

Universidad Internacional Menéndez Pelayo

ENCUENTROS

EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: ACTUALIDAD, FUNCIONAMIENTO Y REFORMA

Santander, julio 2017



EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: ACTUALIDAD, FUNCIONAMIENTO Y REFORMA

Santander, del 3 al 6 de julio de 2017

Dirección

José Manuel Suárez Robledano
Consejero de Cuentas
Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas

Secretario-Coordinator

Manuel José Alonso Núñez
Subdirector Técnico
Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas

Organización



ÍNDICE SISTEMÁTICO

PRESENTACIÓN.....	3
PONENCIA DE INAUGURACIÓN. El papel del Tribunal de Cuentas en el sistema de control de la gestión pública. Ramón Álvarez de Miranda García. Presidente. Tribunal de Cuentas.....	7

PRIMERA JORNADA. PANORÁMICA GENERAL

El Tribunal de Cuentas: una Institución de relevancia constitucional y un servicio público como medio para luchar contra la corrupción. José Manuel Suárez Robledano. Consejero de Cuentas del Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento. Tribunal de Cuentas.....	23
Órganos del Tribunal de Cuentas: de la Fiscalización al Enjuiciamiento. Felipe García Ortiz. Consejero y Presidente de la Sección de Enjuiciamiento. Tribunal de Cuentas.....	31
La Fiscalía del Tribunal de Cuentas: marco normativo, naturaleza y funciones. Miguel Ángel Torres Morato. Fiscal-Jefe. Tribunal de Cuentas.....	45
La colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la corrupción. José Manuel Holgado Merino. Director General. Dirección General de la Guardia Civil.....	63
La responsabilidad civil contable por alcance y las distintas vías de transmisión. Manuel Rivera Fernández. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla.....	77

SEGUNDA JORNADA. LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Relaciones del Tribunal de Cuentas y las Cortes Generales. Javier Medina Guijarro. Presidente de la Sección de Fiscalización y Consejero del Departamento Financiero y de Fundaciones y otros Entes Estatales. Tribunal de Cuentas.....**91**

La Fiscalización de la crisis financiera y los procedimientos de supervisión. Juan Carlos López López y Javier Corral Pedruzo. Director y Subdirector Técnico del Departamento Financiero y de Fundaciones y otros Entes Estatales, respectivamente. Tribunal de Cuentas..... **113**

Hitos y retos en el ejercicio de la función fiscalizadora. M^a del Carmen Moral Moral. Subdirectora Técnica de la Presidencia de la Sección de Fiscalización. Tribunal de Cuentas..... **127**

El procedimiento fiscalizador y su relación con el enjuiciamiento contable. José Antonio Pajares Giménez. Vocal Asesor de la Presidencia de la Sección de Fiscalización. Tribunal de Cuentas..... **151**

Función fiscalizadora, fraude y corrupción. Enrique Álvarez Tolcheff. Director Técnico de la Presidencia de la Sección de Fiscalización. Tribunal de Cuentas..... **173**

TERCERA JORNADA. LOS PROCEDIMIENTOS

Los recursos contra las resoluciones de los órganos de la jurisdicción contable. M^a Paz Hernández Valero. Subdirectora Técnica del Departamento 3^o de la Sección de Enjuiciamiento. Tribunal de Cuentas..... **189**

Nuevas perspectivas del enjuiciamiento contable: el control casacional. Cesar Tolosa Tribiño. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.....**209**

Las subvenciones públicas: reintegro de ingresos indebidos y la figura del *extraneus* en el procedimiento de jurisdicción contable. Luis Rueda García. Teniente-Fiscal Tribunal de Cuentas.....**235**

Propuestas de reforma de la normativa reguladora de la jurisdicción contable.
Carlos Cubillo Rodríguez. Director Técnico del Departamento 1º de la Sección de
Enjuiciamiento. Tribunal de Cuentas.....**259**

CUARTA JORNADA. GARANTÍAS DEL ALCANCE Y DE LA EJECUCIÓN COMO MEDIO PARA OBTENER EL REINTEGRO DE ALCANCE

La colaboración de los registros públicos en la lucha del blanqueo de capitales.
José Miguel Masa Burgos. Registrador de la Propiedad y Mercantil. Director del Centro
Registral Antiblancqueo.....**285**

