

Instrumentos específicos de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas ante la corrupción (*)

Luis Vacas García-Alós

Director Técnico de la Sección de Enjuiciamiento
del Tribunal de Cuentas

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1. El fenómeno de la corrupción

De un tiempo a esta parte, la opinión pública está especialmente sensibilizada con los llamados «casos de corrupción». Las causas de este fenómeno son variadas y a ello han contribuido decisivamente tanto la importante labor de denuncia realizada al respecto por los medios de comunicación y la tenacidad del sistema judicial como la especial gravedad de algunos y notorios comportamientos corruptos, generadores –como no podía ser de otra forma– de alarma social.

Sin embargo, este fenómeno de la corrupción no es exclusivo ni de la época en que nos ha tocado vivir, ni de países como el nuestro y próximos geográficamente al nuestro –eso que en no pocas ocasiones se ha llamado enfáticamente «países de nuestro entorno».

En este sentido, ya en la antigua Grecia –hace veinticinco siglos– se contraponían dos términos básicos en la organización del sistema político: la ética y la política, siendo Aristóteles¹ quien por primera vez

(*) El presente trabajo está basado en la conferencia que el autor de estas líneas pronunció el día 27 de agosto de 1999 en el curso «El Tribunal de Cuentas ante la corrupción», organizado por la Fundación General de la Universidad Complutense en San Lorenzo de El Escorial.

¹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, traducción de P. SIMÓN ABRIL, Madrid, 1918.

diseñó el discurso moral, y ello sin olvidar que Platón² perfiló en sus diálogos la base fundamental de lo que posteriormente conoceríamos con el nombre de «ética». Por lo demás, la concepción ética del poder constituye uno de los principios deontológicos desencadenante del proceso de construcción y diseño institucional de la modernidad.

Pero, como acabamos de apuntar, la corrupción es un fenómeno extendido –desgraciadamente extendido, hemos de puntualizar– a diferentes países, como consecuencia principalmente de una evidente y progresiva crisis de valores. De esta forma, en palabras de Uslar Pietri³, la corrupción se extiende «en todas las formas imaginables: no sólo en asombrar del viejo y sutil arte de la picardía y el despojo, posición social y riqueza», motivado por lo que este mismo autor denomina «desvinculación casi total entre las nociones de trabajo y riqueza».

Como sostiene el profesor Peces-Barba⁴, «normalmente las corrupciones se producen a caballo en el ámbito de las instituciones y de la sociedad civil, aunque las irregularidades económicas en el ámbito exclusivo de las instituciones, sin participación de personas de la sociedad civil, es también corrupción». La corrupción tiene, pues, una dimensión política y, en cierto aspecto, viene a ser reflejo de la influencia creciente que en todos los países tiene la regulación y el control de los mercados y la actuación de los poderes públicos en el sistema económico.

El fenómeno de la corrupción se debe, por consiguiente, a un abuso de poder y a una falta de probidad en la toma de decisiones. Y comprende, como ha puntualizado el Consejo de Europa⁵, «las comisiones ocultas y cualquier otra actuación que personas investidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponde, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza, ya para sí ya para terceros». Y, lo que es peor, «la corrupción debilita gravemente los valores fundamentales de una sociedad y anula la buena fe indispensable para el funcionamiento correcto de las instituciones...».

Se trata, en definitiva, y en palabras del profesor González Pérez⁶, de un fenómeno consistente «en la utilización de potestades públicas

² PLATÓN: *La República*, traducción de E. CHAMBRY, París, 1932.

³ USLAR PIETRI, A.: «La corrupción es un clima», en *Boletín Informativo del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas*, n.ºs 67 y 68, Salta (Argentina), 1991.

⁴ PECES-BARBA, G.: *Ética pública y Derecho*, Madrid, 1993. Del mismo autor, «Sobre la corrupción», publicado en el diario *ABC*, 20 y 21 de agosto de 1995, pág. 3.

⁵ CONSEJO DE EUROPA: *Project de programme d`action contre la corruption*, Estrasburgo, 1991.

⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La ética en la Administración Pública*, Madrid, 1996, pág. 53.

para intereses particulares, cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero..., sea por razón de amistad, o por dinero, o por otras prestaciones. Como nos muestra la realidad española –añade este autor–, las modalidades son infinitas. Y, desgraciadamente, su impunidad, aunque algunas conductas pudieran encajar en los delitos de cohecho, malversación o prevaricación, y a pesar de que a estos tipos de delitos clásicos se añaden otros nuevos, como puede ser el tráfico de influencias».

Y si toda corrupción es social y jurídicamente reprochable, la corrupción política o, si se prefiere, la corrupción en el ámbito de lo público es todavía, si cabe, más censurable, al utilizar en ese comportamiento desleal medios públicos y, por ende, al perjudicar a la colectividad en su conjunto y ocasionar un grave deterioro en el funcionamiento de las instituciones. Téngase en cuenta, a este respecto, que, como ha declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de septiembre de 1990⁷, la corrupción es «una traición fundamental de los deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública».

1.2. Instrumentos socio-políticos y jurídicos contra la corrupción

Ante un fenómeno de la trascendencia y de las repercusiones como el de la corrupción se hace precisa la defensa por parte de la sociedad contra dicho fenómeno, mediante el empleo de instrumentos socio-políticos y jurídicos.

Y ello es así porque, como ha reflejado la Memoria de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción⁸, esta última «se opone a principios de justicia, pero, sobre todo, deslegitima la actividad política y a los partidos que la dirigen, y en ese sentido debe plantear no sólo a la Administración y al Estado, sino a todos los ciudadanos, una actitud beligerante para exigir unas reglas de la ética pública y una concepción de la política que la impida o, al menos, la reduzca a un fenómeno marginal».

Y el empleo de estos instrumentos socio-políticos y jurídicos contra la corrupción debe articularse así en función de las causas que explican la presencia de este fenómeno en las sociedades democráticas;

⁷ Citada en la Memoria de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción, contenida en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado elevada al Gobierno de la Nación*, Madrid, 1997, pág. 558.

⁸ *Op. cit.*, pág. 570.

causas éstas que, siguiendo al profesor Peces-Barba⁹, pueden ser de carácter general –la ya citada crisis de valores, que necesariamente repercute en la integración social que mantiene vivas a las sociedades–, causas políticas –pérdida de la fe en el Estado y en el poder político y ausencia de confianza en los valores legales y sociales que lo legitiman– y, en fin, causas económicas –el espíritu de competencia desmesurado y el enriquecimiento sin límite, auspiciado por lo que Maritain¹⁰ denominaba «ilusión del éxito inmediato»–. A tales causas podemos añadir también, desde nuestro punto de vista, causas de carácter social, pues, como sugiere el profesor Alain Renaut¹¹, el culto al consumo fomenta inevitablemente la atomización social.

La corrupción supone, pues, un grave peligro para las sociedades democráticas que, en buena medida, puede paliarse con la educación y el reforzamiento de la reflexión moral en el ámbito político y económico por medio de un instrumento socio-político de primera magnitud: la llamada ética pública, de la que vamos a ocuparnos seguidamente; y también, y por supuesto, mediante la acción del Derecho.

Como es sabido, el viejo adagio romano señalaba *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius* –allí donde hay hombres, hay sociedad; allí donde hay sociedad, hay Derecho–, a lo que añadimos ahora que en una sociedad afectada por el fenómeno de la corrupción, cuyas instituciones y cuya credibilidad democrática se han podido ver afectadas por ese fenómeno, la acción del Derecho resulta necesaria e incuestionable. Y así el Derecho aparece no sólo como organización de la vida social, sino también, y muy especialmente en lo que ahora interesa resaltar, como instrumento de primer orden para combatir la corrupción.

Téngase presente, en este orden de consideraciones, que en el concepto de Derecho hay dos elementos de destacada importancia en esa lucha contra la corrupción: un elemento inicial o primario, la idea de ética como componente moral del Derecho; y un elemento final o teleológico, la idea de justicia como resultado aplicativo del Derecho.

Como decía el maestro Castán¹², el Derecho «es la ordenación de las relaciones sociales mediante un sistema de normas obligatorias fun-

⁹ PECES-BARBA, G.: «Sobre la corrupción», art. cit.

¹⁰ Citado por PECES-BARBA en «Sobre la corrupción», art. cit.

¹¹ RENAUT, A.: *El futuro de la ética*, Madrid, 1998.

¹² CASTÁN TOBEÑAS, J.: «La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas», discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el día 15 de septiembre de 1967, Madrid, 1967.

dadas en principios éticos», y a la idea de Derecho «ha ido siempre asociada la idea de justicia, noción de sentido universal, asequible a la conciencia de todos los hombres y pueblos, y cuya importancia social ha sido captada por el pensamiento vulgar e ilustrado de todos los tiempos». Ya lo señalaba Del Vecchio¹³ al entender que «el sentimiento jurídico, inherente a nuestra naturaleza, es una fuerza viva, originaria y autónoma, y la fuente primera de desarrollo del Derecho». Es por ello por lo que, en palabras del profesor Clemente de Diego¹⁴, «la idea de Justicia es el resultado de todas las manifestaciones del Derecho, como la belleza lo es del arte, la verdad de la ciencia y el bien de la ética».

La corrupción es así, ante todo, antónimo de justicia o, si se prefiere, una de las principales manifestaciones paradigmáticas de la injusticia social. El Derecho, escribió el profesor Hauoriou¹⁵, «es una forma de conducta que apunta a realizar a la vez el orden social y la justicia». Y la justicia debe ser así base de la convivencia humana y del ejercicio de funciones públicas. Como propugna el profesor Garrorena Morales¹⁶, la definición del Estado de nuestros días como «Estado social» implica que el reconocimiento de la economía de mercado y la libertad de empresa ha de complementarse con el cumplimiento de las obligaciones inherentes a un Estado asistencial y el reconocimiento de la posibilidad de «transitar a formas superiores de solidaridad y convivencia» para obtener así el valor constitucional y supremo de la justicia.

2. LA CONCEPTUACIÓN DE LA ÉTICA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO SOCIO-POLÍTICO CONTRA EL CLIMA DE CORRUPCIÓN

2.1. Dimensiones de la ética pública

Escribe Cazzola¹⁷ que son cuatro los elementos constitutivos de la corrupción: «la violación de normas o reglas sancionadas normativamente, el intercambio que se realiza de manera clandestina entre el marco político y el mercado económico, la finalidad de apropiación... de recursos de uso de o de intercambio provenientes del Estado para

¹³ DEL VECCHIO, G.: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1929, t. I, pág. 240.

¹⁴ CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925, pág. 33.

¹⁵ HAUORIOU, M.: *Précis de Droit constitutionnel*, París, 1929, pág. 5.

¹⁶ GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984, pág. 91.

¹⁷ CAZZOLA, F.: «La corruzione politica in Italia», en *Rivista italiana di scienza politica*, nº 2, 1998.

una utilización no prevista por la Ley, y la consecuencia, querida o aceptada, de modificar de hecho las relaciones de poder en los procesos decisionales».

Estos cuatro elementos corresponden –según pone de relieve la Memoria de la Fiscalía Anticorrupción¹⁸– «a una relación de complicidad entre las autoridades y funcionarios públicos y los intereses privados que es favorecida por el hecho de que quienes gobiernan disponen de los recursos propios del Estado, con una gran capacidad de información e influencia, y los corruptores, instituciones o agentes del sistema económico aprovechan las graves lagunas del ordenamiento civil y mercantil para abusar de las sociedades mercantiles y de las formas contractuales, dificultando el conocimiento y la investigación de las conductas corruptas».

En el contexto descrito es forzoso hablar de la ética pública como instrumento socio-político contra el clima de corrupción. A este respecto, el profesor Peces-Barba¹⁹ refleja que «la ética pública interesa al poder político y al Derecho, y los sistemas en que se establece se construyen, históricamente, desde la autoridad o desde la razón», y añade que los sistemas de ética pública derivados de la razón tienen cuatro dimensiones: dimensiones de limitación del poder –sometimiento del poder al Derecho y reconocimiento de derechos humanos individuales–; dimensiones de organización del poder –separación funcional de poderes, independencia del Poder Judicial, neutralidad de la Administración y existencia de un modelo de garantía de la Constitución–; dimensiones de promoción a través del poder –protección de derechos económicos, sociales y culturales–, y, por último, dimensiones de funcionamiento del poder –reconocimiento de los llamados «principios de las mayorías y de la negociación».

Surge de esta forma la ética pública como instrumento socio-político contra el clima de corrupción y como destacado objetivo de la gestión pública. Ahora bien, cabe plantearse si al hablar de la ética estamos aludiendo a una moda o a una necesidad. Y así, para autores como Adela Cortina²⁰ la ética está permanentemente de actualidad porque afecta a una necesidad vital de los seres humanos, mientras que para estudiosos como Vicente Verdú²¹ la ética cuenta con mayor

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 563.

