

**LA ACCIÓN REIVINDICATORIA CIVIL EN LAS EXPROPIACIONES
'ILEGALES'. LA INDEMNIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ENCUBIERTA**

Álvaro CORTÉS MORENO

*Técnico de Administración General de la Diputación Provincial de Granada (en
excedencia)*

Técnico Superior del Ayuntamiento de Granada

SUMARIO:

1. Introducción.
2. La acción reivindicatoria.
3. La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.
4. Características del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.
5. Las garantías del ciudadano frente a las expropiaciones ilegales.
6. Un punto de inflexión en el alcance general y unitario de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: la STS (Sala de lo Civil) de fecha 18/05/2013 (rec. casación núm.37/2011).

RESUMEN.

Se analiza en el presente trabajo la colisión que la protección del derecho de propiedad puede generar entre los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso administrativo como consecuencia de la responsabilidad derivada de la privación de derechos al margen del procedimiento expropiatorio, y que aunque era una cuestión pacífica y resuelta tras la consagración del principio de “unidad de fuero” que establecía como sede jurisdiccional más apropiada para conocer tales asuntos la jurisdicción contenciosa, una Sentencia reciente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene a perturbar y a cuestionar tal construcción jurídica.

1. INTRODUCCION.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional establecido en el ordenamiento jurídico-procesal patrio, le corresponde a los juzgados y tribunales conocer y decidir sobre las materias establecidas en los procesos jurisdiccionales enmarcados dentro de cada orden jurisdiccional (civil, penal, social, contencioso-administrativo y militar) con

el fin de fijar la extensión de cada uno de ellos delimitando las materias de las que son competentes –con objeto de garantizar la competencia y especialización en la materia del órgano jurisdiccional que en cada caso concreto ha de conocer cada asunto-. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico recoge una serie de normas que delimitan tal competencia material entre órganos de distintos órdenes jurisdiccionales, encontrándonos en concreto en cuanto a la materia sobre la que vamos a discernir en el presente trabajo, con los Arts. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹ y los Arts. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo², preceptos que delimitan la extensión de la jurisdicción contencioso administrativa, como ámbito de conocimiento de todas la pretensiones dirigidas frente a una Administración Pública (cuando la misma actúa sometida al derecho administrativo).

Pues bien, centrándonos en el conflicto entre la indemnidad del derecho real de propiedad y las instituciones de derecho administrativo, como son la responsabilidad patrimonial y la expropiación forzosa, y tomando como referencia tales criterios normativos anteriormente indicados, tales preceptos junto con la evolución jurídica del “*principio de unidad de fuero*”, supuso la concentración en la jurisdicción contencioso administrativa de las pretensiones que el ciudadano dirigía contra una Administración Pública en materia de responsabilidad patrimonial. Tales supuestos, entre los que se incluyen aquéllos en los que el ciudadano exige una responsabilidad patrimonial extracontractual por un funcionamiento anormal de la administración pública, y dentro de tal actuación los efectos que derivaban de las denominadas expropiaciones ilegales, se concentraban en virtud del principio indicado -en cuanto a la fijación de la correspondiente indemnización por responsabilidad patrimonial-, en la jurisdicción contencioso-administrativa (procedimientos en los se reconoce de forma implícita la existencia de una responsabilidad de la Administración actuante, como se desprende de la STS de 17 de septiembre de 2002).

¹ Art. 9.4 de la LOPJ: “Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica”.

² Art. 2 de la LJCA: “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

Si bien, tal delimitación competencial era pacífica, nos encontramos con una reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que altera las concepciones doctrinales consolidadas (e incluso mantenidas por la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo)³ y que mediante una argumentación “*edulcorada*” invade los límites de una materia que siempre había caído en el seno de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como un sutil movimiento que trastoca los pilares ya establecidos para dejar abierta la puerta a la entrada por vía civil, de indemnizaciones sustitutorias por imposibilidad de restituir terrenos objeto de la acción reivindicatoria, y en concreto la responsabilidad por actuaciones de Administraciones Públicas que pretendían legitimarse en procedimientos expropiatorios –indebidamente tramitados o sin la concurrencia de los mismos-, y que atendiendo a la argumentación dada por la Sala de lo Civil del máximo órgano jurisdiccional, viene a enmascarar verdaderas acciones de responsabilidad patrimonial contra las mismas.

Vamos por tanto, en primer lugar, a recopilar el régimen jurídico de la acción reivindicatoria, la institución de la responsabilidad patrimonial y sus características, y las garantías del ciudadano frente a las expropiaciones “irregulares” o “ilegales” para detenernos finalmente en el contenido de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 8 de mayo de 2013 (Rec. Casación nº 37/2011).

2. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

La acción reivindicatoria es aquélla en la cual el actor alega que es propietario de una cosa que el demandado posee o detenta sin derecho para ello y, consecuentemente, pide que se le condene a la devolución de dicha cosa. Es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario que tiene como finalidad la declaración de su derecho y la consiguiente restitución de la cosa, y se encuentra definida en el Art. 348 del Código Civil “*El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”.

La reivindicatoria es una acción con una doble naturaleza: declarativa y condenatoria. Es declarativa porque tiene como finalidad obtener una resolución donde se afirme que el derecho de propiedad pertenece a un determinado sujeto y es de condena porque, además, persigue la restitución de la cosa, obligando al poseedor no propietario a su devolución. Se trata de una acción real y, por ello, va indisolublemente unida a la cosa: el sujeto de la misma será tal mientras sea el propietario, es decir, mientras exista un vínculo con el objeto. Debido a esa especial vinculación, la acción

³ Sentencia nº 289/2013, de 8 de mayo de 2013 de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, del Tribunal Supremo (R.C. 37/2011).

reivindicatoria es intransmisible por sí misma: si se transmite, se estará transmitiendo, a su vez, la propiedad.

Para poder ejercitar tal acción es precisa la concurrencia de tres requisitos:

- Dominio del actor
- Posesión injusta por el demandado
- Identificación de la cosa

La acción en ciertos casos permite obtener también la restitución o el valor de frutos y gastos; pero ello no es de la esencia de la reivindicación. El fundamento de la acción es el derecho de propiedad y en particular el derecho de persecución característico del mismo. Su fuente legal es el Artículo 548 del Código Civil⁴.

En síntesis, la acción civil que nos ocupa tiene los siguientes caracteres:

- 1º La acción reivindicatoria es una acción real.
- 2º La acción reivindicatoria es una acción petitoria, de modo que el actor tiene la carga de alegar y probar su carácter de titular del derecho real invocado (en concreto, de la propiedad).
- 3º En principio, es una acción imprescriptible, lo que se debe al carácter perpetuo del derecho de propiedad. En nada contradice lo expuesto el hecho de que la acción reivindicatoria no proceda contra el tercero que haya usucapido la cosa, ya que entonces no es que haya operado la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria sino que el actor ya no es propietario de la cosa en virtud de la prescripción adquisitiva operada en favor del demandado.

Sin embargo, prescribe por dos años la acción del propietario para reivindicar las cosas muebles sustraídas o perdidas de conformidad con los Artículos 794 y 795 del Código Civil.

⁴ Art. 548 del CC: “El propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador, salvo las excepciones establecidas por las leyes. Si el poseedor o detentador después de la demanda judicial ha dejado de poseer la cosa por hecho propio, está obligado a recobrarla a su costa por cuenta del demandante, y, si así no lo hiciere a pagar su valor, sin perjuicio de la opción que tiene el demandante para intentar su acción contra el nuevo poseedor o detentador”.

4º En origen, es una acción restitutoria en el sentido de que tiene por objeto obtener una sentencia que condene al reo a devolver una cosa, razón por la cual presupone que el demandado tenga la cosa en su poder. En este aspecto la reivindicación se diferencia netamente de la acción de declaración de certeza de la propiedad que sólo persigue la declaración dicha sin condena de restitución, y que, por lo tanto, puede ser intentada por el propietario que tenga en ello interés legítimo aun cuando el demandado no tenga la cosa en su poder.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Fue la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 la que consagró a nivel estatal -con pretensiones unificadoras- la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, estableciéndose en su Art. 121⁵ el “carácter directo” de la misma, sin perjuicio de las responsabilidades que se puedan exigir a las autoridades y funcionarios que intervinieran en los respectivos procedimientos administrativos. El planteamiento del que se parte es el de garantizar al perjudicado una respuesta de las Administraciones Públicas en todos momento, y con independencia de que haya o no culpa o negligencia del funcionario, siendo por tanto una respuesta directa y objetiva, y ya se trate por funcionamiento normal o anormal de las mismas.

Dentro del marco normativo actual, debemos partir del Art. 9.1 de la Constitución Española que proclama en dentro de su Título Preliminar que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, reconociendo de forma expresa en su punto tercero el “*principio de responsabilidad*” de los poderes públicos, lo que se completa con el Art. 106.2 de la misma que indica:

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Se consagra a nivel constitucional la responsabilidad de las administraciones públicas en términos amplios, como sistema objetivo y directo, remitiéndose a una ley

⁵ Art. 121 LEF, “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

para el desarrollo de la misma, a la postre Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que regula la responsabilidad de las administraciones públicas en su Título X, completada a nivel reglamentario por el Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo, sistema de responsabilidad aplicable a las Entidades Locales.

Tal responsabilidad patrimonial se enlaza con la potestad expropiatoria (y las garantías que el ejercicio de la misma deben ser observadas por la administración expropiante), como dos de los instrumentos que garantizan la indemnidad patrimonial del ciudadano, y que se encuentran totalmente vinculadas y unidas en el caso de que el ejercicio de tal potestad no sea la adecuada. Para ser más precisos, la expropiación forzosa ilegal exige la concurrencia de la institución de la responsabilidad patrimonial (nos referimos a los supuestos más groseros de la actuación administrativa calificados por la doctrina como “vía de hecho”), como garantía indemnizatoria, a la que con posterioridad me refiero. Se prevé, por tanto dos formas de actuación, bien la interposición de la correspondiente acción interdictal, ex Art. 124 de la LEF y la posterior fijación de la indemnización vía responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración, o bien la interposición del correspondiente recurso contencioso administrativo contra la vía de hecho, con mayores posibilidades de éxito y por los trámites del Art. 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que tiene en cierto modo naturaleza interdictal. Así, el recurso regulado en el citado artículo puede producir efectos muy parecidos a los de un interdicto, como medio de defensa inmediata, no sólo porque mediante él se puede pretender que se ordene el cese de esa situación, junto a la declaración de no ser conforme a derecho, sino también porque en éstos caso se pueden adoptar medidas cautelares que pueden solicitarse incluso antes de la interposición del recurso (Art. 136.2 de la LJCA, “*En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior*”).

4. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Algunos autores han calificado el sistema de responsabilidad patrimonial de nuestro ordenamiento jurídico como el más avanzado a nivel comparado, sistema que establece como características generales su carácter unitario, alcance general, su naturaleza directa y objetividad, principios que se suelen recordar con bastante frecuencia en la jurisprudencia sobre la materia (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998 en el que se realiza un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración).

De entre tales características del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, nos vamos a detener en dos, en el principio de unidad o carácter unitario del sistema de responsabilidad de las administraciones públicas y en el principio de alcance general, como régimen que es aplicable a todas las administraciones públicas y que protege por igual a todos los ciudadanos, consecuencia derivada de los Arts. 106 y 149 de la CE.

Una de las novedades más importantes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento fue la unificación sustantiva y procedimental relativa a todas las actuaciones de la Administración que pudiesen dar lugar a su responsabilidad, consagrada en sus Artículos 142.6 y 144, al establecer con claridad que *“la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa”* y que *“cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”*. Este último texto se introdujo en la Ley 30/1992 tras la reforma de la Ley operada en la misma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y que como señalaba la exposición de motivos de la misma *“se opta por la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin discriminar su actuación en régimen de Derecho público o privado en concordancia con la unidad de fuero”*.

Fue el Artículo 2 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el que confirmó el principio de unidad jurisdiccional al atribuir al conocimiento del orden contencioso las cuestiones que se suscitaran en

relación con *“la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”*, incluso si existen particulares o entidades privadas codemandadas. Tal competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, fue ampliada en virtud de la Ley 19/2003 de 23 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio, a las acciones dirigidas frente a la aseguradora de la Administración.