**Los registros públicos como medio para luchar contra la corrupción: las garantías
personales y reales del alcance.** Juan José Pretel Serrano. Registrador de la
Propiedad. Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Decano
Territorial del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental.....**305**

La subasta judicial como medio de ejecución del alcance. Mercedes Martín López.
Letrada de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia.....**321**

La Opinión Pública, la corrupción y los partidos políticos. Jorge Muñoz Carmona.
Periodista. Especialista en información de Tribunales. Diario de Sevilla. Grupo
Joly.....**331**

**La aportación de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas
en la lucha contra la corrupción.** Antonio M. López Hernández. Presidente de la
Cámara de Cuentas de Andalucía. Catedrático de Economía Financiera y
Contabilidad. Universidad de Granada.....**351**

CLAUSURA. José Manuel Maza. Fiscal General del Estado.....**363**

PRESENTACIÓN

José Manuel Suárez Robledano
Director del Seminario

*Consejero de Cuentas
Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas*

Me cabe el honor de presentar el resultado literario del encuentro celebrado el pasado mes de julio en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Y digo el resultado a propósito porque el tema tratado era de suma importancia y de una actualidad innegable: **“La lucha contra la corrupción”**.

Lo primero que quiero resaltar es que la temática era y se prestaba, de manera indudable, a un tratamiento multidisciplinar y muy completo, de tal manera que, en mi opinión, todos nos quedamos, al final, con ganas de más. Y esas ganas de más tienen varias razones, acumuladas todas ellas, y, fundamentalmente, originadas en una opinión generalizada dirigida a acabar con esa lacra universal, por desgracia. Creo, para apostillar dicha preocupación, que la regla básica para evitar cualquier tipo de corruptela en los bienes públicos estriba en la aplicación de la ley y en la existencia de debidos controles para tal aplicación y para la posterior vigilancia de dicho cumplimiento.

En segundo lugar, los órganos de fiscalización no sancionan, al menos en España y salvedad hecha de la posible condena derivada de la actividad de su Sección de Enjuiciamiento, pero, bien cierto es, su labor de comprobación de los distintos aspectos del funcionamiento de los diferentes órganos de la Administración Pública y del sector empresarial público, y no sólo del uso de los recursos públicos de todos los españoles, supone una ineludible necesidad de todo Estado que se precie de tal.

A lo largo de las jornadas, creo que para todos los asistentes, en las que se desarrolló este encuentro, se tuvo la oportunidad de exponer una visión general de la importante función constitucional de control de la gestión pública, ponencia que estuvo a cargo de nuestro Presidente D. Ramón Álvarez de Miranda. La faceta del enjuiciamiento, doble cara propia, cada día en mayor número de los Órganos de Control Externo de las cuentas públicas, fue expuesta por el Presidente de la Sección de Enjuiciamiento, D. Felipe García Ortiz.

La Fiscalía del Tribunal de Cuentas, órgano de defensa de la Legalidad, expuso la actividad del Ministerio Fiscal en toda la actividad dual del Tribunal de Cuentas. Pasando a la imprescindible labor de nuestros ángeles custodios, las Fuerzas de Seguridad del Estado, la lucha contra la corrupción que desarrolla la Guardia Civil - modelo de Policía en el mundo- se puso de evidencia por su Director General, querido compañero Magistrado, sin desmerecer la labor que en tal cometido

desempeñan la Policía Nacional y el resto de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

A veces una actividad muy desconocida, quizá hoy en día más evidente por razones de coyuntura constitucional no querida, la responsabilidad por alcance parte de una idea básica: que ningún gestor público queda inmune al derroche y a la aplicación injustificada de los dineros públicos. De tal tema se ocupó el Catedrático de la Universidad Hispalense, D. Manuel Rivera Fernández. La función fiscalizadora, de control, del Tribunal fue ampliamente expuesta en la segunda jornada del Encuentro, siendo relevante la intervención del Presidente de la Sección de Fiscalización y de parte del equipo de dicha Sección.