¹⁹ PECES-BARBA, G.: «Las dimensiones de la ética pública», publicado en el diario *ABC*, 11 de noviembre de 1997, pág. 52.

²⁰ CORTINA, A.: «La ética cívica como ética de mínimos», en *Ética pública y moral social*, 1996, pág. 92.

²¹ VERDÚ, V.: Citado por MARTÍNEZ BARGUEÑO, M., en el trabajo indicado en la siguiente nota.

actualidad en determinadas épocas en que se revitalizan los sentidos del pensamiento, la acción y la convivencia. Lo cierto es que, como sugiere Martínez Bargueño²², «la ética participa de ambas calificaciones: es una cuestión permanente que se puede rastrear históricamente..., pero también es preciso reconocer que se trata de una cuestión de moda, impulsada por un ánimo decidido de lucha contra la corrupción»²³.

Con arreglo a este planteamiento es de significar, recordando al profesor José Luis Aranguren²⁴, que «en estos tiempos en los que tanto se oye hablar de casos de corrupción, la meditación sobre la ética en la Administración cobra especial actualidad. Pues los programas políticos quedan al albor de quedar en meras intenciones si su ejecución no está guiada por una moralidad dirigida al servicio de la ciudadanía».

2.2. La ética en la administración y gestión de la cosa pública

Como afirma el profesor Rodríguez-Arana²⁵, «la ética es algo más que la censura de las conductas corruptas: exige un trabajo bien hecho y, sobre todo, una continua y constante referencia al público y a los ciudadanos en la tarea administrativa». De aquí que la concepción de la ética en la cotidiana administración y gestión de la cosa pública sea algo más que un simple planteamiento retórico.

La ética se configura así como principio interno en el proceso de toma de decisiones de las Administraciones, cuyos fines prioritarios deben ser la objetividad, la transparencia, la imparcialidad, la prevalencia del interés general y, en definitiva, la idea de servicio público.

Y esto significa que en dicho proceso de toma de decisiones es necesario tener en cuenta principios éticos de carácter general, lo que Agustín Izquierdo²⁶ denomina «valores de la ciudadanía» y que el profesor Nieto de Alba²⁷ califica de «valores comunes», integrados «en

²² MARTÍNEZ BARGUEÑO, M.: «La ética, nuevo objetivo de la gestión pública», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 10, 1997, pág. 19.

²³ Sobre algunos componentes histórico-legales de ciertos antecedentes de corrupción, cfr., TORRES M.: *Historia del Derecho español*, t. II. Salamanca, 1934, páginas 310 y concordantes.

²⁴ ARANGUREN, J. L.: «Prólogo» al estudio de AGUSTÍN IZQUIERDO «Ética y Administración», *Papeles de Trabajo, Gobierno y Administración*, pág. 2.

²⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Ética institucional. Mercado «versus» función pública*, Madrid, 1996, pág. 150.

²⁶ IZQUIERDO, A.: *Ética y Administración*, *op. cit.*, pág. 9.

²⁷ NIETO DE ALBA, U.: «Gestión económica y globalización», en *Documento de Trabajo* nº 15, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Madrid, 1999, pág. 20.

un proceso de *feed-back* que alimenta las bases éticas y morales de la sociedad». Por consiguiente, la reflexión sobre los fines de la actividad administrativa deviene así fundamental, como argumenta Terry Cooper²⁸, a la hora de precisar la incidencia directa de la ética en el funcionamiento de las Administraciones Públicas.

Y es por ello por lo que, en términos de ética pública, el principio de eficacia –que, desde luego, constituye un paradigma constitucional organizativo de la Administración Pública– no es un valor absoluto y excluyente, pues, aunque es cierto que dicha Administración debe ser ágil y eficaz, no es menos cierto que tal eficacia ha de estar íntimamente unida a la consecución del interés público, a la promoción de los derechos fundamentales y, por supuesto, al principio de legalidad.

En consecuencia, y como advierte el profesor González Pérez²⁹, la ética pública reviste dos aspectos distintos: de un lado, como exigencia de los servidores públicos, y de otro, como fin de la acción administrativa.

3. LA ARTICULACIÓN NORMATIVA DE LA ÉTICA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO CONTRA EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

3.1. Los códigos de ética y las normas de conducta para la vida pública

Las conclusiones del I Congreso Internacional de ética pública, celebrado en Washington en el mes de noviembre de 1994, pusieron de manifiesto la progresiva trascendencia y la creciente preocupación por la ética pública³⁰, cuya articulación normativa se ha convertido así en instrumento jurídico para combatir la corrupción.

De este modo, se han elaborado los llamados códigos de ética y las denominadas normas de conducta para la vida pública, de los que vamos a destacar tan sólo cuatro ejemplos, de más próximo a más remoto: primeramente, el Código de Conducta de la Comisión Europea, elaborado recientemente por su Presidente, Romano Prodi, según el cual los comisarios no podrán ejercer ninguna otra activi-

²⁸ COOPER, T.L.: *The Responsible Administrator, An Approach to Ethics for the Administrative Role*, Nueva York, 1982, pág. 4.

²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La ética en la Administración Pública*, *op. cit.*, pág. 29.

³⁰ Cfr., a este respecto, GARCÍA-MEXÍA, P.: «Reflexiones al hilo del I Congreso Internacional de Ética Pública. Manifestaciones jurídico-públicas», en *Revista de Administración Pública*, nº 136, pág. 497.

dad, remunerada o no, debiendo además presentar una declaración de sus bienes y propiedades y de sus funciones ejercidas durante los últimos diez años, así como de la ocupación de sus cónyuges. En segundo lugar, el que se ha venido en llamar Informe NOLAN, encargado en Gran Bretaña por el Primer Ministro a un Comité presidido por el Juez Lord Nolan, que se elevó al Parlamento el 16 de mayo de 1995 y en el que se puede leer lo siguiente: «Un grado de austeridad, de respeto de las tradiciones, de una severa conducta de la vida pública británica, es no solamente deseable, sino esencial». En tercer término, la Carta Deontológica del Servicio Público de Portugal, aprobada por el Consejo de Ministros mediante acuerdo de 18 de febrero de 1993, en la que se pone de relieve que «la Administración Pública moderna debe estar inspirada en la claridad y en la transparencia y debe empeñarse en prestar a los ciudadanos servicios públicos de calidad». Y, por último, los Principios de Conducta Ética para los funcionarios y empleados del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, aprobados por Orden Ejecutiva de 12 de abril de 1989.

Por otro lado, y siguiendo al profesor González Pérez³¹, es de significar que son tres las consecuencias que se derivan de la articulación normativa de la ética pública: la determinación de los deberes exigidos a los servidores públicos, la adopción de medidas preventivas que garanticen el cumplimiento de tales deberes y la reacción ante las infracciones que puedan cometerse. De esta forma, las respuestas jurídicas a la corrupción se hacen así necesarias y constituyen un importante reto en el Estado de Derecho de nuestros días.

3.2. Las respuestas jurídicas a la corrupción

Llegado este punto es preciso determinar qué respuestas concretas dan los diferentes ordenamientos jurídicos al fenómeno de la corrupción. En este sentido, y como recuerda De Miguel Zaragoza³², la Organización de Naciones Unidas estableció en 1990 un programa de acción dirigido a la consecución de los siguientes objetivos:

«— Revisar el derecho penal, incluida la legislación procesal, para verificar si responde adecuadamente a todas las formas de corrupción.

— Formular mecanismos administrativos y reglamentarios para la prevención de prácticas corruptas y el abuso del poder.

³¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La ética en la Administración Pública*, *op. cit.*, pág. 30.

³² DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: «Respuestas jurídicas a la corrupción», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1.699, 1994, pág. 1217.

- Adoptar procedimientos para la detección, investigación y condena de funcionarios corruptos.
- Regular el decomiso de productos procedentes de prácticas corruptas.
- Adopción de medidas contra empresas corruptas.»

Desde las anteriores premisas, las distintas respuestas jurídicas para combatir la corrupción pueden revestir, en líneas generales, una doble modalidad de articulación: de una parte, mecanismos preventivos, entre los que podrían mencionarse la creación de Agencias y Comisiones de Ética Pública y de Oficinas Nacionales de Auditoría, así como la implantación de las llamadas «declaraciones de intereses financieros»³³; y de otra parte, mecanismos sancionadores y punitivos, entre los que podrían destacarse la adecuada regulación de sanciones por la comisión de actos generadores de corrupción y la tipificación de ilícitos penales estrechamente relacionados con esos casos de corrupción.

Entre nosotros, las apuntadas respuestas jurídicas contra el clima de corrupción se basan actualmente, entre otros y como más significativos, en los siguientes diez presupuestos normativos:

- La financiación de los partidos políticos³⁴.
- La regulación de un sistema de incompatibilidades y prohibiciones de los integrantes de los órganos constitucionales³⁵ y de los empleados públicos³⁶, y la regulación de las causas de abstención y recusación de los intervinientes en procedimientos administrativos³⁷ y en procesos jurisdiccionales³⁸.

³³ Cfr., sobre este particular, GARCÍA MEXÍA, P: «Reflexiones al hilo del I Congreso Internacional de Ética Pública. Manifestaciones jurídico-públicas», art. cit.

³⁴ Artículos 2º, 3º y 4º de la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos.

³⁵ Artículo único de la Ley Orgánica 1/1985, de 18 de enero, sobre incompatibilidades del personal al servicio del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal de Cuentas, así como de los componentes del Poder Judicial. Asimismo, artículos 2º a 8º de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y artículo 14 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

³⁶ Artículos 3º a 15 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

³⁷ Artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y artículo 12.5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

³⁸ Artículos 188 a 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 5 de febrero de 1881; 52 a 56 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, y 217 a 223 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- El control político-parlamentario del Gobierno³⁹.
- El control jurisdiccional de las Administraciones Públicas⁴⁰.
- El control constitucional de los poderes públicos⁴¹.
- La independencia del Poder Judicial⁴²⁻⁴³.
- La defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público por el Ministerio Fiscal⁴⁴, y por otra parte, la actuación del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales⁴⁵.
- La creación en 1995 de la Fiscalía Especial para la Represión de Delitos Económicos relacionados con la Corrupción⁴⁶⁻⁴⁷.

³⁹ Artículos 108 a 115 de la Constitución, de 27 de diciembre de 1978; 7, 44, 173 a 179 y 180 a 192 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, y 66, 67, 83, 84 y 160 a 173 del Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994.

⁴⁰ Artículos 106 de la Constitución; 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 25 a 30 de la Ley de 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁴¹ Artículos 159 a 164 de la Constitución, y 27 a 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, parcialmente modificada por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril.

⁴² Artículos 117.1 y 2 de la Constitución y 1º, 12.1, 13, 14, 15, 104.1 y 378 a 400 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴³ Es de significar que, desde nuestro punto de vista, la independencia del Poder Judicial constituye uno de los principales pilares sobre los que se asienta el sistema de garantías inherente al Estado de Derecho y, por ende, uno de los más destacados instrumentos jurídicos de defensa contra los casos de corrupción. En este sentido, el fiscal Portero, en su discurso de ingreso como miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, puso de relieve que «la Justicia es la única esperanza de la sociedad» contra los comportamientos corruptos. Cfr., a este respecto, diario *El País*, 1 de noviembre de 1991, pág. 17.

⁴⁴ Artículos 124.1 de la Constitución y 1º y concordantes de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, parcialmente modificado por las Leyes 5/1988, de 24 de marzo, y 10/1995, de 24 de abril.

⁴⁵ Artículos 54 de la Constitución, y 12 a 14 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

⁴⁶ Artículo único de la Ley 10/1995, de 24 de abril, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.

⁴⁷ Es de destacar que la creación de esta Fiscalía Especial se debió a la circunstancia de que en el debate de política general sobre el estado de la Nación, que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados los días 19 y 20 de abril de 1994, fueron adoptadas una serie de resoluciones, instando al Gobierno a promover y adoptar diversas medidas legislativas, entre las que figuraba la puesta en funcionamiento de dicha Fiscalía Especial con competencia en materia de delitos de corrupción y de naturaleza económica.

– La tipificación de clásicos delitos⁴⁸, como los de malversación, cohecho y prevaricación⁴⁹ –ya en 1822 el Código Penal castigaba al funcionario público que «gastase con escándalo más de lo que permitiesen sus sueldos, bienes o recursos honestos...»⁵⁰–; e igualmente la tipificación de nuevos delitos, como el uso indebido de información privilegiada, el tráfico de influencias, los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente⁵¹.

– Y, por último, el control interno llevado a cabo por la Intervención General de la Administración del Estado⁵², y muy especialmente en lo que ahora interesa resaltar, el control de la gestión de los fondos públicos por parte del Tribunal de Cuentas⁵³.