Respecto del principio de alcance general de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, en virtud del mismo se comprenden todo tipo de actuaciones extracontractuales de las Administraciones Públicas (quedan fuera los daños provenientes de contratos administrativos), ya sean esas actuaciones normativas o materiales o, incluso, aunque se trate de una inactividad de la Administración, ya sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la misma. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el funcionamiento anormal de los servicios públicos puede partir, no solamente de actos positivos que en su ejecución generan la existencia de un daño a terceros, sino también y a la inversa, por el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia⁶, por mucho que los mismos no sean dolosos y siempre que pueda decirse que la Administración tenía el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 27 de marzo de 1998, *“siendo esta última alternativa la que concurre en el caso de autos, pues todo consistió -se dice- “(...) en la patente negligencia del Estado para implementar las medidas de seguridad idóneas”, llegándose a afirmar que el paquete bomba no habría surtido sus nocivos efectos de haberse adquirido y empleado los equipos de rastreo y detección de explosivos, por cuya razón no es posible hablar de intervención de terceros en el mal funcionamiento de los servicios públicos, ya que la evitación del daño era cometido de las autoridades vinculadas a la “Exposición Universal 1992” y pudo haberse logrado de adoptarse las medidas requeridas”*).

Por lo que se refiere a la responsabilidad contractual por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de un contrato celebrado con la

⁶ Corral García, Esteban. “Las garantías y la defensa del expropiado frente a las expropiaciones irregulares”. Manual “Expropiación Municipal. Especial referencia a la expropiación de las Leyes Urbanísticas de las Comunidades Autónomas”. Editorial LA LEY, Madrid 2008.

Administración, se encuentra hoy regulada en el Artículo 214⁷ del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre. Esta norma establece como regla general la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Sin embargo, en su apartado segundo, el artículo 214 TRLCSP prevé que si los daños y perjuicios han sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Tales principios garantizan a los ciudadanos la unidad jurisdiccional de los conflictos surgidos en materia de responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones Públicas -procedentes de expropiaciones irregulares-, evitando el peregrinaje por las distintas jurisdicciones para conseguir el resarcimiento de la lesión sufrido como consecuencia de una expropiación fallida, siendo numerosas las sentencias que atienden a tal concentración jurisdiccional en base al Art. 2 letra e) de la LJCA “*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*”, imperativo que había sido asumido y aceptado por la jurisdicción civil (y lo decimos en tiempo pasado ya que, como posteriormente indicaremos, parece que la Sala de lo Civil del máximo Órgano Jurisdiccional ha trastocado tales postulados). Sírvanos por todas, la referencia a la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2009 (Rec. 2252/2004) en el cual se pone de manifiesto la falta de jurisdicción para que la jurisdicción civil pueda conocer

⁷ Art. 214 TRLCSP. “1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

de una indemnización por responsabilidad patrimonial imputable a una Administración Pública:

“El artículo 9.4 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial atribuye a los tribunales del orden contencioso-administrativo el conocimiento, entre otras cuestiones, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo y de las que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive..... Por ello, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 2, contiene un listado de atribución competencial a la jurisdicción contencioso-administrativa más preciso, y, a los efectos del presente recurso, en la redacción que tenía en el momento de presentarse la demanda, su apartado e) asignaba a los tribunales contencioso-administrativos el conocimiento de las cuestiones relativas a "la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". Actualmente, tras la redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, no se ha producido un cambio en la atribución competencial a los tribunales contencioso-administrativos en lo relativo a reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sino que se ha precisado el ámbito competencial de dichos órganos judiciales, aún cuando concurran particulares en la producción del perjuicio, al asignarles el conocimiento de "la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad" ⁸.

⁸ Continúa la Sentencia señalando: "... siendo de aplicación dicha normativa al presente caso y partiendo del hecho indiscutible de que la parte demandada es una Administración pública en los términos establecidos en el artículo 2.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 1.2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por cuanto que estamos ante un ente o corporación local, siendo evidente que la reclamación efectuada lo es a efectos indemnizatorios -con independencia de los avatares existentes en relación a la titularidad de los bienes secuestrados y posteriormente expropiados- por cuanto que se está reclamando el importe del valor de uso de unos

Con la apreciación de la falta de competencia de la jurisdicción civil se salvaguarda el principio de tutela judicial efectiva y del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, siendo, en su caso, posible por la parte actora solicitar la satisfacción de su petición ante los tribunales contencioso- administrativos competentes, lo que implicaba que aunque la necesidad de proceder a la indemnización hubiera sido justificada por el ejercicio de una acción interdictal, la fijación de la misma requería el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial “administrativa”.

5. LAS GARANTÍAS DEL CIUDADANO FRENTE A LAS EXPROPIACIONES ILEGALES.

La referencia a las garantías a las que aquí me refiero, lo es respecto a actuaciones administrativas que se realizan al margen de las exigencias que requieren el procedimiento expropiatorio, o mejor dicho, sin la existencia de éste.

Tales garantías las vamos a concretar en dos: La primera garantía se concreta en la cualidad de la respuesta del ciudadano frente a una “expropiación ilegal” o irregular, recogida en la propia Ley de Expropiación Forzosa, los denominados interdictos (tal denominación fue eliminada por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero que las regula como demandas para la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho). La segunda garantía se concreta en el derecho a percibir un precio justo por el bien patrimonial que ha sido objeto de ablación, la denominada garantía indemnizatoria garantizada por la Constitución Española.

1º La garantía de la tutela civil de la tenencia o posesión de una cosa o derecho. Con arreglo a los Artículos 33 de la CE y 349 del Código Civil, nadie puede ser expropiado ni privado de su propiedad si no es por causa de utilidad pública o interés social, previo pago de la correspondiente indemnización. Este principio venía ya definido en la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 (arts. 1 y 3) y viene confirmado en el art. 124 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (en adelante LEF).

El Profesor García de Enterría, sistematiza las garantías de los particulares frente a la actuación de la Administración en las siguientes: a) la potestad de expropiación constituye un poder circunscrito a límites concretos fuera de los cuales no existe más que la «vía de hecho» o despojo ilegal; b) la necesidad de seguir un procedimiento preestablecido; c) el derecho de los particulares a ser indemnizado como consecuencia

vehículos utilizados para un servicio público por cuenta de dicha Administración, corresponde entender, que existe una clara falta de jurisdicción de los tribunales civiles”.

de la privación que toda expropiación implica, y d) el derecho de recobro que en determinados casos se otorga al propietario de los bienes.

El Título IV de la LEF regula los medios de defensa del particular en cuanto al derecho a la indemnización y al recobro del objeto expropiado. A tenor del art. 349 del Código Civil, nadie puede ser privado de su propiedad si no es por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa, siempre, la correspondiente indemnización (“*Si no precediera este requisito los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado*”). Pero son sin duda el Art. 125 LEF y su concordante del REF, el art. 139, los que configuran las garantías y medios de defensa frente a expropiaciones ilegales e irregulares.

La expropiación ilegal ha sido tratada conforme al criterio tradicional de nuestra legislación como una excepción frente a la excepción de interponer interdicto contra la Administración. La posibilidad de interponer interdictos no implica ni impide la posibilidad de utilizar otros medios de defensa reconocidos por las Leyes –ejemplo, el procedimiento del Art. 41 de la Ley Hipotecaria⁹-. En realidad, este último precepto consagra, por vía de excepción, la posibilidad de interponer interdictos contra la Administración y sabido es que con carácter general está vedado acudir a la vía interdictal frente a los actos y actuaciones de la Administración o de sus órganos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, si bien suprime la denominación tradicional de los interdictos, así como el procedimiento especial, recoge la regulación de los interdictos posesorios de retener y recobrar bajo la denominación de demandas “*que pretenden la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido desposeído de ellas o perturbado en su disfrute*” (art. 250.4 LEC), reconduciendo su tramitación al ámbito del juicio verbal, suprimiendo la anterior información testifical previa, por resultar irrelevante, a la hora de dictar Sentencia, por su carácter unilateral y mantiene el plazo del año para el ejercicio de la acción (art. 439.1 LEC).

⁹ Art. 41 del Decreto de 8 de febrero de 1946, “*Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente*”.

Refiriéndonos a la vía de hecho, la misma es considerada como “actuaciones materiales” de la administración que lesionan derechos o intereses legítimos y que carecen de la necesaria cobertura jurídica –que les proporciona un acto administrativo previo o una norma que no requiera de actos de ejecución, o un contrato o convenio-. La más grosera y chocante infracción del régimen jurídico que consiste en la ocupación o el intento de ocupación del bien expropiable, por parte de la Administración sin haber cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública, necesidad de ocupación y pago o depósito previo. La vía de hecho se caracteriza: 1º porque se trata de una actuación de la Administración, si el beneficiario de la expropiación pretendiera actuar de esta forma el expropiado tendría a su favor los interdictos frente a él no frente a la Administración; 2º no basta la producción de un daño a la propiedad es necesario un despojo consumado o intentado, una desposesión del bien o inmueble al administrado, un acto que perturbe la pacífica posesión de la cosa destinándola a uso distinto; 3º la perturbación ha de hacerse completamente fuera de la regulación legal. No puede confundirse la vía de hecho con la invalidez.

La vía de hecho ha de provenir de la infracción de los principios fundamentales de la potestad expropiatoria; de no ser así, cualquier otra violación formal de diferente alcance sería irregularidad, lo que nos adentra en la invalidez, ya se trate de nulidad de pleno derecho, ya de mera anulabilidad.

Los casos típicos de la vía de hecho son la actuación de la Administración como pura fuerza ocupando la cosa sin más y sin seguir procedimiento alguno y en contra del consentimiento del afectado y el ocuparla faltando a los principios constitucionales de la expropiación (causa, necesidad de ocupación y falta de pago). Por ello, la Administración pierde sus prerrogativas, ya que en estos casos no puede afirmarse que la Administración expropia.

De acuerdo con el Art. 125 LEF, procede la interposición de interdictos: 1) cuando no se cumplen los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, si la Administración ocupa o intenta ocupar la cosa expropiada; 2) en aquellos casos en que, sin expediente y procedimiento alguno la Administración quebranta la posesión de un particular; 3) en aquellos casos en que mediante el proceso expropiatorio se incumplen ciertas formalidades sustanciales. Para que pueda aplicarse la vía interdictal es preciso que se haya ignorado total o de un modo efectivo alguno de los requisitos sustanciales de la expropiación (SSTS de 1 de febrero de 1994). En los demás casos habrá de acudir a la vía contenciosa.

Procede, entre otros casos, cuando se omite el expediente (STS de 10 de marzo de 1992), cuando se ocupa el terreno sin estar terminado el expediente, cuando éste es parcialmente anulado, cuando se ocupan los bienes en una expropiación urgente sin acuerdo del Consejo de Ministros u órgano autonómico equivalente. Igualmente, cuando se ocupa la finca sin haber fijado el justiprecio, omitido el pago (STS de 6 de julio de 1996), o sin efectuar el depósito previo en la ocupación urgente (STS de 20 de diciembre de 1991), cuando se ocupa finca no comprendida en el expediente de expropiación o se extiende a parte de una finca no expropiada. Finalmente, y comoquiera que en el expediente expropiatorio ha de entenderse la Administración con los titulares inscritos, procederá la vía interdictal cuando se ocupa la finca sin haberse entendido con él el expediente expropiatorio¹⁰.

En resumen, podrá acudir al amparo judicial contra la Administración cuando ésta atenta contra la propiedad sin cumplir los requisitos sustanciales y formales de la LEF para privar legítimamente y por vía expropiatoria de bienes y derechos. En este caso, la legitimación se otorga a todos los que sean parte en el expediente de expropiación, a los interesados. Indicar que no sólo está legitimado el propietario, sino el poseedor con título.

2º La garantía indemnizatoria. Nos referimos en éste punto a la garantía del contenido económico de la propiedad, el cual es respetado en todo procedimiento expropiatorio mediante la fijación de la indemnización correspondiente a los titulares de los bienes patrimoniales y derechos que son objeto de privación por utilidad pública o interés social, garantía que procede incluso cuando, en virtud del ejercicio de otras potestades, se produce el efecto de privación de derechos patrimoniales. Ésta garantía también opera en las denominadas expropiaciones materiales o de facto, diferentes de la expropiación formal, cuando el despojo es ilícito o en vía de hecho y el interesado solicita la indemnización correspondiente, la cual debe solicitarse y tramitarse por el procedimiento de responsabilidad patrimonial, aún cuando se hubiera ejercitado una acción civil “petitoria” frente a la actuación de la administración, pues, como subraya una reiterada jurisprudencia (SSTS de 19 de julio y 11 de noviembre de 1997, 11 de octubre de 2000, etc..), existe una unidad sustancial de la garantía patrimonial frente a

¹⁰ Corral García, Esteban. “Las garantías y la defensa del expropiado frente a las expropiaciones irregulares”. Manual “Expropiación Municipal. Especial referencia a la expropiación de las Leyes Urbanísticas de las Comunidades Autónomas”. Editorial LA LEY, Madrid 2008.

actuaciones de la Administración lesivas, ya sean en virtud de un título o potestad expropiatoria, como sin él (responsabilidad patrimonial).