Como se ha dicho, los diferentes aspectos relevantes del juicio por alcance y de su ejecución posterior fueron ampliamente expuestos desde sus aspectos impugnatorios, como garantía de la revisión jurisdiccional, hasta los representados por la casación ante el Tribunal Supremo, el ámbito del control subvencional y las posibles reformas de la normativa vigente, que ya cuenta con una experiencia de más de 30 años. El Teniente Fiscal del Tribunal puso de relieve la postura actual de la Fiscalía favorable a ampliar el ámbito de la responsabilidad contable a los cooperadores que no sean responsables públicos. Recuérdesse que hoy mismo se recibe comunicación del Grupo Internacional de Entidades de Control con Funciones Jurisdiccionales en la que, en su punto 1.2.4, referida a los justiciables, se dice que ***“Se trata principalmente de los gestores públicos y de los contadores públicos, **pero también de todas las personas que se entrometen en una gestión pública sin tener condición para -hacerlo-.”*****

La clausura estuvo precedida de la presencia, toda ella necesaria, de la garantía registral de la ejecución de la responsabilidad contable, de los aspectos más sobresalientes de la lucha contra el lavado o blanqueo de capitales y su detección registral, de la subasta final de los bienes de los responsables que no devuelven al Tesoro los dineros públicos dispuestos en su día ilícitamente, así como de la presencia de la prensa en el control difuso de la corrupción y de los OCEX autonómicos en la colaboración precisa contra la corrupción.

Después de la brillante clausura a cargo del Fiscal General del Estado, mi querido amigo, José Manuel Maza, tuve la oportunidad de volver a verle en dos ocasiones hasta que, inopinada y sorprendentemente, decidió ir a impartir justicia a otro lugar mejor que éste. Estoy seguro que su labor allá será aún superior a la que, seria, serena y claramente, tuvo en la más alta responsabilidad de la Fiscalía Española, que tuvimos la oportunidad de contemplar todos los españoles de bien.

En Madrid, a 13 de diciembre de 2017

**PONENCIA DE INAUGURACIÓN:
EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN EL SISTEMA DE
CONTROL DE LA GESTIÓN PÚBLICA**

Ramón Álvarez de Miranda

*Presidente
Tribunal de Cuentas*

Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Excmo. Sr. Rector de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo; Excmos. Sres. Consejeros, Sras. Consejeras y Fiscal-Jefe del Tribunal de Cuentas; resto de Autoridades presentes.

En primer lugar, permítanme agradecer a los responsables del seminario, que acoge la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y dirige el Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano, Consejero del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, la invitación a efectuar el acto de apertura de una actividad científica de excepcional interés, tanto por el tema sobre el que versa, como por la relevancia de los ponentes e intervinientes que van a participar a lo largo de los próximos días.

Como comprenderán, resulta altamente satisfactorio tener la ocasión de intervenir en un seminario que cuenta con representantes no solo del Tribunal de Cuentas, sino también de otras instituciones, organizaciones y entidades, para abordar una materia de tan especial significación.

Es evidente que la lucha contra la corrupción se ha convertido en uno de los asuntos que más preocupan a los Poderes Públicos, a la denominada sociedad civil y, en general, a toda la ciudadanía.

Preocupación que, a mi juicio, no solo es explicable por la grave situación de crisis económica y financiera que hemos padecido a lo largo de los últimos años, por cuanto ha supuesto de restricciones y dificultades para el conjunto de los españoles, sino también porque nos encontramos ante una sociedad cada vez más avanzada.

En efecto, las democracias desarrolladas se caracterizan por un mayor nivel de exigencia a los responsables públicos, en relación con su integridad, la regularidad de sus actuaciones y los resultados de su gestión, así como por un uso cada vez más eficaz y eficiente de los recursos públicos.

La recuperación económica y la mejora del bienestar general no pueden significar en el futuro una relajación del compromiso con los principios de buena gobernanza y con la adecuada utilización de los fondos públicos. Ello tiene especial repercusión para los órganos, instituciones y entidades que

tenemos como cometido principal el control de la gestión pública, en el sentido más amplio posible.

La corrupción, referida al ámbito de lo público, aunque no es este el campo exclusivo donde se manifiesta, supone quizás la expresión de mayor gravedad del manejo inadecuado de los recursos públicos, en beneficio de intereses particulares ilegítimos. Pero tampoco debemos olvidar las irregularidades, deficiencias u omisiones que suponen un perjuicio general, sin perseguir un interés privado.

Es legítimo que los ciudadanos se planteen cuál es el papel de los órganos públicos de control y de supervisión, ante tan significativa oleada de noticias publicadas, relativas a presuntas ilegalidades en la gestión pública, que causan indignación y estupor.

A este respecto, la vocación de transparencia del Tribunal de Cuentas, respecto de los resultados de su función de control y de su propia gestión económico-financiera, implica una relación constante con los medios de comunicación y también con organizaciones relevantes de la ya mencionada sociedad civil.