Es por ello por lo que, como vamos a ver seguidamente, los Tribunales de Cuentas tienen un papel preponderante en la defensa le-

⁴⁸ Como recuerda el profesor RODRÍGUEZ DEVESA, a propósito del delito de cohecho, con cita de GARRAUD, el Código Penal francés de 1792 separó por primera vez la concusión de la corrupción, señalando que tienen de común la consecución de un provecho abusando de las funciones desempeñadas y que la diferencia «radica en que el funcionario reclama en la concusión como debida una cosa a la que no tiene derecho, mientras que en la corrupción el funcionario recibe o se deja prometer una cosa sin pretensiones de tener derecho a ella». Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, Madrid, 1997, pág. 1031.

⁴⁹ Sobre los antecedentes históricos de los delitos de cohecho –en su doble acepción de lo que la doctrina penalista denominaba «corrupción activa y corrupción pasiva»–, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, y negociaciones prohibidas a los funcionarios, cfr. CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*, t. II, Barcelona, 1941, págs. 352 y ss. En el mismo sentido, cfr. MARÍA DE VIZMANOS, T., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, t. II, Madrid, 1848, págs. 292 y ss.; MEDINA, L., y MARAÑÓN, M.: *Leyes penales de España*, Madrid, 1909, págs. 435 y ss.; VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal*, t. III, Madrid, 1926, págs. 462 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, t. II, Madrid, 1929, págs. 103 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho Penal*, t. II, Madrid, 1963, págs. 507 y ss.; y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal español. Parte especial*, *op. cit.*, págs. 1031 y ss.

⁵⁰ Código Penal de 9 de julio de 1822. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la Novísima Legislación de España*, t. III, Madrid, 1915, pág. 726.

⁵¹ Artículos 305 a 310, 319 a 340, 404 a 406 y 419 a 445 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁵² Artículos 16, 17, 92 a 100 de la Ley General Presupuestaria, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre, parcialmente modificado por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; artículos 194 a 203 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, y artículos 89 a 93 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

⁵³ Artículos 136 de la Constitución; 9º a 14 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 27 a 44 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo.

gal contra la corrupción, por su especial competencia en el ejercicio del control de legalidad, de eficacia y de eficiencia sobre la gestión económico-financiera, presupuestaria y contable del sector público⁵⁴.

4. EL CONTROL DE LA GESTIÓN DE LOS FONDOS PÚBLICOS EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

4.1. Sistemas de actuación

En las sociedades democráticas, el control del dinero público constituye requisito fundamental. La actuación de los poderes públicos debe estar, pues, sometida en todo momento a ese control.

Así, en el Primer Congreso de la Organización Europea de Entidades Fiscalizadoras Superiores –EUROSAI–, celebrado en 1990, se puso de relieve «la obligación ética de honda raíz democrática de dar cuenta a la sociedad del destino de los caudales públicos». En opinión del magistrado Del Cacho Frago⁵⁵, dos ideas merecen destacarse de esta afirmación por su conexión con la temática objeto de la presente ponencia: «de un lado, la función de las sociedades democráticas en el control de los fondos públicos, y de otro, la evidente importancia de la llamada «ética pública» como parámetro informador de una correcta gestión de fondos de naturaleza pública».

Siguiendo a Muñoz Álvarez⁵⁶, los distintos modelos de control de los fondos públicos en el Derecho comparado pueden agruparse en los cuatro siguientes sistemas de actuación:

– Sistema anglosajón: formado por países como Estados Unidos de América, el Reino Unido, Irlanda e Israel, en los que existe un órgano monocrático designado por el Parlamento y por el Jefe del Estado, estrechamente relacionado y dependiente del Parlamento, al que dirige los resultados de sus actividades o funciones fiscalizadoras y asesoras.

⁵⁴ Sobre la delimitación del Sector público, artículos 4º de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo; 3ºb) y 8º3 y 4 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, y 6º, 22, 29, 30, 36 y 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

⁵⁵ DEL CACHO FRAGO, A.: «El control de los fondos públicos en las sociedades democráticas», en *Seminario Tribunal de Cuentas Europeo y Tribunal de Cuentas de España*, Madrid, 1996, pág. 111.

⁵⁶ MUÑOZ ÁLVAREZ, R.: «Reflexiones sobre la situación actual de control», en *Jornadas sobre la intervención y el control de los gastos públicos de las Comunidades Autónomas*, organizadas por la Consejería de Economía y Hacienda y la Intervención General de la Junta de Castilla y León, 1994, pág. 19.

– Sistema latino: es el caso de países como Francia, Italia, Grecia y Portugal, en los que el órgano de control es colegiado con funciones de carácter jurisdiccional.

– Sistema germánico: está integrado por Alemania y Austria, donde nos encontramos órganos monocráticos de dirección, nombrados por el Parlamento y por el Jefe del Estado, con estructura funcional colegiada en el caso de Alemania, y con funciones fiscalizadoras exclusivamente *a posteriori* y funciones consultivas y asesoras tanto respecto del Gobierno como del Parlamento, a quien eleva sus informes.

– Sistema escandinavo: viene a suponer un sistema muy parecido al germánico, aunque dependiente del Ejecutivo, que posee facultades para la designación de sus miembros, siendo sus funciones de carácter fiscalizador *a posteriori* y de informe o consultivas, pero respecto del Gobierno.

4.2. El papel preponderante de los Tribunales de Cuentas

Como ha puesto de relieve el magistrado Del Cacho Frago⁵⁷, la forma más típica de la participación representativa en las democracias occidentales se lleva a cabo a través de los Parlamentos. Así, nuestra Constitución otorga especial significación e importancia a esta forma de participación representativa. Y es aquí donde interesa resaltar que la razón de ser de que el constituyente español haya hecho depender el Tribunal de Cuentas –como supremo órgano fiscalizador de la gestión económica y financiera del Sector público– de las Cortes Generales supone el expreso reconocimiento del papel del control de los fondos públicos por parte de la institución representativa por excelencia en un modelo democrático.

Es por ello por lo que un régimen democrático, como se ha reconocido autorizadamente, no es sólo un sistema donde el poder procede del pueblo, sino especialmente aquél donde el pueblo participa, en consonancia con una concepción plural de la sociedad, en todas las decisiones del poder. De esta forma, nuestra Constitución sitúa la soberanía en el pueblo, reconoce el pluralismo político –como cauce de representación– y configura una serie de instancias, de muy variado significado, para que el pueblo pueda participar. Es el caso, entre otros, de los artículos 1º2, 6º, 9º2 *in fine*, 23.1, 87.3, 92.1, 105.a), 125, 129.1 y 167.3 de la Constitución.

⁵⁷ DEL CACHO FRAGO, A.: *El control de los fondos públicos en las sociedades democráticas y la responsabilidad de los gestores*, art. cit., pág. 114.

Desde el anterior planteamiento, y en lo que atañe al control de los fondos públicos, el Derecho positivo español –artículos 47.3 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (a partir de ahora, LOTCU), y 56 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo (en lo sucesivo, LFTCU)– contemple la posibilidad de que los ciudadanos puedan participar en la exigencia de responsabilidades contables por una incorrecta gestión de los fondos públicos mediante la denominada «acción contable». Por medio de esta última, el ciudadano puede acceder fácilmente a la jurisdicción en el ejercicio de su derecho a velar por la correcta aplicación de los fondos públicos, extremo éste sobre el que posteriormente insistiremos.

De esta forma, el estudio de la justicia contable en el marco del control de los fondos públicos en las sociedades democráticas conduce a analizar las funciones del propio orden jurisdiccional contable desde un doble punto de vista: de un lado, como instrumento de control de la gestión económico-financiera del Sector público, y de otra parte, como mecanismo para dar respuesta a la exigencia de responsabilidades contables. Y en este contexto del control de la gestión pública en las sociedades democráticas es preciso aludir al expresado papel preponderante de los Tribunales de Cuentas en el control de los casos de corrupción como consecuencia de una indebida o defectuosa gestión de los fondos públicos, que adquiere especial relevancia en sistemas como el español, en el que la fiscalización y el enjuiciamiento contable están concebidos por el legislador como consecuencia directa el uno de la otra y, por ende, como dos caras de una misma moneda: el control económico, presupuestario y contable del Sector público.

De aquí que frente a las voces que propugnan la desaparición de la jurisdicción contable o su integración en la jurisdicción ordinaria deban formularse, como más relevantes, las siguientes observaciones:

1ª La jurisdicción del Tribunal de Cuentas –como sucede en otros países, ya citados, que posteriormente volveremos a reflejar– es un instrumento jurídico de primer orden en la lucha contra la corrupción.

2ª El hecho de que el Órgano de Control Externo tenga al mismo tiempo cometidos de fiscalización y de enjuiciamiento no sólo es positivo en términos de garantía jurídica, sino también en términos de eficacia.

3ª El que exista una jurisdicción especializada, al margen de la jurisdicción ordinaria, no sólo es constitucional –como después vere-

mos-, sino que incluso beneficia a la propia jurisdicción ordinaria en asuntos tan importantes como, a modo de ejemplo, la instrucción de delitos económicos.

5. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN ESPAÑA COMO INSTRUMENTO ESPECÍFICO CONTRA LA CORRUPCIÓN

5.1. Aspectos subjetivos, objetivos y formales del enjuiciamiento contable

La regulación constitucional de la función jurisdiccional contable se encuentra en el párrafo segundo del artículo 136.2 de la Constitución Española de 1978, que expresamente reconoce una jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas⁵⁸.

La existencia de una específica función jurisdiccional contable no es exclusiva del ordenamiento jurídico español, pues en países como Francia, Italia, Grecia y, más recientemente, Portugal, las Cortes de Cuentas realizan cometidos de control jurisdiccional. Sirvan de ejemplo, en este sentido, los artículos 100 y siguientes de la Constitución italiana de 1947, en los que se contempla una función jurisdiccional dirigida a los que manejan, de una u otra forma, fondos públicos y orientada al enjuiciamiento de los funcionarios que, al violar deberes inherentes a sus respectivos cargos, causen daños al erario público.

Entre nosotros, la regulación de la jurisdicción contable está integrada por la LOTCU y por la LFTCU. Ambas Leyes dedican diversos preceptos tanto a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas como a la responsabilidad contable y a los procesos jurisdiccionales contables⁵⁹.

⁵⁸ Sobre la jurisdicción del Tribunal de Cuentas pueden consultarse los siguientes libros: DEL CACHO FRAGO, A.: *Tribunal de Cuentas. Legislación estatal y autonómica sobre la fiscalización económico-financiera de las Administraciones Públicas y de las entidades del Sector público. Conclusiones y comentarios jurisprudenciales* –en colaboración con ESCUSOL BARRA, E.–, Madrid, 1997. CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, Granada, 1999. FERNÁNDEZ-PIRLA, J.M.: *Una aportación a la construcción del Derecho contable*, Madrid, 1986. PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Madrid, 1996, y *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, Madrid, 1999. ROSIÑOL VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos*, Madrid, 1994. SALA SÁNCHEZ, P.: *La jurisdicción contable: las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España*, Madrid, 1984. VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El Tribunal de Cuentas: enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1998.

⁵⁹ Artículos 15 a 18, 24 a 26, 38 a 43 y 46 a 49 de la LOTCU, y 11, 15, 45 a 48 y 49 a 87 de la LFTCU.

En cuanto a los aspectos subjetivos de la función jurisdiccional contable, debe destacarse, de un lado, que en la actualidad la Sección de Enjuiciamiento está integrada por una Sala de Justicia –cuyo Presidente es el de la Sección– que tiene cometidos de apelación con respecto a las sentencias dictadas en la primera instancia jurisdiccional contable y competencias en única instancia en relación con recursos promovidos contra resoluciones de las Administraciones Públicas dictadas en materia de responsabilidades contables, y de otro, que son entidades y personas sujetas a control jurisdiccional contable todas aquellas que tengan a su cargo el manejo, custodia o administración de caudales o efectos públicos, así como los perceptores de subvenciones, créditos, avales y otras ayudas procedentes del Sector público.

Por otra parte, el objeto de la jurisdicción contable, según la LFTCU, no es otro que el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos por originar menoscabo en dichos caudales o efectos, tanto con dolo como con culpa o negligencia graves, y como consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y contable que resulten de aplicación a las entidades del Sector público y a las personas perceptoras de subvenciones y ayudas del mencionado Sector.

En este sentido, para que una determinada acción pueda ser constitutiva de responsabilidad contable, conforme ha declarado la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia de 30 junio de 1992, debe reunir los siguientes requisitos: «a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) Que además dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del Sector público de que se trate; d) Que la repetida acción esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia inmediata no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos por dolo, culpa o negligencia grave; e) Que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente, y f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido»⁶⁰.