Para cuantificar la indemnización que procede satisfacer a los expropiados por la ocupación ilegal de terrenos, siempre que el estado de cosas determine la imposibilidad de restituir los bienes despojados, en primer lugar hay que proceder a la tasación real de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, y en segundo lugar habrá que añadir o incluir la indemnización complementaria para compensar el perjuicio derivado de la privación ilegítima de la propiedad, pues de lo contrario resultarían equivalente los actos de expropiación legales que los ilegales, concepto indemnizatorio que la jurisprudencia viene estableciendo en un porcentaje del 25% del valor de sustitución del terreno. A ello habría que añadir los intereses moratorios devengados por ambas cantidades (indemnización por justiprecio e indemnización por privación ilegal) desde la efectiva ocupación hasta su completo pago (STS de 17 de febrero de 1997, la SSTS de 8 de mayo de 2002 y 8 de junio de 2002).

6. UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN EL ALCANCE GENERAL Y UNITARIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL) DE FECHA 18/05/13 (REC. CASACIÓN Nº 37/2011).

El recurso al que nos referimos tiene por objeto una ocupación ilegítima por parte del Ayuntamiento de Madrid de una porción de terreno entre los años 1977 y 1979, porción que formaba parte de una parcela de propiedad privada, y que fue transformada y destinada a viario público, instada la misma mediante el ejercicio de la propietaria de la correspondiente acción reivindicatoria, exigiendo la cesación de la ocupación ilegítima por parte de los demandados y la restitución de los terrenos a sus legítimos propietarios, y en su defecto –si tal restitución resulta imposible, como a la postre ocurre en éste caso–, se procediera a la indemnización por el equivalente económico del valor del terreno.

Es presupuesto previo de los hechos descritos, la existencia de un expediente expropiatorio (circunstancia expresamente alegada por el Ayuntamiento de Madrid) de carácter urbanístico en el que una de las parcelas privadas afectadas no es delimitada correctamente.

La cuestión fue conocida en primera instancia por la Audiencia Provincial de Madrid, y recurrida por el Ayuntamiento de Madrid interponiendo por un lado, recurso

extraordinario de revisión y recurso de casación, argumentados sobre siete motivos que posteriormente han sido –todos ellos–, desestimados por el Tribunal Supremo. Entre los fundamentos más importantes que dan lugar a desestimar las pretensiones del Ayuntamiento de Madrid nos encontramos con las siguientes:

1º En cuanto a la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia.

Como hemos indicado al principio del presente trabajo, existen una serie de preceptos en nuestro ordenamiento jurídico garantizan la primacía y preferencia de un orden jurisdiccional frente a otro basadas en reglas establecidas, así se alega en el recurso de casación la vulneración del Art. 9 de la LOPJ, los Arts. 1 y 2 letra e) de la LJCA, que atribuyen al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para enjuiciar las actuaciones de las administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo, a los que añade la competencia del tal orden jurisdiccional para conocer de la fijación del justiprecio en las expropiaciones (Art. 30 del Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo¹¹, y los Arts. 24 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954). A esto se añade en el Recurso de Casación que en defecto de lo anterior, y aún cuando no sean atendidas tales razones, la indemnización fijada por la imposibilidad de restituir la porción de terreno usurpada, supone un supuesto de responsabilidad patrimonial, cuyo conocimiento es exclusivo de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹¹ Artículo 30 TRLS. “Justiprecio 1. El justiprecio de los bienes y derechos expropiados se fijará conforme a los criterios de valoración de esta Ley mediante expediente individualizado o por el procedimiento de tasación conjunta. Si hay acuerdo con el expropiado, se podrá satisfacer en especie.

2. Las actuaciones del expediente expropiatorio se seguirán con quienes figuren como interesados en el proyecto de delimitación, redactado conforme a la Ley de Expropiación Forzosa o acrediten, en legal forma, ser los verdaderos titulares de los bienes o derechos en contra de lo que diga el proyecto. En el procedimiento de tasación conjunta, los errores no denunciados y justificados en la fase de información pública no darán lugar a nulidad o reposición de actuaciones, conservando no obstante, los interesados su derecho a ser indemnizados en la forma que corresponda.

3. Llegado el momento del pago del justiprecio, sólo se procederá a hacerlo efectivo, consignándose en caso contrario, a aquellos interesados que aporten certificación registral a su favor, en la que conste haberse extendido la nota del artículo 32 del Reglamento Hipotecario o, en su defecto, los títulos justificativos de su derecho, completados con certificaciones negativas del Registro de la Propiedad referidas a la misma finca descrita en los títulos. Si existiesen cargas deberán comparecer los titulares de las mismas.

4. Cuando existan pronunciamientos registrales contrarios a la realidad, podrá pagarse el justiprecio a quienes los hayan rectificado o desvirtuado mediante cualquiera de los medios señalados en la legislación hipotecaria o con acta de notoriedad tramitada conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial.”

El Tribunal Supremo desestima tal motivo de infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia, fundando la misma en que se parte de una premisa equivocada, es decir, que lo que se discute es la viabilidad de una acción reivindicatoria (como acción civil) y no un procedimiento de expropiación forzosa, y como consecuencia la necesidad de discutir si lo que se debe fijar es o no, un justiprecio. Tal argumento es correcto si atendemos a lo dispuesto en el Art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, pero no encaja bien con el segundo motivo, respecto de que *“la cantidad a la que es condenado el Ayuntamiento a pagar a los demandantes es una consecuencia de la estimación de la acción reivindicatoria....cumple la función del cumplimiento por equivalencia de la obligación de restituir el terreno, ante su imposibilidad”*, ya que tal *“cumplimiento por equivalencia”* no es más que la responsabilidad patrimonial extracontractual derivada de una actuación anormal derivada de una expropiación urbanística irregular o ilegal, que queda aquí diluida y deformada dentro de una compensación sustitutoria, lo que supone vulnerar:

- Por un lado, lo dispuesto por el Art. 2 letra e) de la LJCA.
- Por otro, desplaza la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que permite la posibilidad de incoar un expediente expropiatorio del terreno indebidamente ocupado, incrementándose el justiprecio del terreno y los intereses devengados en un 25% como compensación por la expropiación irregular (SSTS 18 de marzo de 2013, de 31 de enero de 2006); o bien, la posición de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo puesta de relieve en la Sentencia de 27 de septiembre de 2010 (Rec. 6486/2008) y de 1 de junio de 2011 (Rec. Casación nº 780/07) que indican que *“no es imprescindible acudir al procedimiento de expropiación forzosa cuando se ha ocupado ilegalmente terrenos por la Administración sino que cabe exigir la reparación por la vía de la responsabilidad patrimonial”*.

2º En cuanto a la infracción de las normas establecidas para la fijación del justiprecio establecidas en la Ley de Expropiación Forzosa.

En éste punto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reproduce el mismo argumento anteriormente indicado, *“no cabe fundar la casación en la infracción de la normativa administrativa relativa a la determinación del justiprecio en caso de expropiación forzosa, porque no resulta de aplicación esta normativa al no hallarnos ante un supuesto de expropiación forzosa. Nos encontramos en un caso de condena al cumplimiento por equivalencia de una obligación de dar cosa determinada, que, con independencia de que el obligado sea una administración pública, no se rige por las*

normas de la expropiación forzosa, y puede acudirse, para la determinación del valor del bien reivindicado, a los medios de prueba ordinarios, como es, en este caso, la pericial”, contradiciendo con tal argumento, anteriores Sentencias de la misma Sala, entre otras Sentencia de 26 de junio de 2009, Rec. 2252/2004), “... que la parte demandada es una Administración pública en los términos establecidos en el artículo 2.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 1.2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por cuanto que estamos ante un ente o corporación local, siendo evidente que la reclamación efectuada lo es a efectos indemnizatorios -con independencia de los avatares existentes en relación a la titularidad de los bienes secuestrados y posteriormente expropiados- por cuanto que se está reclamando el importe del valor de uso de unos vehículos utilizados para un servicio público por cuenta de dicha Administración, corresponde entender, que existe una clara falta de jurisdicción de los tribunales civiles”.

Quedó al margen de la casación, una cuestión interesante –y que podría haber determinado la inadmisión ab initio de la acción reivindicatoria-, y es el hecho de haber operado la institución civil de la “*usucapio*” (prescripción adquisitiva por inacción del titular del derecho) a favor de la administración demanda, cuestión que fue planteada en el recurso de casación, aunque en un momento procesal inadecuado, ya que tal argumento (que no fue planteado en la primera instancia y que la Sentencia recurrida por tanto, no atendió) constituía una cuestión “nueva” que no podía justificar la casación. Nos quedamos por tanto con la duda de cuál hubiera sido el desenlace, aunque se pudiera predecir el resultado, ya que si no podía operar la prescripción extraordinaria (Art. 1959 del Código Civil), al no poderse acreditar que hubieran transcurrido 30 años desde la ocupación del terreno por la Administración, mismo camino hubiera seguido la ordinaria (Art. 1957 del Código Civil) que exige la concurrencia de “justo título”¹².

¹² La STS de 28 de noviembre de 2003, Recurso de Casación núm. 2263/1999, señala: “El justo título, entendido en los términos exigidos por el artículo 1952 del Código Civil como el que legalmente baste o sea suficiente para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, en el caso que enjuiciamos es verdadero y válido, pues, como señala la sentencia impugnada... hubo cesión por parte del promotor, constructor y de la Obra Sindical Hogar y Arquitectura, de los terrenos segregados de la finca matriz... el hipotético supuesto que contempla el Tribunal sentenciador, sobre el hecho de que los constructores careciesen o pudieran carecer de la disponibilidad jurídica de los terrenos que cedieron, no es óbice para la existencia del justo título, pues a los efectos del artículo 1952 del Código Civil se entiende como título verdadero y válido todo aquel existente que baste para transferir el dominio y no contenga vicio de falsedad o simulación”.

LA RESPONSABILIDAD CONTABLE

José Luis VALLE TORRES

Viceinterventor de la Diputación Provincial de Málaga

SUMARIO:

1. El Tribunal de Cuentas y sus funciones.
2. La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas.
3. La responsabilidad contable.
4. Referencia al ámbito local.
5. Procedimientos jurisdiccionales.
6. Relaciones entre la jurisdicción contable y otras instancias.

1. EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y SUS FUNCIONES.

La Constitución Española (en lo sucesivo CE) en su art. 136.1 contempla al Tribunal de Cuentas como «*el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del Sector Público*», pero no es el único órgano fiscalizador en este campo, ya que con él coexisten los órganos de control externo de algunas comunidades autónomas.

Nuestra Constitución lo hace depender de las Cortes Generales, aunque con independencia en el ejercicio de su función. Siguiendo el modelo latino tiene atribuidas funciones fiscalizadoras y jurisdiccionales.

Las normas que regulan el control externo del Sector Público se resumen en las siguientes:

- Constitución Española: arts. 136 y 153 d).
- Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo (LA LEY 1196/1982), del Tribunal de Cuentas (LOTCu).
- Estatutos de Autonomía que prevean su existencia en la Comunidad correspondiente.
- Ley Orgánica 8/80, de 22 de septiembre (LA LEY 1790/1980), de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

- Ley 7/88, de 5 de abril (LA LEY 640/1988), de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu).

El Tribunal de Cuentas realiza, según el art. 2 de la LOTCu, dos funciones:

- a. La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del Sector Público.
- b. El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

2. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS.

Aparte de lo previsto en el art. 2 de la LOTCu en cuanto a la función de enjuiciamiento, el Tribunal Constitucional reconoce esta función en Sentencia de 17/10/88: *«el enjuiciamiento contable aparece configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional»*.

El antecedente histórico más próximo de esta función jurisdiccional es precisamente el art. 136 de la CE que reconoce al Tribunal de Cuentas jurisdicción propia, lo cual se traduce en el poder de declarar derecho y decidir sobre conflictos con fuerza de cosa juzgada.