Es preciso apelar, no obstante, a la responsabilidad de tales medios de comunicación y de las nuevas plataformas de difusión pública de la información, en la medida que deben tener especial rigor en el tratamiento de los asuntos que, de una manera más o menos cercana, pueden estar asociados a la corrupción.

En este ámbito, estamos pretendiendo hacer una labor divulgativa de nuestra actividad, dirigida a toda la ciudadanía, que le permita tener conocimiento de nuestras principales actuaciones y sus resultados, además de llevar a cabo una especie de rendición pública de cuentas de nuestra gestión, que sea de interés para la colectividad.

Este esfuerzo de apertura, divulgación, comunicación -tanto interna como externa- y, en definitiva, de transparencia, es positivo no solo para los terceros destinatarios de la información, sino también para nuestra propia Institución, en la medida que debe servir de acicate para seguir actuando con el máximo nivel de profesionalidad, compromiso, esfuerzo y lealtad institucional.

Nos encontramos inmersos en un cambio muy significativo sobre los resultados del control y sobre la difusión de los mismos. Los principales receptores de nuestros informes, las Cortes Generales, se han convertido en un actor más, a

los que debemos añadir, cada vez en mayor medida, otros agentes interesados especialmente en los resultados tanto de fiscalización como del enjuiciamiento contable y, en general, de toda nuestra actividad.

Ello no quiere decir que antes no existieran estos destinatarios, sino que su interés en el Tribunal de Cuentas y su capacidad de influencia sobre el conjunto de la opinión pública se han multiplicado exponencialmente.

Al mismo tiempo, nuestros sistemas de trabajo y los resultados derivados de ellos también están cambiando de una forma constante. Contamos con nuevos campos de actuación en el ámbito de la fiscalización, incluso a través de modificaciones legales; estamos modernizando nuestros procedimientos y mejorando la capacitación y formación de nuestro personal; efectuamos una labor de divulgación y comunicación muy intensa; y, en definitiva, intentamos dar satisfacción a las crecientes demandas de mejora de la actividad del Tribunal de Cuentas.

Nuestro reto consiste en seguir mejorando en el desempeño de las funciones que tenemos encomendadas, con unos plazos de tramitación más reducidos y con unos resultados de mayor relevancia, tanto en cantidad como en calidad, y que seamos además capaces de difundir con rigor y con un carácter divulgativo.

El tema sobre el que versa el seminario tiene relación con las expectativas sobre la mejora de nuestra función de control, puesto que no podemos negar que el Tribunal de Cuentas tiene un papel importante en la lucha contra la corrupción y, en general, contra el mal uso de los fondos públicos.

A este respecto, todas las instituciones públicas de control, interno y externo, llevamos a cabo una tarea de evaluación de la actividad económico-financiera del sector público, así como en algunos casos también sobre las formaciones políticas, que coadyuva a la persecución de prácticas irregulares o, directamente, delictivas.

Muchas de estas irregularidades se detectan en el curso de los procedimientos de control, fiscalizadores y jurisdiccionales, relacionados con ámbitos específicos de la gestión pública, como la contratación, las subvenciones o las prestaciones públicas. En este sentido, el Tribunal de Cuentas no ejerce sus funciones de un modo aislado o al margen del resto de órganos, instituciones y entidades que tienen atribuidas competencias de control, lo cual ocasionaría necesariamente una falta de coordinación y la pérdida de eficacia, además de seguras duplicidades.

El Tribunal de Cuentas se incardina en lo que se puede denominar un auténtico “sistema de control”, del que participarían organizaciones de diversa naturaleza, cada una con sus propias competencias y atribuciones específicas, pero con un fin genérico común de evaluación de la actividad pública y de lucha contra la mala gestión.

Es en el marco de dicho sistema de control en el que el Tribunal de Cuentas y el resto de sus organizaciones integrantes pueden colaborar para ejercer sus respectivas misiones con la mayor eficacia y eficiencia posibles. De esta manera, sus resultados serán más relevantes y tendrán la máxima utilidad para otros órganos de control, aparte de los destinatarios naturales de los mismos.