⁶⁰ En el mismo sentido, Sentencias de la misma Sala de 15 de abril de 1994, 6 de noviembre de 1995, 14 de junio de 1996, 20 de noviembre de 1996, 24 de julio de 1997, 3 de noviembre de 1997 y 26 de febrero de 1998.

Los aspectos objetivos de la función jurisdiccional de Tribunal de Cuentas se concretan, pues, mediante el enjuiciamiento de conductas constitutivas de infracciones contables. A este respecto, el artículo 141 de la Ley General Presupuestaria distingue los siguientes tipos de ilícitos contables: haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos; 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; comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos; dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones; no rendir cuentas reglamentariamente exigidas o presentarlas con graves defectos; no justificar la inversión de los fondos contemplados en la propia Ley General Presupuestaria, y cualquier otra infracción de la normativa presupuestaria.

En lo que atañe a los aspectos formales del enjuiciamiento contable es de advertir que las normas se canalizan, desde el punto de vista jurídico-procesal, a través de tres instrumentos adjetivos, que posteriormente serán objeto de comentario: los procedimientos de reintegro por alcance, los juicios de cuentas y los expedientes de cancelación de fianzas.

5.2. La jurisdicción contable como jurisdicción necesaria, improrrogable, exclusiva y plena en relación con la administración, gestión, custodia y utilización de los fondos públicos: la compatibilidad de la jurisdicción contable con otros órdenes jurisdiccionales

Además de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1992, que reconoce expresamente –al mismo nivel que las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa, social y militar– la existencia de un orden jurisdiccional contencioso-contable, se han ocupado también de la jurisdicción contable las Sentencias del Pleno de 17 de octubre de 1988 y de 31 de enero de 1991 y el Auto de la Sala Primera de 29 de octubre de 1996.

Asimismo, el orden jurisdiccional contable ha sido objeto de tratamiento, con diferente extensión y alcance, entre otras, en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1988, 22 de mayo de 1990, 27 de mayo de 1995 y 23 de octubre de 1996, así como en las de la Sala Segunda de 27 de septiembre de 1991 y 10 de febrero de 1995. Y más recientemente en el Auto de la Sala Tercera del Alto Tribunal de 26 de abril de 1999, y en la Sentencia de la misma Sala de 7 de junio de 1999.

De los expuestos pronunciamientos jurisprudenciales se infiere la inequívoca consideración de la jurisdicción contable como auténtica jurisdicción. En este sentido, la LOTCU establece que dicha potestad jurisdiccional atribuida al Tribunal de Cuentas es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena.

Lo anteriormente indicado adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta la sustantividad propia de la jurisdicción contable en relación con otras jurisdicciones. Así, tanto la LOTCU como la LFTCU introducen una importante excepción al clásico principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre los restantes órdenes jurisdiccionales, puesto que las mencionadas Leyes determinan la preferencia de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil nacida de delitos como las malversaciones de caudales públicos, señalándose incluso que el Tribunal penal –que deberá abstenerse de conocer de la responsabilidad contable emanada de tales tipos penales– remitirá al Tribunal de Cuentas los antecedentes necesarios para que por éste se concrete el importe de los daños causados en los caudales o efectos públicos.

De aquí que haya de sostenerse la prioridad competencial de la jurisdicción contable sobre la penal para la determinación de la responsabilidad civil nacida de delitos relacionados con el fenómeno de la corrupción, y entre ellos no sólo el de malversación de caudales públicos, sino también de todos aquellos cometidos por empleados y gestores públicos que puedan ocasionar un perjuicio directo a los fondos públicos. Piénsese, a modo de ejemplo, en ilícitos penales tales como la prevaricación, el cohecho, la estafa, el tráfico de influencias, el uso indebido de información privilegiada y los llamados por la doctrina penalista «fraudes a las Administraciones Públicas realizados por funcionario público o autoridad».

Y esta compatibilidad jurisdiccional ya fue apreciada por el Tribunal Supremo de Justicia desde las lejanas Sentencias de 11 de diciembre de 1873 y 12 de enero de 1874, que declaró, con base en el artículo 16.2º de la Ley de 25 de agosto de 1851, la autoridad privativa del Tribunal de Cuentas frente a los Tribunales ordinarios, en el particular relativo al examen de las cuentas sometidas a su calificación. En el mismo sentido, el Consejo de Estado, por Real Decreto de 29 de marzo de 1881, señaló que «mientras el Tribunal de Cuentas no examine las correspondientes cuentas y resuelva definitivamente si deben ser aprobadas o hay en las mismas motivo de censura por haberse distraído los fondos del objeto a que estaban destinados, hay una cuestión previa que resolver, de la que puede depender el fallo que en su día hayan de dictar los Tribunales de Justicia».

Por consiguiente, la jurisdicción contable tiene prevalencia sobre la penal en la determinación de la responsabilidad contable emanada de algunos hechos que sean constitutivos de ilícito penal. De aquí que la jurisdicción penal tenga que abstenerse de conocer sobre el particular reseñado, y ello no sólo por la imperativa observancia de los repetidos artículos 18.2 de la LOTCU y 49.3 de la LFTCU, sino también en estricto cumplimiento del artículo 9^º6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor «los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso –añade el citado precepto–, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente».

En definitiva, la preferencia de la jurisdicción contable sobre la penal para la determinación de la responsabilidad civil nacida de delitos en los que se haya producido perjuicio económico en los fondos públicos tiene su fundamento en una interpretación conjunta de los citados artículos 18 de la LOTCU y 49.3 de la LFTCU, y así han sido varias las resoluciones de órganos jurisdiccionales penales –por todas, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1991 y 10 de febrero de 1995, y los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de su Sección 6^ª de 27 de julio de 1990, y de su Sección 1^ª de 22 de julio de 1991–, en los que no sólo se declaró la competencia del Tribunal de Cuentas para determinar la responsabilidad civil nacida de delitos como las malversaciones de caudales públicos, sino que, además, se acordó la suspensión del curso de las actuaciones penales hasta que por el orden jurisdiccional contable se precisara el importe de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la comisión de los hechos delictivos expresados⁶¹.

Por lo demás, un adecuado sistema de articulación entre la jurisdicción contable y la penal ha de repercutir positivamente en ésta a fin de evitar situaciones como, a modo de ejemplo, la descrita en la Memoria de la Audiencia Nacional de 1994, que admitió que había existido un «alto grado de carencia de fluidez en la instrucción sobre delitos económicos».

Y en este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha mantenido, entre otras, en Sentencias de 30 de septiembre de 1992, 25 de febrero de 1993, 24 de marzo

⁶¹ Cfr., sobre este particular, VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: «Prioridad de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil nacida de los delitos», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n^{os} 1.622 y 1.623, Madrid, 1992, pág. 270.

de 1994 y 10 de marzo de 1995, y en los Autos de 17 de diciembre de 1998 y 27 de mayo de 1999, que «la jurisdicción contable no sólo es compatible con la actuación del orden jurisdiccional penal, sino que incluso tiene preferencia sobre éste para determinar la responsabilidad civil dimanante de la comisión de ilícitos penales como la malversación de caudales públicos y, en general, de todos aquellos que determinen un daño o menoscabo en los fondos públicos y que se haya ocasionado por quien tenga a su cargo el manejo, administración o custodia de los mismos».

Las consideraciones anteriormente mencionadas, relativas a la articulación de relaciones funcionales del enjuiciamiento contable con la jurisdicción penal, tienen también plena efectividad en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo. A este respecto, piénsese en el enjuiciamiento de hechos que den lugar, por un lado, a la exigencia de responsabilidades disciplinarias en sede contencioso-administrativa y, por otro, a la exigencia de responsabilidades contables mediante juicios de cuentas. Es claro, en este sentido, el ya aludido artículo 18.1 de la LOTCU cuando preceptúa, en lo que al ejercicio de competencias se refiere, que la jurisdicción contable es compatible con la potestad disciplinaria.

Pero, además, y esto es lo verdaderamente importante, el artículo 41.2 de la propia LOTCU establece que «las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren responsabilidades serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente». Es de significar que la competencia sobre este particular le viene atribuida a dicha Sala por el artículo 54.1.a) de la LFTCU.

De este modo han sido varias las ocasiones en que el más alto órgano jurisdiccional contable se ha pronunciado sobre la procedencia del enjuiciamiento de resoluciones administrativas declarativas de responsabilidades contables, con especial referencia al importante asunto del control jurisdiccional de las subvenciones. Y decimos importante asunto éste de las subvenciones, pues no debe olvidarse que el gasto en subvenciones alcanzó un volumen durante 1996 que superó el 58% del total de los créditos del presupuesto de gastos del Estado, excluidas las operaciones financieras. Y, asimismo, y también a modo de ejemplo, es significativo tener en cuenta que sólo en 1998 los organismos dependientes de la Administración General del Estado concedieron subvenciones por importe de 76.511 millones de pesetas.

Es incuestionable, por consiguiente, y desde nuestro punto de vista, que los perceptores de ayudas y subvenciones públicas pueden incurrir en responsabilidad contable ante la falta o defectuosa e insuficiente justificación de las mismas, si bien, y por elementales razones de seguridad jurídica, en el supuesto relativo al control jurisdiccional de dichas subvenciones debe delimitarse la revisión del acto administrativo y el cumplimiento de éste por sus destinatarios –llevada a cabo desde el prisma del Derecho Administrativo–, de la fiscalización contable y, en su caso, enjuiciamiento de responsabilidades contables derivadas de esa supuesta falta de justificación de la subvención –realizado con arreglo al ordenamiento jurídico contable–. Desde esta perspectiva tiene plena razón de ser la compatibilidad de las jurisdicciones contencioso-administrativa y contable en el enjuiciamiento de posibles supuestos que puedan dar lugar a la incoación de juicios de cuentas o, en su caso, de procedimientos de reintegro.

Señala al respecto el magistrado De Mendizábal Allende⁶² que «la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para la eventual anulación de actos y disposiciones administrativas que contradigan el ordenamiento jurídico, produzcan o no un perjuicio patrimonial a las Haciendas Públicas. La jurisdicción contable enjuicia la responsabilidad derivada de tales actos, precisamente por su consolidación jurídica, por su inatacabilidad o firmeza, cuando la ilegalidad origina un resultado dañoso al Tesoro; por ello nunca puede estar capacitada para dejar sin efecto liquidaciones tributarias o acuerdos en los que se constituya una obligación (gasto) o se disponga un pago, que son actos declaratorios de derechos y deberes respecto de los particulares afectados: para ello, nuestro sistema configura el proceso de lesividad». Y añade el expresado autor que «aun cuando todos o parte de los actos administrativos enjuiciados sean formalmente intangibles y deban surgir todos sus efectos normales, incluso en contra de la Administración y habitualmente en favor del particular, el Tribunal de Cuentas lo somete a una elaboración peculiar: no puede anular el acto administrativo cuya irregularidad comprueba (misión ésta privativa de la jurisdicción contencioso-administrativa), sino que la comprobación de su ilegitimidad es simplemente un presupuesto lógico de la declaración de responsabilidad del funcionario que lo dictó y, en consecuencia, tiende a eliminar el perjuicio económico causado a la Administración, transfiriéndolo al responsable. Precisamente el hecho de que tal acto resulte inatacable provoca el daño patrimonial y la consiguiente responsabilidad». Y en

⁶² DE MENDIZÁBAL, ALLENDE, R.: «Pasado, presente y futuro de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Actualidad Administrativa*, nº 18, 1994, pág. 263.

lo que a la exigencia de esta responsabilidad se refiere, como consecuencia de aquel perjuicio económico producido, es el Juez de lo contable, como Juez predeterminado por la Ley, el competente para proceder a su enjuiciamiento⁶³.

5.3. Los juicios para la exigencia de responsabilidades contables

Los juicios de cuentas son un tipo de proceso contable en los que se enjuicia la pretensión de responsabilidad por la comisión de un ilícito contable distinto del alcance, tal como 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; comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos, y dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones.

Por otra parte, la responsabilidad derivada de las infracciones constatadas puede exigirse en el expediente administrativo instruido al interesado que regula el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, si bien habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 41.1 de la LOTCU, a cuyo tenor «la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto». Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que, como se ha indicado, las resoluciones dictadas por la Administración sobre el particular que nos ocupa son recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente conforme a lo previsto en el ya referido artículo 54.1.a) de la LFTCU.