Según la STC anteriormente citada, su actividad consiste en *«aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndolo o condenándolo y, en última hipótesis, ejecutando coactivamente su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento judicial»*.

Asimismo el art. 15 de la LOTCu establece que *«el enjuiciamiento contable como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos»*.

Esta jurisdicción es calificada, por otra parte, en el art. 17 como *«necesaria e improrrogable, exclusiva y plena»* tratándose de una jurisdicción cuyo carácter de auténtica se reconoce en diversas Sentencias del Tribunal Constitucional (16/11/92; 17/10/88; 31/01/91) y del Tribunal Supremo (16/07/88; 22/05/90; 27/05/95 y 23/10/96 de la Sala 3.^a y 27/09/91 y 10/02/95 de la Sala 2.^a).

La jurisdicción del Tribunal de Cuentas en el campo de su competencia es plena y exclusiva para todo el territorio nacional, pero en el ejercicio de la misma el Tribunal de Cuentas no está integrado en el Poder Judicial, aunque el art. 136 de la CE, antes citado, considera que se trata de jurisdicción propia, lo cual no vulnera el art. 117.3 de la CE (según Auto TC de 29/10/96 y STC 17/10/88) porque contra las Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas cabe Recurso de Casación ante el TS. Por otra parte, según el reiterado art. 136 de la CE los órganos de la jurisdicción contable disfrutan de la misma independencia e inamovilidad que los jueces y están sometidos a las mismas incompatibilidades.

3. LA RESPONSABILIDAD CONTABLE.

3.1. Consideraciones generales.

De acuerdo con J. PASCUAL en su obra *Régimen Jurídico del Gasto Público*, «la responsabilidad contable es una forma de responsabilidad patrimonial que supone la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública de los daños y perjuicios causados a la misma». Y añade el citado autor que «las infracciones contables, al contrario que las disciplinarias o penales, no dan lugar a la imposición de una pena o sanción sino sólo a la reparación del daño causado».

Por tanto --y esto es importante señalarlo-- la responsabilidad contable existe exclusivamente cuando se produce un daño real, lo cual descarta del concepto la aparición de una mera «antijuridicidad formal» (infracción de las normas presupuestarias o contables) si no se da la «antijuridicidad material» (perjuicio en los caudales o efectos públicos); ésta es la doctrina que mantiene también el propio Tribunal de Cuentas en Auto de 21/10/1994 de su Sala de Justicia.

La plasmación normativa del concepto viene recogida en el art. 38.1 de la LOTCu: -- «el que por acción u omisión contraria a la Ley que originase el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados».

Este art. 38.1 da un concepto excesivamente amplio de «responsabilidad contable» porque puede llevar a la interpretación --si se acepta en su literalidad-- a identificar «responsabilidad contable» con «responsabilidad material».

No obstante el art. 49.1 de la LFTCu ajusta más el concepto cuando establece: «la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que,

desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaran menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones y omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector».

De lo dicho hasta ahora, la responsabilidad contable puede, en una primera aproximación, caracterizarse por las siguientes notas:

- Se trata de una especie dentro del género de la responsabilidad civil.
- El contenido esencial consiste en la obligación de indemnizar daños y perjuicios por quienes los causen en el ejercicio de su cargo y con motivo del manejo de caudales o efectos públicos.
- Se trata de una responsabilidad con efectos patrimoniales y no sancionadores.
- Es totalmente compatible con la responsabilidad disciplinaria y con la responsabilidad penal.

También es importante señalar, respecto a la responsabilidad contable, las causas de exención de la misma que, como señala el art. 39 de la LOTCu, son:

- La obediencia debida
- El incumplimiento por otras personas de sus obligaciones específicas.

3.2. Clases de responsabilidad contable.

A) Responsabilidad directa

Son responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperar en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución (art. 42.1 LOTCu).

En los supuestos de autoría esta responsabilidad es exigible siempre que exista dolo, culpa o negligencia grave en la conducta. En los supuestos de participación dolosa en inducción cuando haya complicidad y encubrimiento.

B) Responsabilidad subsidiaria

Son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las leyes o reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas. La responsabilidad subsidiaria obliga a indemnizar si no lo hacen los responsables directos (art. 43 LOTCu). Hay que añadir que para que la responsabilidad subsidiaria exista la culpa ha de ser grave.

Por último debemos insistir en señalar que es necesario para exigir responsabilidad contable de cualquier tipo que exista dolo, culpa o negligencias graves según el art.49.1 de la LFTCU, señalando éste art. que la jurisdicción contable sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable.

Según el art. 38.3 de la LOTCu, la responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados, no habiendo lugar nunca a su moderación por el Tribunal; la subsidiaria, en cambio, puede ser moderada y se limita a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos.

3.3. Transmisión y prescripción

Las responsabilidades contables, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables al aceptar aquéllos expresa o tácitamente la herencia, pero esta transmisión sólo lo será por la cuantía líquida de la misma

La prescripción de las responsabilidades contables viene regulada en la D.A. 3.ª de la LFTCu:

- El plazo general es de 5 años, como el establecido en el art. 181 de la Ley General Presupuestaria para los Derechos de la Hacienda Pública.

Pero aparte de este plazo general hay dos especiales: uno de 3 años para las responsabilidades que se manifiesten en el examen y comprobación de cuentas, en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por Sentencia judicial. Otro, el de las responsabilidades que deriven de hechos

constitutivos de delitos, en cuyo caso el plazo será el mismo que para las responsabilidades civiles derivadas de los mismos.

- El plazo de 4 años empieza a contarse desde la fecha en que hubieran tenido lugar los hechos que originaron la responsabilidad y el plazo de 3 desde la fecha de terminación del expediente o procedimiento correspondiente o desde que la Sentencia fue firme.
- El plazo se interrumpirá desde que se hubiera comenzado cualquier actuación de fiscalización o procedimiento de tal naturaleza o disciplinario o jurisdiccional que tuviera como fin examinar los hechos causantes de la responsabilidad contable.

Volverá a correr de nuevo desde que tales actuaciones o procedimientos se paraliquen o concluyan sin declaración de responsabilidad.

Por último debemos añadir que la jurisprudencia considera que la iniciación del expediente o de las actuaciones previas produce la interrupción cuando de ello tiene conocimiento formal el presunto responsable.

3.4. Supuestos que generan responsabilidad contable

Para que se produzca responsabilidad contable es necesaria la existencia de una infracción --bien sea por acción o por omisión-- de alguna norma jurídica relativa al régimen presupuestario y/o de contabilidad en el Sector Público.

La Ley General Presupuestaria relaciona las siguientes infracciones de estos tipos:

- a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.
- b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- c) Comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la presente Ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.

- d) Dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas.
- e) No rendir las cuentas reglamentariamente exigidas o presentarlas con graves defectos.
- f) No justificar la inversión de los fondos a que se refieren los artículos 79 y 81 de esta Ley.
- g) Cualquier otro acto o resolución con infracción de la presente Ley.

Aparte de todos estos casos, también se añaden el de la responsabilidad dimanante, en su caso, de la prescripción de créditos de la Hacienda Pública.

Las infracciones contables pueden clasificarse en dos grupos fundamentales:

- Alcance o malversación.
- Otras infracciones.

A) Alcance

Según el art. 72 de la LFTCu «se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas».

B) Malversación

Según el mismo artículo «se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo.

El concepto de «malversación contable» no coincide con el del «delito de malversación» que se tipificaba en el art. 397 del anterior Código Penal (y que no tiene homólogo en el nuevo Código), porque la «malversación contable» no comprende en su concepto la acción de dar a los fondos públicos un destino diferente para el que se han dotado.

Para que podamos hablar de «malversación contable», es necesario que se dé a los caudales o efectos un uso privado, sea éste propio o ajeno. Conclusión de esta afirmación es que no puede tramitarse un procedimiento de reintegro por alcance por el hecho de haber dado a los caudales o efectos públicos un destino distinto al que tenían previsto en el documento presupuestario público correspondiente; en todo caso, si se diera esta última circunstancia podría exigirse otro tipo de responsabilidad distinta.

3.5. Sujetos responsables

Están sujetos a la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública las autoridades y funcionarios que adopten las resoluciones o realicen los actos constitutivos de infracción; incluyendo, entre los posibles responsables, a los Interventores y a los Ordenadores y excluye a los terceros ajenos a la Administración.

El problema más importante que se plantea es el de determinar qué ha de entenderse por «autoridades y funcionarios».

Sobre el particular se ha pronunciado la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia de 26/03/96; según la doctrina de esta Sala, lo que determina la posibilidad de considerar sujeto infractor a una persona es el hecho de que ésta maneje fondos públicos en el ejercicio de una función o cargo público del que esté legalmente en posesión. Lo normal es que tal condición sea atribuible a autoridades y funcionarios en el sentido jurídico-administrativo de la palabra, pero también -y a efectos de responsabilidad- puede atribuirse la condición a particulares que, en determinados supuestos, serían considerados funcionarios.

Se consideran, también, cuentadantes a «los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del estado, sin perjuicio de que sean intervenidas las respectivas operaciones».

Por lo tanto, el concepto de cuentadante en la LOTCu y en la LFTCu no es un concepto formal, sino funcional y, en consecuencia, debe aplicarse a todo el que maneje fondos públicos. Asimismo cabe decirse del concepto de «autoridades y funcionarios».

Como conclusión diríamos que lo que determina la posible condición de sujeto de responsabilidad es la relación con el manejo de los caudales públicos y no la condición jurídico-formal de «autoridad», «funcionario» o «cuentadante».

De otro lado, conviene también clarificar qué debe entenderse por «caudales o efectos públicos». En este sentido deben considerarse como tales los recursos financieros que integran el Tesoro Público del Estado, los de las Comunidades Autónomas y los de las Entidades Locales y, más dudosamente, los recursos de las Sociedades de Capital público, no habiendo habido en este último caso pronunciación jurisprudencial de ningún tipo.

3.6. Modos de tramitación de la exigencia de la responsabilidad contable

La exigencia jurisdiccional de la responsabilidad contable es competencia, como se viene diciendo, del Tribunal de Cuentas y concretamente de los Departamentos de Primera Instancia y de la Sala de Justicia o de Apelación, pero para que estos órganos puedan llevar a cabo su función jurisdiccional deben someterse previamente los supuestos de infracción a su conocimiento.

La tramitación es distinta según que los hechos constitutivos de infracción se detecten dentro de la propia Administración en que suceden o que se averigüen en el desarrollo de un procedimiento fiscalizador por el Tribunal de Cuentas.

Vamos a analizar cada uno de estos dos casos:

A) Detección de los hechos dentro de la propia Administración

Aquí el trámite a desarrollar por la Administración depende de que los hechos constitutivos de responsabilidad deriven de alcance o de responsabilidad distinta al alcance.

a) Caso de alcance

Corresponde la exigencia de responsabilidad en este caso exclusivamente al Tribunal de Cuentas. La Administración aquí se limita a instruir diligencias previas y a tomar las medidas oportunas para asegurar los derechos de la Hacienda Pública.

La apertura de las diligencias previas es competencia de los funcionarios superiores o jefes de los presuntos responsables y también corresponde a los ordenadores de pago.

Si de la instrucción de estas diligencias se confirmaran indicios de este tipo de responsabilidad, los instructores de las mismas deben dar conocimiento inmediato al Tribunal de Cuentas. Las diligencias se archivarían si, tras la investigación, se estimara que dichos indicios no tienen fundamento o si, teniéndolos, el presunto responsable procediera al reintegro por la cantidad fijada para el alcance en la investigación.

Si el hecho constitutivo de la responsabilidad consistiera en que los plazos para justificar las órdenes de pago de esta naturaleza hubieran transcurrido sin que se hubiera producido tal justificación, entonces las mismas personas a las que antes se ha hecho referencia deben comunicar la situación al Ministro de Economía y Hacienda. En el caso de la Administración Local, esta comunicación debería dirigirse al Concejal o Diputado de Hacienda o al Presidente de la Entidad.

Es conveniente, por último, añadir lo que, en esta materia, establece el RD 2188/95 en su art. 42 cuando dispone que «cuando, en la práctica de un control, el Interventor actuante aprecie que los hechos acreditados en el expediente pudieran ser susceptibles de constituir una infracción administrativa o de responsabilidades contables o penales, lo deberá poner en conocimiento de la IGAE, la cual, si procede, remitirá lo actuado al órgano competente para la iniciación de los oportunos procedimientos», actuación que no tiene cabida en la Administración Local, a menos que se prevea en normas internas de la misma (por ejemplo en las Bases de Ejecución del Presupuesto), en cuyo caso podría considerarse destinatario de la comunicación del Interventor el Concejal o Diputado de Hacienda o el Presidente de la Entidad o algún órgano colegiado.

b) Caso de responsabilidad distinta del alcance

En este caso, la responsabilidad puede exigirse a través de expediente administrativo pero entonces ha de darse conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas, el cual puede avocar para sí su conocimiento.