Con esa concepción integradora, el Tribunal de Cuentas debe aprovechar las actuaciones desarrolladas por otros órganos de control, interno y externo, así como de otras instituciones que tengan un papel relevante sobre esta cuestión. Asimismo, los resultados obtenidos por el Tribunal, fundamentalmente a través de sus informes de fiscalización y sus resoluciones jurisdiccionales, pueden servir para que los órganos del Poder Judicial o del Ministerio Fiscal, entre otros, ejerzan sus funciones en aras de la defensa de la legalidad y de asegurar el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico.

En numerosas ocasiones, las actuaciones de estos órganos judiciales o de la Fiscalía, así como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tienen como antecedentes especialmente relevantes los derivados de la labor llevada a cabo por el propio Tribunal de Cuentas.

Nuestra colaboración, generalmente discreta por la naturaleza de las funciones de que se trata, ha proporcionado muchas veces la información o evidencia que permite llegar a formar la convicción de la existencia de una práctica judicialmente reprochable.

Es preciso destacar la importancia de la función jurisdiccional propia del Tribunal de Cuentas, el enjuiciamiento contable, al contribuir a la recuperación de los fondos públicos que han sufrido un menoscabo o perjuicio como consecuencia de su indebida utilización, con incumplimiento de las normas de gestión presupuestaria, contable o en materia de subvenciones públicas.

Las resoluciones de los órganos de la Sección de Enjuiciamiento, varios de cuyos miembros tienen una participación activa en este seminario, permiten luchar contra actuaciones irregulares de los gestores públicos o de los perceptores de subvenciones y ayudas, que hayan ocasionado perjuicios en el erario o en la

hacienda pública, sea o no en beneficio propio. Actuación del enjuiciamiento contable que es perfectamente compatible con la de los órganos de la jurisdicción penal, tal y como reconoce nuestra legislación, lo que refuerza la persecución de aquellos ilícitos que originen un menoscabo a los fondos públicos.

Además, el Tribunal de Cuentas ha ido fijando, a través de las resoluciones de su Sala de Justicia, una doctrina jurisdiccional de especial relevancia en un ámbito tan específico como es el de la responsabilidad contable.

Todo ello supone una muestra de las posibilidades de actuación, en lo que al Tribunal de Cuentas se refiere, como parte integrante de ese sistema de control al que he hecho mención, entre cuyos ámbitos concretos se encuentra el de la lucha contra la corrupción en el sector público y, en general, en relación con el uso de los recursos públicos.

No obstante, lo anterior no quiere decir que el Tribunal de Cuentas sea específicamente un órgano de lucha anticorrupción, idea esta última difundida en algunas instancias, pero que no responde al modelo previsto en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, ni a la naturaleza de las funciones propias de las instituciones públicas de control externo.

Efectivamente, el resultado de nuestras actuaciones de control, como ya he indicado, permite colaborar en la lucha contra la corrupción, entre otros aspectos, pero no tenemos el mandato ni disponemos de las competencias e instrumentos propios de los órganos de la referida naturaleza.

Es cierto que, en determinados casos, se ha procedido a otorgar a algunos de los órganos de control externo funciones específicas de lucha contra la corrupción. No obstante, ello va asociado, generalmente, a actuaciones de carácter preventivo o de evaluación de riesgos en materia de la gestión pública, más que a la realización de tareas directamente relacionadas con las propias de otros órganos especializados.

No tenemos, pues, la configuración, las funciones ni las competencias precisas para ser considerados como tales, pero lo cierto es que luchamos con ahínco por mejorar nuestra labor de control, fomentar las buenas prácticas, promover una gestión pública eficaz y eficiente y, en todo caso, contribuir al respeto de la legalidad en el ámbito económico-financiero de la actividad del sector público y también de las formaciones políticas.

En la medida que seamos capaces de lograr estos propósitos, estaremos cumpliendo con el papel que tenemos asignado en la estructura institucional pública, aunque ello no sea más que un fin último al que tenemos que tender, sin que podamos afirmar que hayamos logrado alcanzarlo definitivamente.

Es, por tanto, injusto que se nos evalúe desde el punto de vista de la corrupción existente, difundida a la opinión pública, puesto que nuestra labor es mucho más amplia y proactiva. Así, las reformas del ordenamiento jurídico y las mejoras de la gestión pública, como consecuencia de las conclusiones y recomendaciones de nuestros informes, pueden ser de excepcional utilidad para evitar, en el futuro, supuestos de mala praxis y de utilización indebida de los recursos públicos.