Juntamente con los juicios de cuentas, los órganos jurisdiccionales contables conocen también de los procedimientos de reintegro por alcance. Se trata de procesos contables dirigidos al enjuiciamiento de un ilícito contable concreto: el alcance, entendido, según hemos visto, como infracción de la normativa presupuestaria y contable generadora de un saldo deudor injustificado, de la ausencia de numerario o de la malversación, sustracción, distracción o apoderamiento de caudales o efectos públicos. Su objeto consiste, principalmente, en el reintegro o devolución de dicho alcance, si bien en la práctica puede resultar ciertamente compleja, la delimitación de conductas generadoras de infracción contable por alcance de aquellos otros supuestos constitutivos de responsabilidad contable distinta del alcance. Dicho en otros términos, los ilícitos contables tipificados en los apartados b)

⁶³ Acerca de este extremo, cfr. VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El Tribunal de Cuentas: enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, op. cit., pág. 50.

a g) del artículo 141.1 de la Ley General Presupuestaria, que, en principio, y como se ha razonado, constituyen el objeto de los juicios de cuentas, sin embargo, y en determinados casos, pueden generar también un saldo deudor injustificado o la ausencia de numerario, por lo que, en esos casos, podría ser necesaria la incoación del procedimiento de reintegro por alcance.

La tercera modalidad de procedimiento incluido en el sistema procesal de enjuiciamiento contable viene constituida por los expedientes de cancelación de fianzas, que tienen naturaleza no contenciosa –en cierto aspecto son similares a los llamados «actos de jurisdicción voluntaria»–. En ellos, el Consejero de Cuentas, después de oír al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado o del ente del Sector público a cuyo favor se hubiera constituido la garantía y después de solicitar cuantos antecedentes se consideren necesarios, acordará o denegará la cancelación solicitada mediante el correspondiente Auto.

Radica, pues, la diferencia de los expedientes de cancelación de fianzas con los procedimientos de reintegro por alcance y los juicios de cuentas en que en dichos procedimientos y juicios se ventilan pretensiones de responsabilidad contable, mientras que en los mencionados expedientes la pretensión deducida queda limitada a la devolución de la cantidad depositada o a que se deje sin efecto la garantía constituida. Por ello, mediante los expedientes que nos ocupan, no se pretende otra cosa que acreditar la inexistencia de responsabilidad contable a fin de permitir la cancelación o devolución de la garantía a tal efecto prestada. Los citados expedientes constituyen, por tanto, una manifestación no contenciosa del orden jurisdiccional contable⁶⁴.

5.4. La participación de los ciudadanos en la jurisdicción contable

El ordenamiento jurídico contable admite sin excepciones el ejercicio de la acción pública –o, si se prefiere, en terminología más amplia, «acción popular»– en relación con posibles juicios de cuentas, sin que deba ser objeto de interpretaciones restrictivas que puedan limitar no sólo dicho ejercicio, sino incluso la tutela judicial efectiva –constitucionalmente garantizada en el artículo 24.1 de la Constitución–, que indudablemente puede realizarse –como derecho a la prestación jurisdiccional– mediante el cauce de los repetidos juicios de cuentas.

⁶⁴ En relación con los diferentes requisitos jurídico-formales de los distintos juicios para la exigencia de responsabilidades contables y con el sistema de recursos en la jurisdicción contable, cfr. VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El Tribunal de Cuentas: enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, *op. cit.*, págs. 101 a 127.

A este respecto, la lectura detenida de los artículos 56 de la LFTCU y 47.3 de la LOTCU permite sacar la conclusión de que el primero de ellos, en su función de desarrollo del segundo, ha incorporado ciertos matices restrictivos. Ello impone una interpretación armónica de ambos preceptos que, como sugiere Cubillo Rodríguez⁶⁵, aspire a conseguir que la aplicación del artículo 56 de la LFTCU no permita la relevancia procesal de meras denuncias infundadas y, al mismo tiempo, no vulnere el principio de tutela judicial efectiva.

La existencia de una autónoma acción pública en el ámbito jurisdiccional contable ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 14 de julio de 1993, al señalar que «la petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar... En tal aspecto –se añade– excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, incluso mediante la acción popular en el proceso penal o la acción pública en el contencioso-contable o en el ámbito del urbanismo».

5.5. La consideración del enjuiciamiento contable como instrumento procesal específico contra la corrupción a través del estudio de la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas: referencia a algunos supuestos

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha dictado numerosos pronunciamientos referentes a supuestos en los que se han producido diversos perjuicios en los fondos públicos como consecuencia de una dolosa o gravemente culpable gestión económico-financiera del Sector público. En todos ellos, el Tribunal de Cuentas ha ejercido su función jurisdiccional, condenando, cuando así procedía jurídicamente, a los autores de las correspondientes infracciones contables. De este modo, la jurisdicción contable ha intervenido en variados y distintos organismos del Sector público, tales como determinados órganos y unidades de los Ministerios de Justicia, de Economía y Hacienda y de Agricultura, Pesca y Alimentación; numerosas oficinas del Servicio de Correos; diversos servicios económicos de varias Comunidades Autónomas; distintos servicios recaudatorios y de tesorería

⁶⁵ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: «La “acción popular” en el orden jurisdiccional contable», en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, Madrid, 1992, pág. 253.

de numerosos Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales; habilitaciones-pagadurías de aeropuertos nacionales; servicios económicos de Universidades y de Museos Nacionales, y, en fin, otros muchos organismos tan dispares y diversos como hospitales de la Seguridad Social, oficinas de Turismo, federaciones deportivas, el *Boletín Oficial del Estado*, la Dirección General de la Guardia Civil o el economato de un Centro Penitenciario. En tales casos, la Sala jurisdiccional contable ha conocido de diversos procedimientos y recursos –bien incidentales, bien interlocutorios, bien decisorios, según los casos.

De los expresados pronunciamientos pueden destacarse, a modo de resumen, y entre otras muchas, las siguientes Sentencias:

– Sentencia de 29 de julio de 1992⁶⁶:

«Para que una determinada actuación pueda ser objeto de enjuiciamiento en sede jurisdiccional contable debe reunir los siguientes requisitos: 1º Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. 2º Que la referida acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos. 3º Que la mencionada acción esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia inmediata no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave. 4º Que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente. 5º Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.»

– Sentencia de 29 de julio de 1992⁶⁷:

«La jurisdicción contable tiene atribuido el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos debiéndose incluir entre los mismos tanto a los funcionarios públicos, como a quienes no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes... El concepto de cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado y a los Presidentes o Directores de los Orga-

⁶⁶ Referente a un procedimiento incoado como consecuencia de diversas irregularidades contables en un organismo del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

⁶⁷ Relativa a un juicio contable tramitado en relación con la comisión de ilícitos contables en un organismo del Ministerio de Economía y Hacienda.

nismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, así como a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.»

– Sentencia de 30 de octubre de 1992⁶⁸:

«El alcance, como infracción contable que es, requiere la falta de justificación del saldo deudor en las cantidades que tenía a su cargo la persona encargada de la custodia, manejo y utilización de fondos públicos, y ello con independencia de que físicamente se haya apropiado o no de los mismos.»

– Sentencia de 26 de febrero de 1993⁶⁹:

«En materia de gestión recaudatoria municipal debe diferenciarse la rendición anual de cuentas por el recaudador de la liquidación final de la encomienda recaudatoria al haber terminado la relación contractual entre el Ayuntamiento y su recaudador. De no hacerse tal distinción se llegaría a la absurda conclusión de que tras largos procedimientos administrativos se produciría una práctica inexistencia de responsabilidad en el grado más perjudicial para el Tesoro Público, que determina la prescripción de un impuesto, y, en consecuencia, la desaparición del mundo del Derecho de la acción administrativa de cobro... Ello adquiere especial relevancia en el caso de unos empleados públicos, como son los recaudadores de tributos, a los que debe exigirse con especial firmeza el celo en el desarrollo de sus funciones por la importante trascendencia económica de perjuicio que puede comportar para el erario público su pasividad.»

– Sentencia de 20 de mayo de 1993⁷⁰:

«En materia de percepción de subvenciones, la exigencia de responsabilidades contables a las personas jurídicas receptoras de las mismas resulta notoria y manifiesta. A este respecto, tanto la Ley General Presupuestaria como la normativa reguladora del Tribunal de Cuentas se refieren a cuantas personas sean beneficiarias de ayudas y subvenciones procedentes del Sector público... De la apuntada normativa se infiere la obligación por parte de los perceptores de ayudas

⁶⁸ Dictada en unas actuaciones sobre irregularidades contables en la unidad de reparto de una sucursal del Servicio de Correos.

⁶⁹ Alude a unas diligencias abiertas por determinadas irregularidades contables en el servicio recaudatorio de un Ayuntamiento.

⁷⁰ Recaída en un juicio contable por la falta de justificación de las aplicaciones de las subvenciones concedidas por el Consejo Superior de Deportes a una federación deportiva.

y subvenciones públicas de justificar la finalidad para la que se concedieron. Por ello, la falta de justificación de los gastos y pagos en la forma legalmente establecida debe reputarse como un supuesto de responsabilidad contable, pudiéndose valorar en la conducta observada el elemento cualificado de la gravedad y de la producción de un perjuicio para la Hacienda Pública, para determinar así la obligación de resarcimiento.»

– Sentencia de 6 de mayo de 1994⁷¹:

«La responsabilidad contable tiene carácter patrimonial y genera el deber legal de indemnizar daños y perjuicios. A este respecto, la LFTCU, en su artículo 59.1, dispone que “las partes legitimadas activamente podrán pretender ante la jurisdicción contable el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales o efectos públicos y, en ambos casos, con los intereses legales desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios”... Las infracciones contables devengan intereses legales, que podrían calificarse de “compensatorios” en cuanto que cabe concebirlos como la retribución o rendimiento que corresponde a la Hacienda Pública perjudicada por el hecho de encontrarse privada de los caudales o efectos públicos durante un cierto tiempo, como consecuencia de que el presunto responsable ha estado gozando del uso de dichos caudales o efectos.»

– Sentencia de 21 de octubre de 1994⁷²:

«En el alcance y en la malversación, el menoscabo a los fondos públicos, como elemento objetivo calificador de la responsabilidad contable, es consustancial a la infracción misma (la acción u omisión antijurídica y culpable se concreta *ab initio* en un daño a los caudales o efectos de que se trate), a diferencia de las demás [a título de ejemplo, artículo 141.1, apartados *b*) al *g*) de la Ley General Presupuestaria] en que, a menudo, nos encontramos ante conductas en contra de las leyes presupuestarias y/o contables, que serán o no generadoras de responsabilidad contable en función de que realmente hayan ocasionado un daño a los fondos públicos caracterizado por ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado... El Estado tiene el deber de perseguir los fines públicos y de destinar únicamente a los mismos cuanto haya recaudado coactivamente de las economías privadas de los contribuyentes, siendo ese deber la contrapartida del derecho-poder a la imposición de tributos. En esta peculiar relación, los

⁷¹ Hace mención a un procedimiento de reintegro seguido contra el Habilitador-pagador de un aeropuerto nacional.

⁷² Se refiere a un juicio contable dirigido contra el Concejal del Ayuntamiento.

ciudadanos tendrán derecho a que la totalidad de los ingresos públicos se destinen efectivamente a los gastos públicos y a una correcta gestión de los medios públicos. Se trata de tutelar un interés que trasciende lo meramente privado y alcanza las cotas del interés público.»

– Sentencia de 30 de octubre de 1995⁷³:

«La acción de ordenar pagos indebidos y contrarios a la normativa de incompatibilidades ha de reputarse especialmente grave en cuanto supone mantener la tesis errónea de que la responsabilidad del control de los gastos y pagos con fondos públicos debe ser de la exclusiva responsabilidad de los funcionarios encargados de la intervención y de los fondos públicos, y no procede exonerar de responsabilidad a quienes la tienen por Ley encomendada.»

– Sentencia de 23 de octubre de 1997⁷⁴:

«Tanto el Alcalde como el Secretario de la Entidad Local tenían a su cargo la gestión de los fondos públicos, como Ordenador de pagos el primero e Interventor de las mismas el segundo y en consecuencia responsables contables de su manejo; y recibida para dicha Entidad una subvención pública, los mencionados Alcalde y Secretario entregaron su importe a la sociedad de la que ellos mismos eran socios, por lo que al haber sido el destino de la ayuda pública diverso al que constituyó la causa de su otorgamiento quedó injustificada la cuenta a rendir y siendo conscientes ambos Alcalde y Secretario de que su actuación en el desvío de fondos constituía una irregularidad administrativa puesta en práctica para obviar la norma legal, que impedía que un particular recibiera esa clase de ayuda pública, con ello se produjo un perjuicio económico.»

– Sentencia de 9 de diciembre de 1997⁷⁵:

«Las personas jurídicas pueden ser sujetos de responsabilidad contable, debiendo referirse la culpabilidad a las personas físicas u órgano colegiado, a través del cual forme su voluntad y se ejecuten sus decisiones... Asimismo, la responsabilidad dicha y referida a las personas jurídicas puede no agotarse en éstas, dado que cualquier limi-

⁷³ Pronunciada en un juicio de cuentas incoado contra el Presidente de un organismo dependiente del Ministerio de Justicia.