En este campo el art. 41.1 de la LOTCu establece que «en los casos en que las responsabilidades a que se refiere el art. 38 sean exigibles con arreglo a normas

específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto».

En estos casos la Administración del Estado debe seguir el procedimiento que regula el RD 700/88 sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable.

Si el Tribunal no avoca el expediente, entonces el acuerdo de incoación, el nombramiento de Juez instructor y la resolución del expediente corresponden al Gobierno si se trata de presuntos responsables que tengan oficialmente la condición de autoridad. En caso contrario, estos tres pasos del expediente corresponden al Ministro de Economía y Hacienda.

La resolución debe ser informada por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y pondrá fin al expediente, con audiencia de los interesados, pronunciándose sobre los daños y perjuicios originados a los bienes y derechos de la Hacienda Pública e imponiendo a los responsables la obligación de indemnizar al Tesoro por la cuantía que se fije y el plazo que se determine, incluidos los intereses a contar desde la fecha en que se produjo el daño.

En las Administraciones Públicas no estatales no es aplicable el RD 700/88, sino el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/93).

El art. 20.2 de este Reglamento dice que cuando los daños y perjuicios causados a las Administraciones Públicas se originen por acciones y omisiones constitutivas de responsabilidad contable, será de aplicación lo previsto en los arts. 140 y siguientes de la LGP, o las normas sobre la materia que resulten de respectiva aplicación al resto de las Administraciones Públicas, así como las previsiones contenidas en la Legislación del Tribunal de Cuentas.

En estas Administraciones no estatales, el procedimiento es el que se prevé en el art. 21 del citado Reglamento.

En general, cabe recurso ante el Tribunal de Cuentas por las resoluciones que dicte la Administración en estos expedientes, según lo establecido en el art. 41.2 de la LOTCu.

B) Detección de los hechos por el Tribunal de Cuentas

Los hechos que generan responsabilidad contable pueden manifestarse también como consecuencia del desarrollo de un procedimiento fiscalizador de este Tribunal.

En este caso, el procedimiento dará lugar a lo que se denominan «actuaciones previas» que aparecen como enlace entre la función fiscalizadora y la función de enjuiciamiento contable del Tribunal.

Cuando se den hechos que presuntamente produzcan daños a la Hacienda Pública, las «actuaciones previas» se dirigen a profundizar en el conocimiento de tales hechos con el fin de dar soporte a la vía jurisdiccional de tal modo que las «actuaciones previas» constituyen la fase instructora del procedimiento jurisdiccional encaminado a exigir las responsabilidades contables correspondientes.

Se ha discutido mucho la naturaleza jurídica de las «actuaciones previas» para dilucidar si se trata de un procedimiento de naturaleza administrativa o, por el contrario, de naturaleza jurisdiccional pero, aunque no existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencia consolidada al respecto, se puede afirmar que son actuaciones encaminadas al enjuiciamiento y, en su caso, exigencia de responsabilidad y, en tal sentido, incluidas en el procedimiento enjuiciador: son actuaciones posteriores a las propiamente fiscalizadoras.

Las «actuaciones previas» se regulan en el Capítulo XI del Título IV de la LFTCu donde se contemplan tres tipos:

a) Pieza separada

El presupuesto previo de su existencia es el examen de una cuenta o cuentas o la tramitación previa de un procedimiento fiscalizador que haya puesto de manifiesto hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad distinta del alcance. La «pieza separada» se configura como una «actuación previa» al «juicio de cuentas».

Se inicia por acuerdo del Consejero de Cuentas de oficio o a solicitud del Abogado del Estado o del Ministerio Fiscal y se ha de citar al presunto responsable si la iniciación de la pieza es requerida por el Abogado del Estado o por el Ministerio Fiscal y el Consejero deniega el requerimiento, puede interponerse contra tal denegación el recurso al que se refiere el art. 48 de la LFTCu cuando en él se dice

que «Contra las resoluciones dictadas en la pieza separada... se dará recurso ante la Sala del Tribunal que corresponda, a interponer dentro del plazo de cinco días. Contra las resoluciones de la Sala resolviendo los recursos prevenidos en el párrafo anterior, no se dará recurso alguno, sin perjuicio de lo que se acordare, al respecto, en el procedimiento jurisdiccional y de lo que, en su día, procediere en punto al recurso de casación».

Una vez ultimada la «pieza separada» se remitirá a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal para la iniciación, en su caso, de «juicio de cuentas».

b) Diligencias preliminares de archivo.

Nos estamos refiriendo al archivo que se contempla en el art. 46.2 de la LFTCu. El objeto de estas diligencias es precisamente tal archivo, es decir (el de las actuaciones que deberían haber pasado a la Sección de Enjuiciamiento), «cuando los hechos manifiestamente no revistan los caracteres de alcance o cuando no fuera éste individualizado con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración o manejo de caudales o efectos públicos».

Estas actuaciones pueden derivar de un procedimiento fiscalizador o de una gestión de caudales o efectos públicos fuera del proceso de rendición de cuentas.

Se dará audiencia durante el plazo de cinco días al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y, en su caso, al que hubiera pretendido la exigencia de responsabilidad contable. Esta audiencia corresponde acordarla al Consejero de Cuentas al que hubiera correspondido la instrucción de las citadas «Diligencias preliminares». Después de este trámite de audiencia, el Consejero podrá decretar el archivo; contra tal resolución cabe recurso ante la Sala del Tribunal en el plazo de cinco días.

c) Actuaciones de instrucción en los procedimientos de reintegro por alcance.

Las «actuaciones de instrucción» (art. 47 LFTCu) son previas al procedimiento de reintegro por alcance y tienen lugar con motivo de la existencia de hechos presuntamente constitutivos de alcance que se han hecho patentes tanto en un procedimiento fiscalizador del Tribunal de Cuentas como en el caso de que hubieran sido detectados en el seno de la propia Administración.

La LFTCu establece en su art. 46.1 que «los hechos supuestamente constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, tanto si su conocimiento procede del examen y comprobación de cuentas o de cualquier otro procedimiento fiscalizador, como si es consecuencia de una gestión de aquéllos que hubiera tenido lugar al margen del proceso normal de rendición de cuentas al Tribunal, se pasarán a la Sección de Enjuiciamiento a efectos de que proponga a la Comisión de Gobierno, si procediera, el nombramiento del Delegado Instructor en los términos prevenidos en la Ley Orgánica 2/82 (LOTCu) y en la presente. El nombramiento puede recaer en funcionarios del Tribunal o en un funcionario público de la provincia en la que hayan tenido lugar los hechos; tal nombramiento es de obligada aceptación para el funcionario que se designe (art. 26 LOTCu).

Las «actuaciones de instrucción» se pueden agrupar en las siguientes:

- Diligencias Iniciales: su finalidad es conseguir la mayor cantidad de datos e información para poder establecer provisionalmente los hechos, el alcance y, en su caso, los presuntos responsables.
- Liquidación provisional: va encaminada a la presentación ordenada y sistemática de los resultados logrados en las «diligencias iniciales» para ser incorporados al procedimiento y puestos de manifiesto a los presuntos responsables con objeto de que éstos depositen o garanticen la cuantía provisional del alcance incluidos los intereses o, en caso contrario, le sean embargados los bienes suficientes para asegurar sus eventuales responsabilidades.

Esta liquidación provisional se recoge en un acta que se formula en presencia de los presuntos responsables, del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado y en ella se hacen constar los hechos y las actuaciones practicadas, la partida de alcance y las alegaciones de los comparecientes. Esta acta es un trámite previo pero no vinculante para que los legitimados activos en el procedimiento puedan formular sus respectivas pretensiones.

Si en las actuaciones previstas en el art. 47 de la LFTCu no se accediera a incluir en las diligencias los puntos que señalaren los comparecientes o si se causara indefensión, cabe el recurso ante la Sala del Tribunal que corresponda en el plazo de cinco días (art. 48 LFTCu).

4. REFERENCIA AL ÁMBITO LOCAL

A la *responsabilidad contable* en el ámbito local se refiere el TRLRHLL (RRLtvo. 2/2004) cuando, establece que «*los Ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los Interventores de las Entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente*».

Esta *responsabilidad contable* no es sino un caso particular dentro de un concepto más amplio de *responsabilidad* contemplado en la *Ley 7/85 RBBRL*: Así, esta Ley establece que «*las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando, por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla*».

En este mismo campo les es de aplicación a las Entidades locales el texto del artículo 145 de la *Ley 30/92 RJAPPAC* que se refiere a la «*Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*». De un modo más específico, la *responsabilidad contable* se contempla en el artículo 20.2 del *Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/93)* en cuyo texto se dice que «*Cuando los daños o perjuicios a que se refiere el anterior apartado fueran originados por acciones u omisiones de las autoridades o funcionarios del servicio de las Administraciones públicas constitutivos de responsabilidad contable, será de aplicación lo previsto en los artículos 140 y siguientes del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (LA LEY 1801/1988), o las normas sobre la materia que resulten de respectiva aplicación al resto de las Administraciones públicas, así como las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (LA LEY 1196/1982), del Tribunal de Cuentas, y Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento de dicho Tribunal*.

En el ámbito de la Administración General del Estado se aplicará, en su caso, el procedimiento regulado en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio (LA LEY 1314/1988)».

Como se ve, este texto último remite a la *LGP* y a la *LOTCU*,

«*Las autoridades y funcionarios de cualquier orden que por dolo, culpa o negligencia graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las*

disposiciones de esta Ley estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder».

Por lo demás, todo cuanto se ha dicho en los epígrafes III.1.2 a III.1.6, inclusive, de este estudio es de aplicación a las Entidades locales.

5. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES.

La jurisdicción contable se puede ejercer por tres instancias:

- Los Consejeros de Cuentas.
- La Sala del Tribunal de Cuentas.
- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Por regla general, los Consejeros ejercen la jurisdicción en primera instancia; la Sala del Tribunal de Cuentas conoce de las apelaciones contra las Sentencias de los Consejeros o de los recursos contra las resoluciones de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resuelve los recursos de casación interpuestos con motivo de pronunciamientos de las otras dos instancias.

Los procedimientos de la jurisdicción contable son de tres categorías:

- *«Procedimiento de reintegro por alcance»* para la exigencia de responsabilidad por alcance o malversación.
- *«Juicio de Cuentas»* para la exigencia de responsabilidad distinta del alcance o de la malversación.
- *«Expediente de cancelación de fianzas»* prestadas por gestores de caudales públicos.

La responsabilidad contable se resuelve a través de los dos primeros procedimientos, los cuales son «procedimientos contenciosos».

La legitimación activa en ellos corresponde a la Administración Pública perjudicada y al Ministerio Fiscal. La legitimación pasiva a los presuntos responsables, sus causahabientes y todas aquellas personas que se consideren perjudicadas,

admitiéndose en cualquiera de ellos la acción pública sin necesidad de prestar caución para ejercerla.

El procedimiento de reintegro se desarrolla siguiendo los trámites establecidos en la LFTCu (arts. 72 a 74) y en lo que en esta Ley no se prevea por los del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil. El *juicio de cuentas* seguirá, en lo no previsto en la LFTCu (arts. 68 a 71), los trámites del procedimiento contencioso-administrativo.

Tienen en común uno y otro procedimiento el hecho de que se requiere recepción de las actuaciones previas o del expediente administrativo y publicación de los hechos en edictos para que puedan personarse los legitimados para el mantenimiento u oposición de la pretensión y por último emplazamiento del Ministerio Fiscal, del Abogado del Estado o de la Administración perjudicada y de los presuntos responsables.

El órgano jurisdiccional puede declarar que no haya incoación del juicio contable, previa audiencia de las partes que comparecen si se demostrara inequívocamente que no existe responsabilidad contable o falta de jurisdicción o competencia o procedimiento fiscalizador. Del mismo modo, si no se plantea demanda por parte de los legitimados activos se acordará el archivo de los autos.

