprem, Sala Segona, 1193/2010, de 24 de febrer, que es refereix a qüestions relatives a la posició de garant que ostenten els administradors i directius en l'evitació de la comissió de delictes per part dels seus subordinats, i a les possibilitats d'atribuir-los responsabilitat per omissió, quan incompleixin el deure jurídic de vigilar aquells de la conducta dels quals poden derivar perills per a interessos jurídics aliens. Pel seu interès, es transcriu a continuació el que diu la dita sentència respecte a això:

"*[…] no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. O dicho con otras palabras, elige permanecer pasivo sin requerir más información y sin ejercer sus facultades superiores.*

"*En la STS nº 234/2010, de 11 de marzo, en la que se citaba la STS nº 257/2009 sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, se advertía que '…las actividades peligrosas pueden exigir de los superiores una mayor vigilancia respecto al cumplimiento de las normas y de las órdenes emitidas para evitar el daño manteniendo el riesgo dentro de los límites permitidos, que aquellas otras que ordinariamente no son creadoras de riesgo para intereses ajenos. Aun en estos casos puede establecerse una excepción cuando existan datos que indiquen al superior un incremento del peligro que lo sitúe en el marco de lo no permitido'. Es decir, que aun cuando se tratara de actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del jurídicamente permitido, no puede escudarse en la pasividad para salvar su responsabilidad.*

"*Por lo tanto, el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad, o no actúa para impedirla.*

6. L'article 5 CP diu: "No hi ha pena sense dol o imprudència."

7. L'article 28 CP diu: "Són autors els qui realitzen el fet per si sols, conjuntament o per mitjà d'altri de qui se serveixen com a instrument. També es consideren autors: a) Els qui indueixen directament a altri a executar-lo. b) Els qui cooperen en l'execució amb un acte sense el qual no s'hauria efectuat." I l'article 29 CP estableix que "Són còmplices els qui, malgrat que no es trobin compresos a l'article anterior, cooperin a executar el fet amb actes anteriors o simultanis."

"*[…]*

"*Por otra parte, el ejercicio de aquellas facultades de control sobre la conducta del subordinado no son renunciables unilateralmente. Esta Sala ya advirtió en la STS de 23 de abril de 1992, que 'los alcances del deber de garantía dependen de la Ley que los impone y no de la voluntad de aceptarlos limitadamente de aquel al que tales deberes incumben'*".

La sentència, el fonament de la qual s'ha transcrit, adverteix quin és o ha de ser l'abast de la posició de garant i del deure de cura, que no permet "mirar a una altra banda" quan se sap de la infracció legal comesa pels subordinats, ja que en aquests casos l'omissió s'equipara a l'acció.

2.3. Persones jurídiques

Com és sabut, el Codi penal regula en l'article 31 bis –introduït després de la reforma del text punitiu, operada per la Llei orgànica 5/2010– la responsabilitat penal de les persones jurídiques.[8] Aquesta responsabilitat és independent –i acumulativa– a la de les persones físiques, tant per acció o omissió directa com per acció o omissió indirecta en els termes indicats de l'article 31 CP, ja referits.

L'apartat 1 de l'article 31 bis CP recull l'àmbit subjectiu d'aquesta responsabilitat penal de la persona jurídica distingint: (i) els delictes comesos en nom o per compte de la mateixa, i en el seu profit, pels seus representants legals i administradors de fet o de dret; i (ii) els delictes comesos, en l'exercici d'activitats socials i per compte i en profit de les mateixes, pels qui, estant sotmesos a l'autoritat de les persones físiques esmentades anteriorment, han pogut realitzar els fets per no haver-se exercit sobre ells el control degut, ateses les circumstàncies concretes del cas.

L'article 31 bis CP no preveu la responsabilitat penal de les persones jurídiques per a tots els delictes tipificats en el Codi penal, sinó que segueix un sistema de *numerus clausus*. Així, tot i ser el dit article una norma continguda en la part general del Codi, el catàleg de delictes en què el legislador ha previst expressament la responsabilitat penal de les persones jurídiques és taxatiu.