Asistimos en los últimos tiempos a un cuestionamiento, desde distintos ámbitos, de la configuración y de la labor de nuestra Institución, así como de otros órganos públicos de control, utilizando como parámetro de medida el elevado número de casos de presunta corrupción que aparecen en los medios de comunicación.

Somos conscientes de lo relevante de estas cuestiones y de la especial sensibilización existente sobre dicha materia, e incluso de la desmoralización que generan en el conjunto de la ciudadanía las noticias relativas a esta lacra social. Sin embargo, les aseguro que estamos decididos a mejorar nuestra labor, lo que sin duda, redundará en la mejora del prestigio y la percepción pública sobre la Institución.

La descalificación genérica de las instituciones públicas resulta especialmente perniciosa para el adecuado funcionamiento de nuestro sistema democrático. Ello no impide estar sujetos a la crítica y a la propuesta de mejoras, de acuerdo con las opiniones legítimas que cada uno considere más oportunas.

Pero ello no debe servir para cuestionar, por intereses puramente particulares, el funcionamiento del sistema institucional, en especial cuando se utilizan argumentos escasamente fundados, cuando no directamente inexactos o falsos.

La mejora de nuestro sistema de control pasa por la necesidad de reforzar, y no debilitar, las instituciones que lo integran, otorgándoles los medios e instrumentos adecuados para que desarrollen eficazmente sus funciones.

El Tribunal de Cuentas, y con ello me refiero al conjunto de miembros y de profesionales que lo integran, tiene asumido el reto de reforzar su actividad de

control y de cumplir con su cometido. Así lo demuestra la extraordinaria actividad desempeñada para incrementar y mejorar sus resultados, en todos los ámbitos, lo que implica la puesta al día en sus actuaciones, la modernización de sus procedimientos, la mejora de la transparencia de su actividad y el mayor impacto derivado de su labor.

Considero incuestionable esa mejoría, atribuible -insisto- al conjunto de los responsables y del personal al servicio de la Institución, lo cual no quiere decir que no se deba seguir en el empeño.

En una etapa en la que parece existir un cuestionamiento de la actividad que realiza el Tribunal de Cuentas, quiero reivindicar el trabajo que realizamos y la voluntad de avance continuo en el ejercicio de nuestras funciones.

Acabamos de aprobar el documento base de nuestro Plan Estratégico, dando cumplimiento así a una de las principales recomendaciones del informe de la Revisión entre Pares, realizada en 2015 sobre el Tribunal de Cuentas, y que servirá de elemento orientador de las principales decisiones en el futuro.

Hemos mejorado significativamente en los últimos años nuestra actividad fiscalizadora, tanto en su planificación y programación como en el número de informes de especial relevancia y actualidad.

En los últimos seis meses se han presentado más de 130 informes ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, reduciendo muy significativamente el elevado volumen de los que se encontraban pendientes de presentación y de emisión de las correspondientes resoluciones parlamentarias.

También se ha potenciado la actividad jurisdiccional, mejorando los procedimientos e impulsando las actuaciones para lograr una ejecución efectiva de las resoluciones condenatorias.

Hemos continuado en el proceso de modernización de nuestros procedimientos, mediante la utilización intensiva de las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en la gestión interna como en los procesos relativos al ejercicio de nuestras funciones.

Se ha implantado recientemente una plataforma para la presentación telemática de las cuentas anuales y las contabilidades electorales de los partidos políticos, lo que va a suponer un avance sustancial en las tareas de validación y comprobación de las mismas y, en definitiva, permitirá la mejora

de los resultados y la reducción de los plazos de fiscalización. Se continúa introduciendo mejoras y nuevas funcionalidades en las restantes plataformas existentes, tanto la relativa a la remisión de la información contractual de los sectores públicos estatal y autonómico como la de rendición de cuentas de las entidades locales.

Estamos modernizando nuestros sistemas internos de gestión a través del desarrollo de nuevos módulos y de la mejora de la Plataforma de Gestión Electrónica del Tribunal de Cuentas.

En materia de personal se está promoviendo la incorporación de nuevos funcionarios mediante la convocatoria regular de oposiciones, en cada uno de los tres últimos ejercicios, con un número significativo de puestos ofertados. Los datos acumulados de convocatorias en los últimos años son los siguientes: 12 plazas para el Cuerpo Superior de Letrados, 24 para el Cuerpo Superior de Auditores y 45 para el Cuerpo Técnico de Auditoría y Control Externo.