Las Sentencias en los «*juicios de cuentas*» o en el «*procedimiento de reintegro por alcance*» fijarán la cuantía de los daños y perjuicios irrogados a la Administración y condenará a los responsables al pago de los mismos.

El «*expediente de cancelación de fianzas*» trata de comprobar la inexistencia de responsabilidad contable para, en su caso, permitir la cancelación o devolución de las que se prestaron en su momento.

Se inicia con una solicitud del interesado a la que éste unirá una relación de las cuentas que debió rendir. Hechas las oportunas verificaciones y previa audiencia del Ministerio Fiscal y representación de la Entidad a cuyo favor se constituyó la garantía, el Consejero acordará la devolución de la fianza, si ello procede. En caso contrario --si hay indicios de responsabilidad contable-- se procederá a iniciar el «*juicio de cuentas*» o el «*procedimiento de reintegro por alcance*»

6. RELACIONES ENTRE LA JURISDICCION CONTABLE Y OTRAS INSTANCIAS.

Cuando los actos relacionados con el manejo de caudales públicos se desvían de la legalidad pueden dar lugar a los siguientes tipos de actuaciones:

- Administrativas
- Penales
- Contencioso-administrativas
- Contencioso-contables.

Como es sabido, es competencia privativa del Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que pudieran incurrir las personas que manejan fondos públicos. Esta competencia implica, de un lado, que el Tribunal de Cuentas no puede inmiscuirse en los ámbitos propios de otras instancias jurisdiccionales, pero a la vez impide que estas otras instancias invadan el ámbito de aquél.

En la materia que estamos tratando --y según el art. 16 de la LOTCu en relación con el art. 49 de la LOFCu-- hay que decir que no corresponde a la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas el conocimiento de aquellos asuntos que por ley o por su naturaleza están atribuidos al Tribunal Constitucional o a los Tribunales Ordinarios en las distintas especialidades civil, penal, contencioso-administrativa o laboral. Por último debemos recordar que la jurisdicción contable es calificada de «necesaria e improrrogable, exclusiva y plena».

6.1. Actuaciones administrativas y jurisdicción contable

Pueden darse situaciones de conflicto entre la Administración y la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas cuando aquélla tramita procedimientos para la exigencia de responsabilidades contables o procedimientos sancionadores o disciplinarios por actos que son simultáneamente constitutivos de responsabilidad contable.

En la Ley General Presupuestaria y en la legislación vigente sobre el Tribunal de Cuentas se delimitan los campos de actuación de modo bastante preciso: a la Administración le corresponde --ya lo hemos visto-- la tramitación de expedientes administrativos de responsabilidad contable diferente del alcance y el conocimiento de los cuales puede recabar para sí el Tribunal de Cuentas, si bien cabe la interposición de

recursos ante la Sala de Justicia del Tribunal contra las resoluciones de la Administración que pongan fin a estos expedientes.

El conflicto entre ambas instancias puede surgir con motivo de la exigencia de reintegro a los perceptores de subvenciones que la Administración tramite en aplicación de lo previsto en la Ley General Presupuestaria. Si las actuaciones de la jurisdicción contencioso-contable en este caso se dirigen sólo contra las autoridades y funcionarios presuntamente causantes del daño, entonces no habrá lugar a colisión de competencias con las actuaciones administrativas, ya que la finalidad última de unas y otras actuaciones es obtener el reintegro por parte del perceptor. La situación de conflicto surge si el Tribunal de Cuentas se dirige por presunta infracción contable contra el perceptor y la Administración también exige a éste el reintegro por su vía. En este caso, si no se inhiben uno u otra se estaría reclamando la cantidad al perceptor por dos vías diferentes. Estas posibles situaciones de concurrencia entre la Administración y el Tribunal de Cuentas para el reintegro de subvenciones han sido objeto de estudio y análisis por el autor José PASCUAL en su obra *Régimen Jurídico de las Subvenciones Públicas* (Editorial BOE).

Pueden también surgir situaciones de conflicto entre los procedimientos administrativos o judiciales para la exigencia de responsabilidades contables y los expedientes sancionadores que se tramiten por los mismos hechos. Estas contradicciones podrían resolverse del siguiente modo:

- a) Si el Tribunal de Cuentas conoce de un supuesto de responsabilidad contable por hechos probados en expediente administrativo sancionador, la resolución administrativa en tal expediente será un elemento de prueba más pero no un condicionante en la apreciación de los hechos por el Tribunal de Cuentas.
- b) Si la Administración conoce en un expediente sancionador o de reintegro de hechos declarados probados en la instancia jurisdiccional penal, deben ser respetados estos hechos siempre por la Administración (art. 137.2 LRJPAC). Si los hechos han sido declarados probados por otras jurisdicciones -y entre ellas la contable- la Administración debe reconocer a la Sentencia correspondiente al menos el valor de documento probatorio de los hechos (art. 596.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

6.2. Jurisdicción contable y jurisdicción penal

El art. 18 de la LOTCu declara la compatibilidad entre una y otra jurisdicción cuando en su art. 18 establece que: «la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la

jurisdicción penal». Por otra parte, el art. 49.3 de la LFTCu se refiere también a la relación entre las dos jurisdicciones: «cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el art. 18.2 de la Ley Orgánica 2/82 (LOTCu), el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

El Tribunal de Cuentas debe abstenerse de conocer de las cuestiones prejudiciales e incidentales de carácter venal (art. 17.2 LOTCu). Por otra parte el orden penal prevalece en el tema de la fijación de los hechos y de la autoría (art. 44 LOPJ (LA LEY 1694/1985).

Del análisis e interpretación de los preceptos citados se desprenden las siguientes conclusiones:

- a) El procedimiento contable no se suspende durante la tramitación del procedimiento penal: ésta es la regla general, pero podría suspenderse si existen cuestiones prejudiciales penales.
- b) La tramitación del procedimiento contable no suspende, en principio, el procedimiento penal.
- c) La sentencia penal no debe declarar la obligación de resarcir a la Hacienda Pública por el importe defraudado y sus intereses, pues de hacerlo incurriría en exceso de jurisdicción.

La compatibilidad de los órdenes jurisdiccionales penal y contable ha sido recogida en jurisprudencia penal (Sentencias del Tribunal Supremo: 10/02/95; 19/11/94; 27/09/94) y en jurisprudencia contable (Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas: 24/03/94; 06/05/94; 30/06/94).

Existen algunas zonas de confluencia entre la jurisdicción contable y penal, concretamente en los supuestos de delitos de malversación de fondos públicos y de fraude de subvenciones. El punto más conflictivo en estos casos es la fijación de la cuantía, ya que la cantidad defraudada concreta la responsabilidad contable y constituye un hecho fundamental para evaluar la existencia del delito de fraude de subvenciones (existe el delito a partir de 10 millones de ptas.) así como para fijar la pena en la malversación.

Puede ocurrir que la responsabilidad contable no coincida en cantidad con la que en el ámbito penal se considera defraudada, pero lo más normal es que coincidan ambas. Precisamente en el art. 72 LFTCu considera la malversación de caudales o efectos públicos como «su sustracción o el consentimiento para que ésta se verifique» con lo cual se puede concluir que la cantidad sustraída es penal y contablemente una cantidad malversada. La LOTCu en su art. 18 contempla esta concurrencia: «cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia».

De acuerdo con la actual jurisprudencia y la configuración legal de los órdenes jurisdiccionales contable y penal, los hechos y la autoría han de ser los mismos y los fallos de una y otra jurisdicción no pueden ser contradictorios porque se conculcarían el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 Constitución) y el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución).

6.3. Jurisdicción contable y jurisdicción contencioso-administrativa

Aquí nos vamos a referir al art. 41.2 de la LOTCu cuando establece «las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren responsabilidades contables serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente».

Esto quiere decir que no es posible combatir estas resoluciones de la Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa; lo único que se puede recurrir ante esta última jurisdicción son las sanciones administrativas o disciplinarias que la Administración imponga a los funcionarios, a los gestores públicos o a los perceptores de subvenciones por infracciones cometidas por estos sujetos en este campo, siendo compatible la jurisdicción contable con la potestad disciplinaria (art. 18.1 LOTCu).

Por último debemos añadir que, de acuerdo con el art. 47.2 de la LOTCu, «las Administraciones Públicas podrán ejercer toda clase de pretensiones ante el Tribunal de Cuentas, sin necesidad de declarar previamente lesivos los actos que impugnen», en virtud de que estas pretensiones de responsabilidad no van dirigidas contra el administrado a que se dirige el acto administrativo, sino contra las autoridades y funcionarios que hayan dictado el acto irregular.



Revista digital CEMCI
Número 21: octubre a diciembre de 2013



ÚLTIMAS REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: REFORMAS EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL, ORFANDAD Y SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DEL HOGAR

José María VIÑAS ARMADA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

SUMARIO:

1. Reformas en materia de incapacidad temporal.
2. Reformas de la pensión de orfandad.
3. Reformas en el sistema especial de empleados del hogar.

1. REFORMAS EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

1.1. Punto de partida.

La Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, y la disposición transitoria tercera de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, autorizaban al Gobierno para que procediera a la integración del colectivo incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, en el Régimen General de la Seguridad Social; lo que se llevó a cabo con el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril (BOE núm. 80 de 03/04/1993), que establecía:

Artículo 1. Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local.

1. El personal activo y pasivo que, en 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local quedará integrado con efectos del 1 de abril de 1993 en el Régimen General de la Seguridad Social.

2. A partir de la fecha de integración, al personal indicado en el apartado anterior le será de aplicación la normativa del Régimen General de la Seguridad Social, con las particularidades previstas en el presente Real Decreto.

Las particularidades en relación con la incapacidad temporal a las que se refiere, se encuentran recogidas en su Disposición Transitoria Quinta, que establece que dicha prestación, cuando derive de contingencias comunes (no de accidente de trabajo o enfermedad profesional) se reconocerá y abonará por las propias Corporaciones Locales, entidades o instituciones que tengan a su cargo el personal activo que se integre.

Como compensación económica por los costes derivados del abono de la prestación de la incapacidad temporal común, las Corporaciones Locales, instituciones o entidades tendrán derecho a aplicar los correspondientes coeficientes reductores de la cotización por el personal activo objeto de integración, en los términos previstos en la normativa vigente para los supuestos de exclusión (colaboración voluntaria) de la incapacidad temporal del Régimen General.

1.2. Un paso más en el proceso de simplificación e integración: la integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal de nuevo ingreso en cualquier administración pública.

El Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, establece que todos los funcionarios que ingresen en cualquier Administración Pública española a partir del 1 de enero de 2011 quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien mantendrán, cuando así proceda de acuerdo con su normativa, el Mutualismo Administrativo.

En consecuencia, las pensiones -jubilación, invalidez, y de muerte y supervivencia- del personal de nuevo ingreso se reconocerán por el Instituto Nacional de la Seguridad Social conforme a la legislación reguladora del Régimen General. Asimismo, la Administración de la que dependan les dará de alta en dicho régimen, y les descontará de sus retribuciones de activo la cotización de Seguridad Social que corresponda, en lugar de la cuota de derechos pasivos.

No obstante, dado que la medida no afecta al mutualismo administrativo, la asistencia sanitaria, la prestación farmacéutica, el subsidio por incapacidad temporal, así como el resto de las prestaciones económicas gestionadas por dicho mutualismo, se prestarán a través de MUFACE, MUGEJU o ISFAS, cuando dicho personal ingrese en un Cuerpo incluido en su campo de aplicación.

1.3. Una primera reforma de la incapacidad temporal de los funcionarios.

Se produce por la homogeneización de la incapacidad temporal de los empleados públicos llevada a cabo por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 26/2009 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (hoy derogada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), que decía:

“Sin perjuicio de la integración en el RGSS del régimen especial de los funcionarios de la Administración Local y de la integración en dicho régimen de los funcionarios de la Administración General del Estado y de las Administraciones Autonómicas en los casos en los que así proceda, todos los funcionarios integrados en el RGSS, sea cual sea la administración en la que prestan sus servicios, cuando se encuentren en la situación de IT, durante los tres primeros meses, tendrán la misma protección en dicha situación que la prevista para los funcionarios civiles del Estado en el artículo 21.1.a del TR de la LSS de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por RDL 4/2000, de 23 de junio.”

El citado artículo establecía (hoy derogado):

Artículo 21. Prestación económica.

1. La prestación económica en la situación de incapacidad temporal consistirá:

a) Durante los primeros tres meses, en la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía a las que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en esta situación de incapacidad temporal, y con cargo a los mismos conceptos presupuestarios por los que se venían percibiendo dichas retribuciones.