⁷⁴ Corresponde a un procedimiento de reintegro motivado por irregularidades detectadas en la aplicación de parte del importe de un anticipo reintegrable otorgado por el Gobierno de una Comunidad Autónoma a un Ayuntamiento.

⁷⁵ Tiene por objeto del enjuiciamiento de unas irregularidades detectadas en la gestión recaudatoria de una Entidad Local.

tación de responsabilidad que pudiera legalmente favorecerla (Sociedad Anónima, Responsabilidad Limitada, etc.) no impedirá que, siempre que concurren los demás requisitos que configuran la contable, pueda ésta exigirse de sus gestores o representantes.»

– Sentencia de 3 de julio de 1998⁷⁶:

«Mientras que en el ejercicio de la función fiscalizadora que compete al Pleno de este Tribunal se desarrolla una actividad técnica previa a la función política de las Cortes en la que se informa al órgano parlamentario acerca de la adecuación de la actividad económica financiera de los entes que integran el Sector público a los principios que informan en nuestro ordenamiento, la ejecución del gasto público, es decir, la legalidad, la eficiencia y la economía o, si se prefiere, a los que integran la llamada «buena gestión financiera», la función del enjuiciamiento contable es una actividad de naturaleza jurisdiccional, consistente en juzgar y ejecutar lo juzgado en materia contable... Las Administraciones Públicas deben respetar en su actuación, como refleja abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el principio de confianza legítima que está inserto en el más amplio de la buena fe y que impide que la actividad administrativa sea alterada arbitrariamente, de manera que lo que era en principio subvencionable deje de serlo una vez recibida la correspondiente cantidad.»

– Sentencia de 25 de septiembre de 1998⁷⁷:

«Se puede incurrir en responsabilidad contable directa no sólo por acción, sino también por omisión, es decir, por no desarrollar la actividad que, estando incluida dentro de las funciones de la gestión encomendada, hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales y efectos públicos, lo que no sólo es consecuencia de la lógica necesidad de interpretar el artículo 42.1 de la LOTCU en conexión con el artículo 38.1 de la misma, sino que además goza de pleno respaldo jurisprudencial en la jurisdicción contable, al tener declarado la Sala que la pasividad en el desarrollo de la gestión encomendada puede, si produce daño en los fondos gestionados y presupone negligencia grave, dar lugar a una responsabilidad contable directa, y ello aunque su cometido pueda no incluir el manejo de fondos públicos.»

⁷⁶ Hace referencia a un juicio contable tramitado por la concesión de subvenciones públicas a unas asociaciones de consumidores.

⁷⁷ Contempla el caso de unas irregularidades apreciadas en la gestión económico-financiera de una Diputación Provincial.

– Sentencia de 16 de noviembre de 1998⁷⁸:

«Son responsables contables 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, siempre y cuando exista relación de causalidad entre la omisión negligente y el daño o perjuicio causado a los fondos públicos... Se trata, pues, de una responsabilidad cuya exigencia sólo procede en defecto de la directa, que está basada en la culpa o negligencia, si bien no comprende todas las modulaciones en lo que a la graduación de la culpa se refiere, pues la que merece el calificativo de «grave» entra dentro del concepto de la directa.»

– Sentencia de 12 de enero de 1999⁷⁹:

«Para que se produzca un alcance en los caudales o efectos públicos no se precisa un apoderamiento o beneficio propio por parte del responsable contable, sino que basta con que determinados bienes y derechos de titularidad pública tengan un destino distinto del que les hubiera correspondido con arreglo a Derecho.»

6. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ENJUICIAMIENTO CONTABLE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO ESPECÍFICO PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

6.1. Una nueva configuración de la instrucción de los juicios de cuentas

Una primera consideración crítica que merece el vigente sistema procesal de enjuiciamiento contable es la relativa a la instrucción de los juicios de cuentas. En este sentido, y a nuestro modo de ver, debería regularse adecuadamente la colaboración de los Órganos de Control Externo con el Tribunal de Cuentas en las distintas fases instructoras de los procesos contencioso-contables⁸⁰. En este sentido, se hace de todo punto imprescindible reformar las vigentes funciones de vigilancia

⁷⁸ Puso fin a un procedimiento de reintegro incoado por la utilización de los fondos públicos librados a un Museo nacional.

⁷⁹ Emitidas en un juicio contable relativo a determinadas irregularidades producidas en la gestión del economato de un centro penitenciario.

⁸⁰ Acerca de esta cuestión, cfr. VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: «La colaboración de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas con el Tribunal de Cuentas en la instrucción de los procesos jurisdiccionales contables», en *Seminario sobre la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales contables*, Consejo de Cuentas de Galicia, 1994.

que la LFTCU atribuye al Tribunal de Cuentas a través de la Unidad de Actuaciones Previas. En el momento actual, y por obvias razones, tanto de técnica procedimental como de lógica jurídica, no procede propugnar la existencia de funciones de vigilancia, tal y como están contempladas en el artículo 11.3 de la LFTCU, sino de tareas de coordinación, intervención simultánea y asesoramiento recíproco.

Y a propósito de la precitada Unidad de Actuaciones Previas cabe también la posibilidad de plantearse si tendría sentido, y quizá una mayor lógica jurídica, que en el seno de la misma se instruyeran la totalidad de los procesos contables –y no sólo los de reintegro por alcance–, con lo que, de un lado, el Consejero de Cuentas que dispusiera la incoación de la pertinente pieza separada podría nombrar Instructor de la misma a un funcionario adscrito a la expresada Unidad, y de otro, se lograría así una siempre deseable uniformidad de criterio en la instrucción de dichas actuaciones previas y, por ende, una aconsejable articulación orgánica y funcional de las actividades procedimentales de instrucción con la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.

A nuestro modo de ver, los requisitos formales de la instrucción de los juicios de cuentas y de la instrucción de los procedimientos de reintegro ofrecen una serie de analogías que aconsejan la unificación de trámites instructores⁸¹. Por tanto, debería aspirarse a la consecución de un único modelo de instrucción contable que, una vez definida claramente la tipificación de conductas –armonizando la regulación que sobre este particular se contiene en la LFTCU, en la Ley General Presupuestaria y en la restante normativa complementaria–, respondiera, entre otros y como más significativos, a los siguientes principios: 1º Simplificación de trámites, suprimiendo aquellos de carácter accesorio o secundario que puedan entorpecer la pronta instrucción de los procedimientos; 2º Regulación de garantías de los interesados en los respectivos procedimientos, reforzando la participación de los mismos en las diferentes actuaciones instructoras, y 3º Potenciación de las facultades de propuesta y valoración previa, provisional y presunta de los Instructores, en aspectos tales como la motivación de las actuaciones instructoras, la valoración de pruebas y, en su caso, la formulación de propuestas de resolución a fin de que, en su día, el órgano jurisdiccional contable pueda tener mayores elementos de juicio, tanto cualitativos como cuantitativos⁸².

⁸¹ En relación con la cuestión apuntada, cfr. VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El Tribunal de Cuentas: enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, op. cit. pág. 135.

⁸² Hay algún sector que puede pensar, o piensa, que las actuaciones previas –bien todas las que contempla la LFTCU, bien sólo algunas de ellas– deben suprimirse. No podemos, sin embargo, compartir ese planteamiento por cuanto carece de especifi-

6.2. Replanteamiento procesal de la acción pública contable

Por otra parte, y a fin de dotar de mayor operatividad la participación ciudadana en el ámbito de la jurisdicción contable –como destacado instrumento procesal específico para combatir la corrupción–, somos de la opinión de que deberían flexibilizarse los presupuestos formales para el ejercicio de la acción pública contable. Y ello debe ser así tanto para armonizar más adecuadamente, en términos de lealtad constitucional, el contenido del artículo 56 de la LFTCU con el artículo 24 de la Constitución⁸³, como para aproximar al ciudadano el control del gasto público, sin tener que exigirle un determinado nivel de conocimientos de contabilidad ni un estricto cumplimiento de excesivos requisitos formales que imposibiliten o limiten su derecho material sobre el conocimiento de ese control del gasto público y su derecho adjetivo de efectividad de la tutela judicial contable.

Sería aconsejable, por tanto, flexibilizar los requisitos formales para el concreto ejercicio de la acción pública en el enjuiciamiento contable y simplificar los trámites del proceso contable que deba incoarse como consecuencia de la formulación de una acción pública ante la Justicia contable.

6.3. Articulación jurídica de un único proceso contable y regulación de un procedimiento abreviado en la jurisdicción contable

De la experiencia acumulada a lo largo de los años de vigencia de la LFTCU se deriva que sería preciso regular un propio y único proceso contable, con independencia de la infracción contable en cada caso cometida y sin necesidad de acudir –con carácter supletorio y como sucede en la actualidad– a constantes y variadas remisiones a normas procesales contencioso-administrativas o civiles, según los casos. En dicho ordenamiento procesal, obviamente, tendrían cabida las distintas singularidades de los aspectos jurídico-formales de la

ca apoyatura legal –tanto de legalidad constitucional como de legalidad ordinaria–, desconoce la destacada e incuestionable importancia sustantiva y adjetiva que tales actuaciones previas tienen en el contexto del enjuiciamiento contable, ignora que forman parte de una fase formal necesaria por elementales razones de garantía jurídica y se aparta de un criterio de potenciación de dichas actuaciones que, a nuestro juicio, debería tenerse presente en una supuesta –y quizá próxima– reforma organizativa de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.

⁸³ Las repercusiones del ejercicio de la acción pública con el derecho a la efectividad de la tutela judicial son más que evidentes. Cfr., en este orden de consideraciones, VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1996, pág. 93.

propia jurisdicción contable, en función de las diferentes acciones en cada caso promovidas y muy especialmente el ilícito contable enjuiciado en cada supuesto.

Y dentro de este único proceso contable podrían distinguirse los siguientes aspectos jurídico-procesales:

- El proceso contencioso-contable de única instancia.
- El proceso contencioso-contable de primera instancia y de apelación.
- Y la regulación de un procedimiento abreviado en la jurisdicción contable, articulando unos trámites ágiles y expeditivos en asuntos de inferior cuantía que, con las debidas garantías procesales para la persona enjuiciada, pudiera ventilarse sin merma de esas garantías con toda rapidez por medio de la inclusión de trámites formales similares a los establecidos en el artículo 78 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸⁴.

6.4. La autonomía del Derecho contable jurisdiccional

En su estudio sobre «La autonomía del Derecho concursal», distingue el magistrado Vacas Medina⁸⁵ varios tipos de autonomía que pueden predicarse respecto de las diversas ramas del Derecho: la legislativa o normativa, la didáctica, la científica y la jurídica o sustancial. Sostiene este autor que «para que de un Derecho pueda decirse que goza de autonomía respecto de otro que le sirve de fondo o precedente, es necesario que en extensión mayor o menor se halle inspirado en principios propios distintos a los de éste», añadiendo que es esta autonomía la verdaderamente importante, aunque deba tener siempre la base de una normativa específica, previamente establecida y configurada en una autonomía legal.

Con referencia al Derecho contable jurisdiccional, dejando al margen las citadas autonomías didáctica y científica –y sin perjuicio de reconocer, con relación a esta última, las cada vez mayores y más

⁸⁴ Sobre el procedimiento abreviado en la jurisdicción contencioso-administrativa, cfr. LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J.: «El recurso contencioso-administrativo. Novedades procedimentales», en *La Ley*, nº 4.548, 1998, pág. 1; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El procedimiento abreviado en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Argumentos en su favor», en *La Ley*, nº 4.697, 1998, pág. 1, y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Revista de Derecho Administrativo*, nº extraordinario sobre Justicia Administrativa, 1999, pág. 97.

⁸⁵ VACAS MEDINA, L.: «La autonomía del Derecho concursal», en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1957, pág. 163.

trascendentales aportaciones de la doctrina acerca del enjuiciamiento contable–, nos inclinamos abiertamente por la autonomía legislativa de tal Derecho, entendido como conjunto de normas reguladoras de los supuestos materiales de la instrucción, sustanciación y decisión de los procesos para la exigencia de responsabilidades contables, así como del sistema de recursos y de la ejecución de lo fallado en dichos procesos.

Por lo demás, la autonomía normativa del Derecho contable, que aquí defendemos, se basa en unos principios propios y específicos que, incluso, podrían justificar respecto de él una autonomía sustancial o jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el marcado carácter público de este Derecho, dada la materia y las especialidades de su contenido, que conducen a una intensa intervención del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado y, en su caso, de los Servicios Jurídicos de la entidad perjudicada del correspondiente Sector público territorial o institucional; en el aspecto objetivo de esta parcela del ordenamiento, determinado por la producción de un daño o perjuicio en los fondos públicos y por el correlativo resarcimiento indemnizatorio; en la subsiguiente especialización jurídico-subjetiva de los órganos jurisdiccionales intervinientes; en la normativa específica concerniente tanto a su actividad procesal propiamente dicha como a su autónomo sistema de recursos, y en las singularidades de la responsabilidad contable –basada en conceptos autónomos, según ha puesto de relieve la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 1999–, en la que pueden incurrir quienes manejen, administren, custodien o utilicen caudales o efectos públicos, así como, en su caso, los perceptores de ayudas y subvenciones públicas, con todo lo que esto puede representar en el contexto de los casos de corrupción.

7. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COLABORACIÓN CON LA JURISDICCIÓN CONTABLE EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

7.1. Articulación jurídica de la disciplina presupuestaria y de la defensa contra el fraude financiero y contable

Juntamente con el ejercicio de la función jurisdiccional contable, es necesario también, a los efectos de conseguir un adecuado y efectivo marco normativo en la lucha contra la corrupción, la necesaria reserva legal en la articulación jurídica de la disciplina presupuestaria y de la defensa contra el fraude financiero y contable.

Tal articulación jurídica habría de pasar tanto por una precisa tipificación de ilícitos presupuestarios como por una mayor y más estrecha coordinación de servicios judiciales –como la Audiencia Nacional– y administrativos –como la Agencia Tributaria–, con competencia directa en la materia de la defensa contra el fraude financiero y contable.

Se hace así necesaria una mayor colaboración con la jurisdicción contable por parte de la jurisdicción penal –que en numerosos casos, aunque cada vez menos olvida la preferencia de la propia jurisdicción del Tribunal de Cuentas para la determinación de la responsabilidad nacida de determinados delitos, como así se determina en los artículos 18.2 de la LOTCU y 49.3 de la LFTCU–, y, asimismo, una mayor cooperación con dicha jurisdicción contable por parte de los servicios correspondientes de entidades tales como la mencionada Agencia Tributaria, la Seguridad Social, la Inspección General de Servicios del Ministerio de Administraciones Públicas, la Oficina Presupuestaria y, por supuesto, la Fiscalía Especial para los delitos económicos relacionados con la corrupción, de la que pasamos a ocuparnos seguidamente.

7.2. Adecuada y fluida coordinación de la Fiscalía Anticorrupción con la Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas

Como hemos visto anteriormente, uno de los principales instrumentos jurídicos con que cuenta nuestro ordenamiento para combatir determinadas conductas antiéticas es la Fiscalía Anticorrupción. Su actuación se extiende así tanto al Sector público como al Sector privado y está dirigida a la investigación de comportamientos corruptos que tienen su origen en dicho Sector público. En esa labor de investigación, necesariamente tienen que descubrirse conductas productoras de daños y perjuicios en los fondos públicos.

En ese marco de actuación, y en atención a la competencia prioritaria –por razones jurídicas de especialización, que, como ha aseverado el Tribunal Constitucional, convierten al Juez de lo contable en Juez natural para el enjuiciamiento de esas conductas generadoras de perjuicios en los efectos y caudales públicos–, es donde adquiere especial relevancia la adecuada y fluida coordinación que debe existir entre la propia Fiscalía Anticorrupción y la Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas⁸⁶.

⁸⁶ Debe llamarse la atención en la circunstancia de que en el párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 10/1995, de 24 de abril, se indica que las funciones de la Fiscalía Anticorrupción consisten en «la intervención en los procesos penales por delitos económicos relacionados con la corrupción y en la coordinación de actuaciones de las distintas fiscalías en orden a la prevención y represión y de estos delitos».

Sin embargo, esa adecuada y fluida coordinación entre ambas Fiscalías queda en evidencia si tenemos en cuenta algunos datos recogidos en el siguiente cuadro⁸⁷, en el que puede constatarse que en los últimos años el Ministerio Fiscal ha intervenido en numerosas diligencias previas relativas a delitos de malversación, que posteriormente no se pusieron en conocimiento de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas:

| Año | Diligencias previas relativas a delitos de malversación en las que ha intervenido el Ministerio Fiscal | Actuaciones previas incoadas en la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en las que ha intervenido el Ministerio Fiscal |
|------|--|---|
| 1989 | 1.062 | 255 |
| 1990 | 553 | 375 |
| 1991 | 554 | 178 |
| 1992 | 475 | 219 |
| 1993 | 583 | 134 |
| 1994 | 611 | 428 |
| 1995 | 740 | 825 |
| 1996 | 322 | 321 |
| 1997 | 594 | 263 |
| 1998 | 486 | 234 |

Se hace absolutamente preciso, pues, que la Fiscalía Anticorrupción, por conducto de la Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas, ponga en conocimiento de la jurisdicción contable cuantos hechos por ella investigados puedan haber ocasionado perjuicios en los fondos públicos como consecuencia de una administración, custodia o utilización de los mismos dolosa o gravemente culposa.

⁸⁷ Los referidos datos, que aluden a los diez últimos años –coincidentes con los de vigencia de la LFTCU–, se han tomado de las Memorias de la Fiscalía General del Estado elevadas al Gobierno de la Nación y presentadas al inicio del correspondiente año judicial, y se han contrastado con los contenidos en las Memorias de Actuaciones Jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. Es de destacar que a partir del año 1995 comenzó a ejercer sus funciones la Fiscalía Anticorrupción.

7.3. Hacia una nueva normativa sobre financiación de los partidos políticos, sobre contratos de las Administraciones Públicas, sobre subvenciones y ayudas públicas, y sobre control de las fundaciones

Para la adecuada represión del fenómeno de la corrupción no basta con que la jurisdicción contable pueda llevar a cabo sus cometidos con plena independencia y con suficiente grado de eficacia –como así lo viene realizando hasta la fecha–, y no basta tampoco con que los órganos judiciales y ejecutivos con competencia en el particular que nos ocupa presten la debida colaboración al Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función jurisdiccional. Es necesario también que el Legislativo se involucre decididamente –como así lo viene realizando– en la defensa jurídica contra los casos de corrupción.

Desde el anterior planteamiento sería necesaria, a nuestro juicio, una nueva regulación de las siguientes cuestiones:

- La financiación de los partidos políticos.

Como afirma el profesor Torres del Moral⁸⁸, «los partidos políticos son asociaciones privadas investidas de funciones públicas», a lo que debe añadirse ahora, en palabras del profesor Álvarez Conde⁸⁹, que «parece pacíficamente admitido que si bien los partidos políticos son asociaciones privadas realizan también funciones públicas o de interés general, debiendo, a tal efecto, ser sujetos pasivos de una financiación pública. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 fundamenta el principio de financiación pública de los partidos, no en base a su mera existencia como tales partidos, sino por concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular».

Desde las anteriores consideraciones es claro, en nuestra opinión, que esa financiación de los partidos políticos, calificada por la profesora Pilar del Castillo⁹⁰ como de «financiación predominantemente pública» desde la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos de 2 de julio de 1987, está sometida, en lo que a la percepción de fondos y ayudas públicas se refiere, no sólo a la fiscalización externa por parte del Tribunal de Cuentas, en aplicación del artícu-

⁸⁸ TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho constitucional español*, Madrid, 1992, vol. I, pág. 467.

⁸⁹ ÁLVAREZ CONDE, E.: «Algunas propuestas sobre financiación de los partidos políticos», en *La financiación de los partidos políticos, Cuadernos y Debate*, Madrid, 1994, pág. 14.

⁹⁰ DEL CASTILLO VERA, P.: «La financiación de los partidos políticos», en *Cuadernos y Debate, op. cit.*, pág. 109.

lo 4º de la LOTCU, sino también a control jurisdiccional contable, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 49.1 de la LFTCU.

No obstante, resultaría aconsejable una más moderna y menos compleja regulación normativa del sistema de financiación de los partidos políticos, que, como se ha reiterado por el Tribunal de Cuentas en sus últimos informes de fiscalización de la contabilidad de los propios partidos, supere determinadas insuficiencias de la vigente legislación, sobre todo en los aspectos relativos a la colaboración de las entidades financieras y proveedores en facilitar la información en cada caso solicitada, a la percepción de recursos públicos legalmente no previstos, a la armonización de las aportaciones privadas y, en definitiva, a la transparencia del apuntado sistema de financiación⁹¹.

– Los contratos de las Administraciones Públicas.

Como es sabido, la contratación pública tiene una gran trascendencia, tanto por las cifras a que se refiere –aproximadamente, unos 2,5 billones de pesetas al año en lo que respecta a la Administración General del Estado, cantidad ésta a la que debe añadirse la relativa a las restantes Administraciones Públicas– como por el destacado número de empresas que directa o indirectamente actúan en la ejecución de obras públicas y en el suministro de bienes a las entidades e instituciones públicas. Basta señalar, a este respecto, que sólo durante 1998 las empresas españolas firmaron únicamente con la Administración General de Estado más de 70.000 contratos.

El carácter instrumental del contrato administrativo para la consecución de fines de interés general nos obliga a tener en cuenta, en expresión de Díez Moreno⁹², «que cuando el Estado contrata maneja fondos públicos, es decir, dinero del contribuyente, y está obligado, en consecuencia, a especiales medidas y a un exigente rigor de objetividad y concurrencia».

⁹¹ Acerca de la financiación de los partidos políticos pueden consultarse también los siguientes trabajos: DEL CASTILLO VERA, P.: *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*, Madrid, 1985; DEL CASTILLO VERA, P.: «La financiación pública de los partidos políticos y su impacto en las instituciones representativas», en *Jornadas sobre el Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, 1988; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «La financiación de los partidos políticos en Alemania tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de abril de 1992», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 36, 1992, pág. 299. Y sobre la financiación de los partidos políticos en los Estados miembros de la Unión Europea, cfr. el estudio elaborado en 1991 por la Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, publicado en el *Boletín de Derecho de las Comunidades Europeas*, nº 38, 1992, página 219.

⁹² DÍEZ MORENO, F.: «La reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: un difícil equilibrio», publicado en el diario *ABC*, 22 de abril de 1999, página 82.

De esta forma, se hace de todo punto necesaria la reforma de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –reforma que ya se encuentra en tramitación parlamentaria–, que debería girar alrededor de los siguientes puntos de articulación jurídica(*):

1º El carácter competitivo del modelo de contratación pública.

2º La flexibilidad y apertura en la preparación y gestión del contrato.

3º La adjudicación del control basada no sólo en la oferta *per se*, sino también en la capacidad técnica y financiera, y en la experiencia profesional del ofertante.

4º La transparencia, objetividad y garantía de imparcialidad en la adjudicación del contrato.

5º El sometimiento a control jurisdiccional y a control económico y presupuestario de toda la actividad contractual de las Administraciones Públicas, en el que la jurisdicción contable ha de contar con un papel preponderante.

Y ello debe ser así porque, en palabras del profesor Ariño-Ortiz⁹³, «debemos ser inflexibles en impedir la huida en desbandada al derecho privado, que se ha producido en los últimos años, mediante la creación de personas interpuestas (entes públicos creados *ad hoc*, fundaciones, sociedades instrumentales, consorcios, etc.) en las que la Administración Pública... pretende actuar como si fuera un particular, esto es, sin sujeción a las normas de procedimiento, de garantía y de control público que integran el Derecho público. Ésta es –añade el referido autor– una práctica viciosa con la que hay que acabar, especialmente en materia de contratos».

– Las subvenciones y ayudas públicas.

Desde hace casi cien años, tanto la doctrina administrativista como la práctica administrativa han concebido a la subvención como una de las manifestaciones de la denominada «actividad administrativa de fomento» por medio de la cual se pretendía incentivar la actividad económica privada.

Lo que ocurre es que la situación actual en materia de subvenciones y ayudas públicas es muy distinta a la de los orígenes del fomen-

(*) Téngase en cuenta que, con posterioridad a que el autor de estas líneas pronunciara la conferencia sobre la que están basadas las mismas, se ha promulgado la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

⁹³ ARIÑO-ORTIZ, G.: «Otra forma de contratar», publicado en el diario *Expansión*, 1 de junio de 1999, pág. 5.

to, tanto cualitativa como cuantitativamente⁹⁴. Y ello ha motivado que el balance que hoy se hace de la política de subvenciones sea ciertamente cuestionado.

Lo explica así el profesor Ariño-Ortiz⁹⁵ en los siguientes términos: «Los economistas, especialmente aquellos que han tenido experiencia política directa..., coinciden en afirmar que en la mayor parte de los casos las subvenciones son inútiles o superfluas, distorsionan los mercados, constituyen un despilfarro de recursos y serían sustituibles con ventaja por otras políticas fiscales. Los juristas, después de algunas dudas, hemos terminado por reconocer que las subvenciones difícilmente cumplen con la legalidad propia de los actos de la Administración.» Y añade el mencionado autor que «la reserva de Ley en este campo es prácticamente inexistente y la doctrina jurídica no ha tenido más remedio... que aceptar una habilitación genérica a la Administración para que ésta, por vía reglamentaria, actúe como mejor le parezca. Una vez habilitados los fondos públicos en los Presupuestos Generales del Estado... son casi siempre unos reglamentos *extra legem* lo que crean y/o regulan las subvenciones... He aquí, pues, que las subvenciones resultan bastante estériles y jurídicamente bastante incontrolables: viven al margen del Derecho. Pero ello no es lo peor. Lo peor es que, a su sombra, florece la corrupción».