Tampoc totes les persones jurídiques són susceptibles de ser incriminades penalment. Pel que interessa a aquest treball, el CP ha exclòs de manera expressa la responsabilitat penal de determinades persones jurídiques esmentades, amb millor o pitjor encert, en l'apartat 5 de l'article 31 bis, que, com s'ha avançat, ha estat modificat per la recent Llei orgànica 7/2012, de 27 de desembre.

L'article 31 bis, 5 CP diu així: "Les disposicions relatives a la responsabilitat penal de les persones jurídiques no són aplicables a l'Estat, a les administracions públiques territorials i institucionals, als organismes reguladors, les agències i entitats públiques empresarials, a les organitzacions internacionals de dret públic, ni a aquelles altres que exerceixin potestats públiques de sobirania, administratives o quan es tracti de societats mercantils estatals que executin polítiques públiques o prestin serveis d'interès econòmic general."

És a dir, l'article 31 bis, que regula la responsabilitat penal de les persones jurídiques, exclou expressament en el paràgraf 5 la seva aplicació, en el que aquí interessa, quan es tracti de societats mercantils estatals de les que s'indiquen o caracteritzen en el precepte. Però això exigeix fer dues precisions.

D'una banda, que aquesta exclusió no regeix per a les societats mercantils estatals que desenvolupin una activitat estrictament mercantil, en el sentit del que disposa la disposició addicional dotzena de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració General de l'Estat. Aquestes podran ser imputables de conformitat amb l'article 31 bis en tots els aspectes en què es regeixen pel dret privat, quan no estiguin executant polítiques públiques o prestant serveis d'interès econòmic general.

I, d'altra banda, malgrat la dicció literal –i que aquesta no ha estat modificada en aquest aspecte per la Llei orgànica 7/2012–, que l'exclusió també arriba a les societats públiques autonòmiques, provincials o locals. Hom podria pensar que l'omissió, entre les exclusions de les empreses públiques, de les autonòmiques, provincials i locals, obeeix a una intenció del legislador de no considerar-les excloses, però això seria contrari a una interpretació teleològica i garantista de la norma –pròpia del dret penal– que obliga a considerar que aquestes societats es troben igualment excloses de

8. Aquest article 31 bis ha estat modificat recentment per la Llei orgànica 7/2012, de 27 de desembre, per la qual es modifica el Codi penal en matèria de transparència i lluita contra el frau fiscal i en la Seguretat Social. La modificació es refereix a la inclusió dels partits polítics com a subjectes penalment responsables.

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local

l'àmbit d'aplicació de l'article 31 bis, atès que constitueixen institucions de l'Estat i la ràtio per excloure les primeres hauria de servir, en idèntica mesura, per evitar l'aplicació de la responsabilitat penal a les últimes, en el si de les quals l'administrador de fet o de dret o un empleat poden cometre les conductes delictives tipificades al CP, susceptibles de "ser comeses" per la persona jurídica, sobre la qual recauria la pena prevista legalment.

En aquest sentit es manifesta la Circular 1/2011, de la Fiscalia General de l'Estat, que en tractar aquest tema diu: "*En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales.*"

2.4. Conflictes d'interès

L'exigència de responsabilitat penal a la persona jurídica –només cal pensar en una empresa mixta municipal– reclama, òbviament, l'atribució a la mateixa de l'estatus de part passivament legitimada per exercir el seu dret de defensa, juntament amb la persona física (si també contra ella es dirigeix el procés) o en solitari. Així doncs, la persona jurídica haurà de figurar com a "imputada" i després com "acusada" per poder ser "condemnada".

La Llei d'enjudiciament criminal (LECrim) ha estat reformada en aquest sentit per la Llei 37/2011, d'agilitació processal, que recull en l'article 119 el que fa referència a la imputació de la persona jurídica en els termes següents:

"Quan, d'acord amb el que disposa l'article 118 d'aquesta Llei, s'hagi d'imputar una persona jurídica, s'ha de practicar amb aquesta la compareixença que preveu l'article 775, amb les particularitats següents: a) La citació s'ha de fer al domicili social de la persona jurídica, i s'ha de requerir l'entitat perquè designi un representant, així com un advocat i procurador per a aquest procediment, amb l'advertiment que, si no ho fa, es designen d'ofici aquests dos últims. La manca de designació del representant no impedeix la substanciació del procediment amb l'advocat i procurador designat. b) La compareixença s'ha de practicar amb el representant especialment designat de la persona jurídica imputada acompanyada del seu advocat. La inassistència a l'acte del representant esmentat determina la pràctica de l'acte amb l'advocat de l'entitat. c) El jutge ha d'informar el representant de la persona jurídica imputada o, si s'escau, l'advocat, dels fets que se li imputen. Aquesta informació s'ha de facilitar per escrit o mitjançant lliurament d'una còpia de la denúncia o querella presentada. d) La designació del procurador substitueix la indicació del domicili als efectes de notificacions, i s'han de practicar amb el procurador designat tots els actes de comunicació posteriors, inclosos aquells als quals aquesta Llei assigna caràcter personal. Si el procurador ha estat nomenat d'ofici, s'ha de comunicar la seva identitat a la persona jurídica imputada."

La persona jurídica, des que es dirigeixi contra ella la investigació, podrà personar-se en la causa i conèixer les actuacions i intervenir-hi. És més, haurà de ser cridada al procés, ja que la salvaguarda del seu dret de defensa exigeix que el jutjat d'instrucció li comuniqui la imputació (article 118 LECrim), de manera que: i) en el "procés abreujat" presti la declaració prevista per l'article 775 LECrim, com a pressupòsit necessari per a la continuació del procediment contra ella; ii) en el "procés comú per a delictes molt greus" es dicti acte de processament davant la mateixa i presti declaració indagatòria (article 384 LECrim.); iii) en el "procés davant el tribunal del jurat" se la posi en coneixement de la imputació i se la convoqui a la compareixença per tal de concretar-la (article 25 de la Llei orgànica 5/1995, de 22 de maig, del tribunal del jurat); i iv) també en el curs de les diligències preliminars de la Fiscalia, la persona jurídica investigada ostentarà el dret de defensa que l'article 5 de l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal reconeix al "sospitós".

Com que una persona jurídica constitueix una ficció, la seva presència en el procés serà virtual, si bé la seva declaració en fase d'instrucció i judici l'haurà de prestar un representant que encarni la seva capacitat de comunicació, per contestar les preguntes o guardar silenci. Això sense perjudici de la seva representació

per un procurador i l'assistència lletrada ("advocat de l'entitat"). Així les coses, el representant especialment designat serà el reflex de la persona jurídica durant la tramitació del procés penal, i la seva primera intervenció serà la compareixença en qualitat d'imputat de la manera que preveu l'article 775 de la Llei d'enjudiciament criminal, però amb la circumstància especial que la incompareixença del representant designat per la persona jurídica permetrà la pràctica de la declaració, entenent-se que la persona especialment designada s'acull al seu dret a no declarar si no compareix, tal com preveu el nou article 409 bis de la Llei d'enjudiciament criminal.

Sorgeix aquí el problema del possible conflicte d'interès entre la defensa de l'autoritat o funcionari imputat i la de la persona jurídica imputada, ja que aquesta pot al·legar en defensa seva que el fet delictiu no va ser comès pel seu representant legal o administrador de fet o de dret en nom o per compte de la mateixa, i en el seu profit, o per qualsevol empleat en l'exercici d'activitats socials i per compte i en profit de les mateixes, o malgrat haver-se exercit sobre els mateixos el control degut, el que suposaria fer recaure la responsabilitat penal exclusivament en la persona física, el que comporta, igualment, la responsabilitat civil directa (sense perjudici de la responsabilitat civil subsidiària en els casos previstos, segons el que s'ha exposat més amunt).

Això suposa no només l'existència d'un conflicte d'interès en la defensa penal, sinó també en la civil directa (llevat que la defensa passi per negar els fets imputats o determinar l'exempció de responsabilitat penal per qualsevol dels mitjans admesos en dret) i, sobretot, en la responsabilitat civil subsidiària, quan la mateixa s'intenti fonamentar en l'exercici del càrrec o funció pública de l'agent causant del dany derivat d'una conducta il·lícita. ■

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 32, juny de 2013, p. 89-100
Fundació Democràcia i Govern Local