1.4. La última y trascendente reforma de la incapacidad temporal

Se realiza por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE núm. 168 de 14/07/2012).

Las razones, según su exposición de motivos, son: “el proceso de consolidación fiscal y de sostenibilidad de las cuentas públicas (control del déficit público) exige de las Administraciones Públicas continuar adaptando una serie de medidas extraordinarias y cuya adopción debe ser urgente, dirigidas a racionalizar y reducir el gasto de personal

de las Administraciones Públicas y a incrementar la eficiencia de su gestión” (la reforma de la incapacidad temporal entra dentro del paquete de recortes retributivos y de otros derechos sociales que se han realizado sobre el personal al servicio de las Administraciones Públicas como congelación salarial, eliminación de la paga extraordinaria, limitación del número de días de asuntos particulares, etc.).

1. CONTENIDO DE LA REFORMA

a. Derogación normativa:

Contenido de la prestación económica de la incapacidad temporal durante los tres primeros meses: se deroga el artículo 21.1.a) del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, la disposición adicional sexta de la Ley 26/2009, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, el artículo 20.1.a) del Real Decreto legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el artículo 20.1.A del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen especial de seguridad social del personal al servicio de la Administración de Justicia.

b. Suspende los Pactos y Convenios en lo relativo a la incapacidad temporal:

Art. 9.7: se suspenden los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes que contradigan lo dispuesto en este artículo (referido a la IT).

Modificación del artículo 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público.

c. Modifica el Estatuto Básico del Empleado Público en relación con el contenido de la negociación colectiva y acuerdos del personal laboral (se pueden incumplir por causas económicas).

Se añade un párrafo segundo al artículo 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público con la siguiente redacción:

«Artículo 32. Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral (...)

Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de

interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.»

d. El contenido duro de la reforma: la reducción en el complemento sobre la prestación pública¹.

Artículo 9. “Prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes de las mismas y órganos constitucionales”.

Lo llama prestación, pero inmediatamente aclara que se refiere al complemento sobre la prestación:

2. Cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá complementar las prestaciones que perciba el personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y el personal laboral a su servicio en las situaciones de incapacidad temporal, de acuerdo con los siguientes límites:

1.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el cincuenta por ciento de las retribuciones que se vengán percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el setenta y cinco por ciento de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad. A partir del día vigésimo primero, inclusive, podrá reconocerse una prestación equivalente al cien por cien de las retribuciones que se vinieran percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

2.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser

¹ Da lugar a confusión la redacción de la rúbrica del artículo y el propio contenido: confunde prestación y complemento.

complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

3.º Quienes estén adscritos a los regímenes especiales de seguridad social del mutualismo administrativo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, percibirán el cincuenta por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso, desde el primer al tercer día de la situación de incapacidad temporal, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse la situación de incapacidad temporal. Desde el día cuarto al vigésimo día, ambos inclusive, percibirán el setenta y cinco por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias. Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

Además del art. 9, la DA 18 RDL 20/2012 establece las reglas para funcionarios y personal laboral de la Administración Central del Estado en caso de que estén incluidos en el Régimen General.

2. DEL ANÁLISIS DEL PRECEPTO SE DEDUCE:

- Se diferencia entre incapacidad temporal común e incapacidad temporal profesional.
- Se fijan reglas distintas según nos encontremos ante un empleado público incluido en el Régimen General o en una Mutualidad funcional (ya que el punto de partida es distinto, al ser diferentes las prestaciones de la Seguridad social a las que tendría derecho en un caso o en otro y en consecuencia los importes a complementar son diferentes).
- Incapacidad temporal (IT) derivada de contingencias comunes (CC): hay que diferenciar el período de baja: días 1 a 3, días 4 a 20, días 21 en adelante.

- a) Días 1 a 3 (ambos inclusive): No se percibe prestación de la SS, por lo que los únicos ingresos a percibir serían los que la Administración abone como mejora: Los empleados públicos en general “podrán percibir” un complemento retributivo de “hasta el 50%” de las retribuciones del mes anterior al de la IT (por lo que se deja la puerta abierta a que sea inferior); pero los empleados públicos encuadrados en mutualidades administrativas, así como los funcionarios y personal laboral de la Administración Central del Estado encuadrados en el RG o Régimen del Mar (DA 18 RDL 20/2012) “percibirán” “el 50%” de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo (sin margen). En ningún caso los funcionarios adscritos al mutualismo administrativo podrán percibir una cantidad inferior a la que corresponda a los funcionarios adscritos al RG, incluidos, en su caso, los complementos que les resulten de aplicación a estos últimos.
- b) Incapacidad temporal derivada de CC: Días 4 a 20: Prestación de la SS: RG (el 60% BR); en Mutualidades no se cobra aún IT, sino la retribución. Los empleados públicos en general “podrán percibir” un complemento retributivo, pero por un importe que sumado a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social, la suma de ambas cantidades no puede superar el 75% de las retribuciones del mes anterior al de la IT (se vuelve a dejar margen de actuación para que sea inferior); por el contrario, los empleados incluidos en las mutualidades administrativas, así como los funcionarios y personal laboral de la Administración Central del Estado encuadrados en el RG (DA 18 RDL 2/2012), “percibirán” el 75% de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo.
- c) Prestación de la Seguridad Social: Régimen General (el 75% BR); en mutualidades no se cobra aún IT, sino la retribución. Los empleados públicos, en general, “podrán percibir” un complemento retributivo (prestación lo llama el RDL 20/2012) equivalente al 100% de las retribuciones que se vinieran percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad (éste es uno de los apartados objeto de modificación por la corrección de errores, ya que originariamente indicaba que percibiría hasta la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias); pero los empleados afiliados a mutualidades administrativas, así como los funcionarios y personal laboral de la Administración Central del Estado encuadrados en el Régimen General

(DA 18 RDL 2/2012), “percibirán” la totalidad de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo. En el caso de los empleados encuadrados en el mutualismo administrativo, percibirán este importe hasta el día 90, salvo en el caso de los funcionarios de MUGEJU, que sería hasta el día 180 (a partir de esas fechas -90 ó 180- pasan a percibir la prestación de IT que corresponda según el Régimen de encuadramiento).

- d) Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad (para ambos colectivos).

3. RESPECTO A SU ENTRADA EN VIGOR HAY QUE HACER LAS SIGUIENTES PRECISIONES:

- Con carácter general, estas reglas no son de aplicación a los empleados públicos que a su entrada en vigor -15 de julio de 2012- se encuentren en IT (DT primera RDL 20/2012)
- Al personal al servicio de las administraciones públicas acogido al Régimen General o al Régimen Especial del Mar, les será de aplicación a partir de los tres meses de su publicación en el BOE (es decir, a partir del 15 de octubre). Estas reglas serán desarrolladas por cada Administración Pública en el plazo de tres meses desde la publicación de la norma (disposición transitoria decimoquinta RDL 20/2012, redactado por RDL 23/2012, de 24 de agosto).

4. OTRA NOVEDAD: EL DESCUENTO EN NÓMINA POR AUSENCIAS AL TRABAJO QUE NO DEN LUGAR A PROCESO DE INCAPACIDAD TEMPORAL.

La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, ha dispuesto en su disposición adicional trigésima octava que la ausencia al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal, por parte del personal al que se refiere el artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, comportará la aplicación del mismo descuento en nómina previsto para la situación de incapacidad temporal en los términos y condiciones que establezcan respecto a su personal cada una de las Administraciones Públicas.

Añade esta disposición adicional que en el caso de la Administración del Estado, organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma y órganos constitucionales, el descuento a que se refiere el apartado anterior no se aplicará cuando el número de días de ausencia por enfermedad o accidente en el año natural no supere la cifra que se establezca por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y con los requisitos y condiciones determinados en la misma.

Véase la Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, por la que se desarrolla para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, lo previsto en la disposición adicional trigésima octava de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal.

El ámbito de aplicación de esta Orden se extiende al personal al servicio de la Administración del Estado y a los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, cualquiera que sea su relación jurídica con la Administración y su régimen de Seguridad Social. Y su contenido es:

Artículo 2. Descuento en nómina

1. Los días de ausencia al trabajo por parte del personal señalado en el artículo 1 de esta Orden, que superen el límite de días de ausencia al año, motivadas por enfermedad o accidente y que no den lugar a una situación de incapacidad temporal, comportarán la misma deducción de retribuciones del 50% prevista para los tres primeros días de ausencia por incapacidad temporal en el artículo 9 y en la Disposición adicional decimoctava del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

2. Cuando se incumpla la obligación, derivada de las previsiones del régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación, de presentar en plazo el correspondiente parte de baja, se aplicará lo previsto para las ausencias no justificadas al trabajo en la normativa reguladora de la deducción proporcional de haberes y en las normas reguladoras de la jornada y el horario de aplicación en cada ámbito.

3. La deducción de retribuciones se aplicará en los mismos términos y condiciones que se establecen en la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos de 15 de octubre de 2012, por la que se dispone dar cumplimiento a las previsiones del

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en relación con la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración del Estado, siendo de aplicación los plazos y el cómputo de los mismos previstos en dicha Instrucción conjunta.

Artículo 3. Días de ausencia sin deducción de retribuciones

El descuento en nómina regulado en el artículo anterior no será de aplicación a cuatro días de ausencias a lo largo del año natural, de las cuales sólo tres podrán tener lugar en días consecutivos, siempre que estén motivadas en enfermedad o accidente, y no den lugar a incapacidad temporal. Ello exigirá la justificación de la ausencia en los términos establecidos en las normas reguladoras de la jornada y el horario de aplicación en cada ámbito.

2. REFORMAS EN LA PENSIÓN DE ORFANDAD.

En caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, se otorgarán, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes (Art. 171 de la LGSS):

- a) Un auxilio por defunción.
- b) Una pensión vitalicia de viudedad.
- c) Una prestación temporal de viudedad.
- d) Una pensión de orfandad.
- e) Una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares.

Además, en caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional se concederá, además, una indemnización a tanto alzado.

2.1. EL PACTO DE TOLEDO COMO REFERENCIA:

Con el compromiso firme y duradero de todos los agentes políticos y sociales de velar para que los derechos de protección social no se vean reducidos por decisiones a corto plazo y se sitúen en el ámbito del diálogo permanente y del mayor consenso posible, se institucionalizó el Pacto de Toledo, que se fundamenta en la mutua colaboración de los partidos políticos para asegurar los derechos que dimanar de la

formulación social del Estado. La Comisión del Pacto de Toledo (Comisión no permanente del Congreso), ha venido realizando sus trabajos y ha formulado sus recomendaciones con el objetivo de establecer las bases para que los poderes públicos tomen sus decisiones en materia de pensiones; las últimas las encontramos en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011.

Entre otros aspectos que inciden en el Sistema de Seguridad Social español, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo destaca los siguientes:

1. La disminución prolongada de las tasas de natalidad y el simultáneo incremento de la esperanza de vida de las personas mayores está provocando una inversión de la estructura de la pirámide de población, aumentando el número de pensionistas en relación con la población activa, esto es, variando la tasa de dependencia de los pensionistas. De no modificarse, aún parcialmente, esta tendencia mediante el incremento de las tasas de natalidad y de los flujos migratorios, la misma se acentuará en las próximas décadas, por la propia evolución demográfica.
2. En relación con la prestación que ahora estudiamos, la reformas en la orfandad, el Informe reconoce que hemos asistido últimamente a una progresiva disminución del periodo de actividad laboral en dos sentidos: por un lado, los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones (éste aspecto es el que nos interesa en relación con las reformas de la pensión de orfandad: la necesidad de elevar la edad de las pensiones de orfandad). Por otro lado, la tasa de participación de las personas mayores de 50 años sigue siendo insuficiente, por lo que en el Acuerdo social y económico se ha previsto la adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral.

En relación con las recomendaciones que realiza la última versión del Pacto de Toledo se dicta la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE núm. 184 de 02/08/2011), que va a recoger diversas reformas en materia de pensiones de orfandad. Se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 175 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y modifica la redacción de la Disposición transitoria sexta bis del

mismo texto legal, para la aplicación paulatina del límite de edad a efectos de las pensiones de orfandad, en los casos de orfandad simple en los que el huérfano no trabaje.

Artículo 175. Pensión de orfandad.

1. Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o en situación asimilada al alta. Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del número 1 del artículo 174 de esta Ley.