A lo anteriormente dicho debe puntualizarse, no obstante, que, aunque se trata de una compleja y doctrinalmente discutida cuestión, el control jurisdiccional de las subvenciones es en nuestro Derecho una realidad –en algunos casos, si se quiere admitir, una realidad compleja–, pero lo cierto es que, como hemos indicado anteriormente, tanto la jurisdicción contencioso-administrativa –en lo que se refiere a la legalidad del acto administrativo de concesión de la subvención– como la jurisdicción contable –en lo que respecta al enjuiciamiento del perjuicio sufrido por una defectuosa o incorrecta aplicación de la subvención–, tienen expresamente atribuidas importantes competencias sobre este particular.

En todo caso, resultaría necesaria una normativa legal en materia de subvenciones que pueda garantizar los principios de publicidad,

⁹⁴ Según un estudio realizado por el Banco de España y publicado en el diario *La Razón* el 28 de junio de 1999, en el período 1989-1998 las empresas, instituciones de crédito, compañías de seguros y familias españolas recibieron ayudas y subvenciones de la Unión Europea, de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de los Ayuntamientos y de la Seguridad Social por importe de 18,6 billones de pesetas.

⁹⁵ ARIÑO-ORTIZ, G.: «Subvenciones: ese oscuro mundo», publicado en el diario *Expansión*, 8 de junio de 1999, pág. 4.

conurrencia y objetividad en la concesión de la subvención, y al mismo tiempo de igualdad de acceso a la subvención, de tipificación de los supuestos en que proceda la concesión de ayudas públicas, de creación de un registro general de ayudas que recoja las subvenciones concedidas y la identidad de los beneficiados, de agilización de las correspondientes justificaciones y comprobaciones, y de simplificación y unificación de trámites del reintegro de cantidades por defectuosa aplicación de los fondos de la subvención, procedimiento éste que debe siempre residenciarse en sede contencioso-contable.

– El control de las fundaciones.

En uno de los últimos encuentros del «Fórum Galicia de Estudios Sociales» se puso de manifiesto por el profesor Rodríguez-Arana que «la legislación gallega ha sido la pionera en la garantía del control de las fundaciones». En efecto, la Ley de Entes Públicos y Empresas de 1996 señala como principios informadores del régimen jurídico de las fundaciones los de control, publicidad, concurrencia y mérito y capacidad.

La ética pública debe, pues, extenderse también a la gestión de fondos públicos por parte de fundaciones, extremo éste cada vez más extendido y que, por ende, no debería olvidarse en una posible y deseable nueva regulación *ad hoc*. Téngase en cuenta, a este respecto, que, aunque pueda defenderse el modelo de fundaciones como sistema eficaz en determinados sectores de la actividad administrativa, dicha eficacia no debe pasar por alto ni el sometimiento al principio de legalidad, ni la posibilidad de control jurisdiccional contable como consecuencia del manejo de fondos de naturaleza pública por parte de tales fundaciones.

7.4. Otras consideraciones: la deseable promulgación de un código de ética del gestor público y la posible creación de una Agencia de Ética Pública

A las consideraciones hasta aquí manifestadas merecen añadirse dos últimas consideraciones más, también de *lege ferenda* como las anteriores: la deseable promulgación de un código de ética del gestor público y la posible creación de una Agencia de Ética Pública.

Somos conscientes de que, de contrario, se puede argumentar que las citadas promulgación y creación no son del todo necesarias y que es mejor dejar las cosas como están, siendo más que suficiente las respuestas que en la actualidad ofrece nuestro vigente ordenamiento contra el fenómeno de la corrupción.

Sin embargo, y siendo cierta esta última aseveración –a la que debemos añadir, como venimos sosteniendo, que en esos supuestos jurídicos contra dicho fenómeno los específicos instrumentos procesales de la jurisdicción contable adquieren especial preponderancia–, no es menos cierto también que hemos de reconocer que todo esfuerzo en beneficio de la ética pública y en beneficio también de una correcta gestión de los fondos públicos debe ser siempre, a nuestro modo de ver, debidamente respaldado.

Atendiendo al anterior objetivo, la regulación de normas de conducta orientadas a una legalmente correcta gestión de fondos públicos y, asimismo, a una eficiente, transparente y honesta administración de dichos fondos debería convertirse en realidad.

Y, de igual modo, la puesta en funcionamiento de un organismo, en su caso, con participación de todas las Administraciones Públicas o, en otro caso, con competencia en todo el territorio de la Unión Europea⁹⁶, encargado de velar por la aplicación de principios tales como los de objetividad, sometimiento al interés general, legalidad, eficiencia, austeridad, honestidad, transparencia y responsabilidad en la gestión pública, con todo lo que eso comporta en el cotidiano quehacer administrativo, en la formación de empleados públicos y, en definitiva, en la implantación de una nueva «cultura administrativa», debe convertirse igualmente en realidad. Y, lo que es más importante, puede ser, como de hecho ha sido en otros países que cuentan con Oficinas y Agencias de esta naturaleza, un destacado mecanismo de prevención de conductas generadoras de corrupción y en todo caso de destacada y eficaz colaboración con instrumentos procesales como el del enjuiciamiento contable⁹⁷.

⁹⁶ Puede resultar ilustrativo el hecho de que desde la Unión Europea se está pensando en la posibilidad de crear una Fiscalía europea para perseguir la corrupción en la gestión de los fondos comunitarios. Así, y según el llamado «Comité de Expertos Independiente», también denominado «grupo de sabios», creado por el Parlamento Europeo, debería ponerse en funcionamiento dicha Fiscalía en el plazo máximo de un año, y actuaría en coordinación con los Tribunales y la policía de cada Estado miembro, a cuyo fin cada uno de los propios Estados tendría que crear un servicio especializado en la persecución del fraude al presupuesto comunitario. Cfr., al respecto, diario *El País*, 11 de septiembre de 1999.

⁹⁷ Las distintas funciones encomendadas a Oficinas y Agencias de Ética Pública, como las de los Estados Unidos de Norteamérica y del Reino Unido, pueden resumirse, en apretada síntesis, en los siguientes apartados:

- Competencias normativas, como la elaboración de códigos de ética.
- Declaraciones de bienes de altos cargos.
- Formación de empleados y organización de cursos y congresos nacionales e internacionales.
- Evaluación de políticas públicas en materia de subvenciones y contrataciones.

8. CONSIDERACIONES FINALES

De cuanto hasta aquí se ha dicho son dos las consideraciones en las que, a modo de conclusión, debe ponerse especial énfasis: de un lado, la importancia de una jurisdicción como la contable en un Estado de Derecho, dada la trascendencia de su misión de velar por una correcta gestión de los fondos de la colectividad, y de otro, los principios que han de informar dicha gestión pública, que, a nuestro entender, pueden resumirse en los de eficacia, objetividad, responsabilidad, transparencia y honestidad, constituyéndose así como principios sustentadores de la modernización de las Administraciones Públicas y del control financiero de las mismas.

8.1. La importancia de la jurisdicción contable en el Estado social y democrático de Derecho

El estudio ya realizado de los instrumentos específicos de la jurisdicción contable como cauces procesales para combatir la corrupción pone de manifiesto la trascendencia de dicha jurisdicción en el Estado social y democrático de Derecho que diseña nuestra Constitución.

Y esta importancia es doble: en primer término, por la garantía que supone para el derecho de los ciudadanos a exigir, en los términos contemplados en el artículo 31.2 del Texto fundamental, que el gasto público se realice mediante una asignación equitativa de los recursos públicos y que su ejecución y programación respondan a los criterios de eficiencia y economía, y en segundo lugar, por la garantía que supone para la consecución de una gestión de los fondos públicos objetiva, eficaz, transparente y sometida a la legalidad presupuestaria y contable.

8.2. Los principios de eficacia, objetividad, responsabilidad, transparencia y honestidad como informadores de la gestión pública y como sustentadores de la modernización de las Administraciones Públicas y del control financiero de las mismas

Para terminar es preciso también insistir en una idea, comúnmente reconocida por la doctrina, según la cual en el próximo siglo

– Colaboración con el Ministerio Fiscal y las Oficinas Nacionales de Auditoría, poniendo en su conocimiento cuantos hechos sean de la competencia de estas instituciones.

– Asesoramiento a personas y entidades que denuncien casos de corrupción.

– Velar por el cumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades, antes y después del nombramiento de determinados cargos públicos.

las distintas Administraciones Públicas representarán una de las fuentes del diferencial competitivo entre los países. Y ello será así porque el no disponer de una Administración moderna, eficaz y eficiente puede tener un elevado coste no sólo en términos de competitividad y de capacidad de gobierno, sino también de liderazgo y de credibilidad social.

Desde nuestro punto de vista, esta modernización de las Administraciones Públicas pasa necesariamente por una gestión pública ética, que se articule, entre otros, a través de los siguientes objetivos:

1º Garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

2º Conseguir un servicio objetivo a los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

3º Promover la ejecución del gasto público de acuerdo con la legalidad presupuestaria y, al mismo tiempo, con arreglo a criterios de eficacia, eficiencia y economía, y asegurando la llamada «justicia social del gasto público».

4º Fomentar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

5º Contribuir a la implantación de una nueva cultura administrativa, basada en la ética pública, en la que los servidores públicos no patrimonialicen el poder, actúen de forma exclusiva para el servicio de los ciudadanos y orienten sus cometidos hacia un principio de austeridad⁹⁸.

Y será precisamente en esta nueva cultura administrativa en la que los principios éticos aceptados durante muchos años puedan superarse y mejorarse por el llamado «progreso ético». Así, y como razona el profesor Nieto de Alba⁹⁹, los valores de la primera generación de la gestión y el control –objetividad y eficacia– se han complementado con los valores de la segunda generación –responsabilidad, participación, profesionalidad e independencia– como consecuencia del progreso científico y técnico, por lo que los nuevos gestores no sólo tendrán que involucrarse activamente en los procesos de innovación, sino que también deberán observar los nuevos valores de la tercera

⁹⁸ Dentro de la denominada «cultura de austeridad» se han desarrollado en nuestro país, a partir de 1997, actuaciones estratégicas, tales como el Plan de optimización del patrimonio inmobiliario de la Administración del Estado, el Plan de austeridad en la gestión de recursos públicos y en el capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios, y el Programa de compras públicas.

⁹⁹ NIETO DE ALBA, U.: *Gestión económica y globalización*, op. cit., pág. 44.

generación –creatividad, aprendizaje, consenso e integración– mediante la asunción de responsabilidades éticas.

En definitiva, y como se refleja en un reciente estudio elaborado por el Fondo Monetario Internacional sobre «La corrupción en el mundo»¹⁰⁰, la lucha contra la corrupción debe basarse en las siguientes recomendaciones:

- «Tolerancia cero» hacia dicha corrupción por parte de los líderes políticos.
- Reducción y mayor transparencia en las regulaciones discrecionales que favorezcan la propia corrupción.
- Aumento de los sueldos del Sector público e incentivo entre los funcionarios para promover un comportamiento honesto.
- Búsqueda de una solución para la financiación de los partidos políticos.
- Existencia de mecanismos de fiscalización pública, entre los que, como hemos visto, la jurisdicción contable tiene, y debe seguir teniendo, especial preponderancia.

Y en este contexto de la fiscalización de la gestión pública, y con esto concluimos, el control y la responsabilidad deben ser siempre manifestaciones del principio democrático y conceptos interactuantes, en todo momento reforzados por el valor supremo de la justicia –en nuestro caso, el de la justicia contable– y, desde luego, por la independencia del Poder Judicial, pues, como decía el insigne constitucionalista Karl Loewenstein¹⁰¹, «la independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones... y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del estado democrático y constitucional de Derecho».

¹⁰⁰ El citado estudio, publicado en la revista *Staff Papers* y en el diario *El Mundo*, 30 de abril de 1999, pág. 8, incluye lo que denomina «índice de percepción de la corrupción», que sitúa a Dinamarca como país de menor índice, y refleja, con un baremo de 0 a 10 puntos, que España pasó en 1996 de tener 4,31 puntos a 6,10 puntos en 1998, lo que le permitió saltar del puesto 32 al puesto 23, obteniendo así el mayor progreso registrado por todos los países analizados por el Fondo Monetario Internacional.

¹⁰¹ LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964.