2. En los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha de fallecimiento del causante, aquél fuera menor de 25 años.

Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.

3. La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria.

2.2. REQUISITOS DE ALTA Y COTIZACIÓN

Respecto de los trabajadores en activo, se requiere que acrediten estar en alta o en situación asimilada al alta y tener un período mínimo de cotización de 500 días dentro de un período ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Este último requisito de cotización previa ha sido suprimido para las prestaciones de orfandad, si al fallecer el causante se encuentra en situación de alta o asimilada.

Si el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, se devenga la pensión siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.

2.3. BENEFICIARIOS.

Son beneficiarios de la pensión de orfandad² (art. 175 LGSS):

- 1) Cada uno de los hijos del causante, con independencia de la naturaleza legal de su filiación –matrimonial o no matrimonial–.
- 2) Los hijos adoptivos del causante.
- 3) Los hijos que el cónyuge superviviente haya llevado al matrimonio, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando se den las siguientes condiciones:
 - que el matrimonio se haya celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante;
 - que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas;
 - que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social;
 - que no tengan familiares con obligación de prestarles alimentos.

Pero además de lo anterior, el acceso efectivo a la pensión de orfandad depende, de la concurrencia de determinadas circunstancias de los beneficiarios –para acceder y mantener la pensión– (apartados 1 y 2 del art.175 LGSS en la nueva redacción dada por la Ley 27/2011):

- a) la más importante y la de proyección más general es la edad, de modo que en principio sólo pueden devengar pensión de orfandad los hijos menores de 21 años. La edad ha sido elevada de 18 a 21 años por la Ley 27/2011.
- b) la segunda circunstancia que puede influir es la discapacidad, puesto que tienen derecho a pensión de orfandad los hijos “incapacitados para el trabajo” con independencia de su edad (la jurisprudencia ha precisado que el acceso a la pensión se reserva para aquellas situaciones de incapacidad permanente que impidan con carácter general el trabajo, es decir, para la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez).

² Los menores en acogimiento familiar permanente no tienen derecho a la pensión de orfandad

- c) la tercera circunstancia es la situación laboral del potencial beneficiario, de modo que pueden acceder a la pensión de orfandad los hijos que no efectúen trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, o que realizándolo, obtengan unos ingresos inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, siempre que sean menores de 25 años (antes de la reforma, eran 22 o 24 –en los supuestos de orfandad absoluta–).

Como regla general la condición de ser menor de 25 años debe cumplirse en la fecha de fallecimiento del causante, pero si el huérfano cursara estudios y cumpliera esa edad durante el transcurso del curso escolar, la pensión de orfandad se mantiene “hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico”. Esta regla da a entender, por lo demás, que la pensión de orfandad se mantiene en estos casos hasta el cumplimiento de la edad de 25 años, con esa particular excepción.

Ahora bien, en esta tercera situación (elevación de la edad en el caso de no realizar trabajo lucrativo), la reforma precisa, que cuando sobreviva uno de los progenitores y siempre que el huérfano no presente un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, el nuevo límites será aplicado de forma progresiva: 23 años durante 2012, 24 años durante 2013 y 25 años a partir de 1 de enero de 2014 (DT 6ª bis de la LGSS modificada por RDL 29/2012, de 28 diciembre).

Por tanto, en los supuestos de orfandad absoluta o huérfano con discapacidad mayor al 33 % el nuevo límite de 25 años se aplica desde el 2-8-2011 –entrada en vigor de la reforma–.

Disposición transitoria sexta bis. Aplicación paulatina del límite de edad a efectos de las pensiones de orfandad, en los casos de orfandad simple en los que el huérfano no trabaje.

En los casos previstos en el apartado 2 del artículo 175 de esta Ley, cuando sobreviva uno de los progenitores, el límite de edad determinante de la condición de beneficiario de la pensión de orfandad, será aplicable a partir de 1 de enero de 2014.

Hasta alcanzar dicha fecha, el indicado límite será el siguiente:

- a) Durante el año 2012, de veintitrés años.*

b) Durante el año 2013, de veinticuatro años.

La aplicación paulatina del límite de edad establecida en los párrafos anteriores no será de aplicación a los huérfanos que presenten una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento, a quienes será de aplicación el límite de edad determinante de la condición de beneficiario previsto en el apartado 2 del artículo 175 de esta Ley a partir del día 2 de agosto de 2011.

3. REFORMAS EN EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DEL HOGAR.

3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La DA 39ª de la Ley 27/2011, llevó a cabo la supresión del Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar (que hasta esa fecha se regulaba por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre) y su integración en el Régimen General, con la creación a tales efectos de un sistema especial.

Artículo 11 de la LGSS: Sistemas especiales³:

En aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse sistemas especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación.

La integración se realizó con efectos de 1 de enero de 2012, aunque con plazos relativamente amplios para su instrumentación efectiva (convivieron el régimen especial y el nuevo sistema especial hasta el treinta de junio de 2012).

El nuevo sistema especial comprende a todas aquellas personas que presten servicios domésticos mediante relación laboral en un hogar familiar con independencia de la jornada que realicen, pues no se excluye del sistema especial, a diferencia del Régimen Especial precedente, el trabajo doméstico parcial o marginal (aunque se establezcan reglas especiales para quienes prestan servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador).

³ Recuérdese que el conocido como Pacto de Toledo, recomienda reiteradamente la simplificación e integración de regímenes especiales

El contenido de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (son relaciones laborales que presentan particularidades importantes que la alejan de la regulación laboral común regulada en el ET), se encuentra recogido en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre. Las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico justifican una regulación específica y diferenciada: en primer lugar, por el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar y derivado de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo.

En este contexto cobra especial relevancia el hecho de la fuerte feminización del empleo doméstico. Los datos disponibles muestran una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 94%, y el 6% restante, a hombres.

El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos.

No están incluidas en el ámbito de esta relación laboral especial:

- Las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, que se registrarán por la normativa laboral común.
- Las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal.
- Las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, y las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de

dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada (de acuerdo con la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia).

Otro aspecto muy importante a tener en cuenta, es que la relación laboral de empleados de hogar puede tener carácter indefinido o temporal, y puede desarrollarse en régimen de jornada completa o jornada inferior (es común la prestación de servicios simultáneos a varios empleadores a tiempo parcial).

3.2. LAS REFORMAS RECIENTES.

La Ley 28/2011 procedió a la revisión de diversos preceptos legales para adaptarlos a la nueva situación normativa (arts. 10.2 y 26.1 y las DDAA 7ª y 8ª de la Ley General de la Seguridad Social), y más recientemente se ha publicado el RDL 29/2012, que ha introducido algunas modificaciones tanto en el régimen jurídico de este nuevo sistema especial por el fracaso (disminución del número de trabajadores incorporados al nuevo sistema, en comparación con el extinguido régimen especial); una de las razones era la siguiente:

- Dentro del plazo de seis meses naturales, a contar desde el 1 de enero de 2012, tanto los empleadores como las personas empleadas, procedentes del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar afectados por la regla de integración en el Régimen General de la Seguridad Social, tuvieron la obligación de comunicar a la TGSS «el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el Sistema especial de Empleados de Hogar».
- La norma establecía que una vez transcurrido el plazo señalado para la citada comunicación (de 1 de enero a 30 de junio de 2012) sin que se hubiera producido la misma, los empleados de hogar que prestaban sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores quedarían excluidos del sistema especial, con la consiguiente baja en el Régimen General, con efectos de 1 de julio de 2012.
- Es decir, que las empleadas de hogar que prestaban servicio de manera exclusiva y permanente para un único empleador, fueron integrados de oficio en el nuevo sistema especial, pero un importante colectivo, el que trabajaba de forma parcial para varios cabeza de familia, fue dado de baja en el caso de no haber comunicado a la TGSS el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el nuevo sistema especial.

El propio Secretario de Estado de Seguridad Social, admitió que el proceso de integración de las empleadas del hogar en el Régimen General no había logrado reducir la economía sumergida en este sector como se pretendía: se concretó que a 30 de junio de 2012, fecha de cierre del plazo de seis meses dado para culminar esta integración, 74.524 personas “se perdieron” en el proceso de regularización y por tanto había que “recuperarlas”, además, bajó la recaudación –unos 63 millones de euros menos en el año 2012– (se estimaba que a final de 2012 aún quedaban 400.000 empleadas trabajando “en negro” y sin protección social).

3.3. COTIZACIÓN.

La cotización se rige por las reglas generales del régimen general, aunque con precisiones y particularidades.

La base de cotización se calcula sobre el salario, a la que se le aplica un tipo (uno por contingencias comunes y otro por contingencias profesionales), y obtenemos la cuota a ingresar (la cantidad dineraria para el sostenimiento del sistema).

- Cálculo de las bases de cotización.

Para el año 2013 las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinan con arreglo a la siguiente escala, en función de la retribución percibida por los empleados de hogar (art. 113.Cuatro Ley 17/2012 y DA 39ª Ley 27/2011 según redacción de art. 1 RDL 29/2012):

8 Tramos (antes de la reforma eran 15 tramos):

Tramo	Retribución mensual incrementada con la proporción de pagas extraordinarias €/mes	Base de cotización
1.º	Hasta 172,05	147,86
2.º	Desde 172,06 hasta 268,80	244,62
3.º	Desde 268,81 hasta 365,60	341,40
4.º	Desde 365,61 hasta 462,40	438,17
5.º	Desde 462,41 hasta 559,10	534,95

6.º	Desde 559,11 hasta 655,90	631,73
7.º	Desde 655,91 hasta 753,00	753,00
8.º	Desde 753,01	790,65

- **El régimen de bases de cotización por grupos es transitorio.**

A partir del año 2019, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 109 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente.

- **Tipo de cotización.**

Durante el año 2013 los tipos de cotización son los siguientes⁴ (art. 113.Cuatro Ley 17/2012):

- contingencias comunes: 22,90% (19,05% a cargo del empleador y 3,85% a cargo del empleado).

En el año 2012, el tipo de cotización era del 22 por ciento, siendo el 18,30 por ciento a cargo del empleador y el 3,70 por ciento a cargo del empleado.

- contingencias profesionales: se aplica la tarifa de primas vigente con carácter general (DA 4ª Ley 42/2006, en la redacción dada por la DF 7ª Ley 17/2012), siempre a cargo exclusivo del empleador. El tipo aplicable en este ámbito de trabajo será del 1,10% (0,65% para IT, y 0,45% para incapacidad permanente y muerte y supervivencia), pues la tarifa de primas asigna tal tipo a las «actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico» (Código CNAE-2009 número 97).

- **Bonificación en la cotización.**

Durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, se aplicará una reducción del 20 por 100 a las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar, y queden incorporadas en el sistema especial, siempre

⁴ No se cotiza por FOGASA, DESEMPLEO, FORMACIÓN PROFESIONAL

que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45 por 100 para familias numerosas, en los términos de las reducciones y bonificaciones que ya se vienen aplicando en este Régimen Especial.

- **Nuevo modelo de cotización para los empleados de hogar que preste sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador**

El empleado de hogar que preste sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador y que hubiera acordado con este último la asunción de las obligaciones en materia de encuadramiento en este sistema especial (art. 34.bis del RD 2064/1995), será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar a dicho sistema, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales.

En estos casos, el empleador estará obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios en todo caso, la aportación y cuota que, por los días del mes en que hubiera estado a su servicio, le corresponda por las contingencias comunes y profesionales.

La responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar en estos supuestos corresponderá al propio empleado y, subsidiariamente, al empleador o empleadores, salvo que éstos acrediten la entrega de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho.

En el supuesto previsto en el apartado en los párrafos anteriores, durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social a la que corresponda el pago del respectivo subsidio descontará de éste el importe de la totalidad de la cotización a la Seguridad Social que proceda en dichas situaciones.

En todo caso, el ingreso de la cotización deberá realizarse obligatoriamente mediante el sistema de **domiciliación en cuenta**, abierta en una entidad financiera autorizada para actuar como oficina recaudadora de la Seguridad Social (DA 8ª del RD 1415/2004, reglamento general de recaudación)

- **Cambio en la acción protectora.**

Con efectos desde el 1 de enero de 2012, el subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive.

El pago de subsidio por incapacidad temporal causado por los trabajadores incluidos en este sistema especial se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo (no procede el adelanto de la prestación por el empleador).

Siguen sin tener derecho a la protección por desempleo.



Revista digital CEMCI
Número 21: octubre a diciembre de 2013