En próximas fechas se debatirá por el Pleno la Oferta de Empleo Público del Tribunal de Cuentas para el año 2017, en la que se pretende continuar dicha tendencia de convocatorias regulares y con un significativo número de plazas.

Se ha orientado la gestión económica, además de a la modernización y a la administración electrónica, hacia una actuación más eficiente y con un menor gasto público, sin reducción de la calidad de los servicios.

Hemos potenciado significativamente nuestra política de comunicación, tanto externa como interna. En relación con la primera, la relación con medios de comunicación y organizaciones sociales se ha incrementado y mejorado. Respecto a la segunda, nos encontramos desarrollando instrumentos de comunicación interna que favorezcan la difusión de información de interés en todo el Tribunal de Cuentas. La respuesta del personal de la Institución ha sido extraordinaria, tanto por su receptividad como por su participación.

También se ha apostado decididamente por la transparencia de nuestra información pública. Se ha puesto a disposición de cualquier persona, de una forma gratuita, estructurada y accesible, una gran cantidad de información de interés relacionada con la actividad del Tribunal de Cuentas.

Ello ha merecido el reconocimiento del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en cuya evaluación sobre órganos constitucionales y de relevancia constitucional hemos obtenido una calificación muy elevada, especialmente en

lo relativo al cumplimiento de las disposiciones normativas de carácter obligatorio. Nuestro próximo reto, en dicho ámbito, es el de mejorar también la transparencia en otras áreas que son de cumplimiento voluntario.

En definitiva, hemos dado lugar a un auténtico “salto de calidad” en lo relativo al ejercicio de nuestras funciones, en beneficio de los intereses generales, así como en nuestros procedimientos internos.

El informe de la Revisión entre Pares, al que antes he hecho referencia, supuso la ratificación de que nos encontrábamos en el camino correcto, en todos nuestros ámbitos de actividad, pero al mismo tiempo señaló recomendaciones para la mejora de nuestra organización y desempeño.

Por todos estos motivos, resulta necesario continuar avanzando en la mejora del Tribunal de Cuentas, implantando medidas de reforzamiento de la Institución, de modernización de nuestros procedimientos, de aumento de la transparencia y de cumplimiento de nuestra misión.

Seminarios como el que hoy se inicia en la extraordinaria sede de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, constituyen un foro idóneo para debatir y reflexionar sobre el papel del Tribunal de Cuentas y sus posibilidades de mejora, con las aportaciones tanto de varios de los miembros y otros excelentes profesionales de la Institución como insignes representantes de diversos ámbitos, como las Cortes Generales o la Judicatura, entre otros.

Es muy importante dar a conocer nuestra realidad, las actuaciones que realizamos y las reformas que estamos abordando; pero también es fundamental escuchar las opiniones de otros expertos, cuyos pareceres pueden aportar nuevas posibilidades de mejora, siempre con la voluntad de contribuir a la defensa de los intereses generales y, en lo que nos ocupa, de los fondos públicos.

Por ello considero un gran acierto que estén representadas en este seminario las Secciones de Fiscalización y de Enjuiciamiento, así como la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, en la medida que todos tenemos responsabilidades en la lucha contra la corrupción.

También es imprescindible la presencia de otros Órganos de Control Externo, como la Cámara de Cuentas de Andalucía, con los que mantenemos excelentes relaciones de colaboración y cooperación desde hace muchos años.

Los Magistrados del Tribunal Supremo ofrecerán, sin duda, una aportación muy interesante sobre el ejercicio de nuestra función jurisdiccional, desde la perspectiva del Alto Tribunal.

Los representantes de la Comisión Mixta, con los que existe un contacto frecuente, debido a la presentación de nuestros informes de fiscalización, nos pueden proporcionar su punto de vista para la mejora de los resultados de fiscalización contenidos en aquellos.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, representados por la Dirección General de la Guardia Civil, también nos ilustrará sobre su labor y las posibilidades de colaboración existentes.

No quiero dejar de mencionar otras aportaciones interesantes, como las que indudablemente ofrecerán los representantes del Ministerio de Justicia, del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias del Banco de España (SEPBLAC), del ámbito de la Universidad, de los Registradores de la Propiedad y de los Procuradores.

Finalmente, también resultará de interés escuchar la voz de diversos colectivos del sector privado, campo generalmente ajeno a nuestras responsabilidades y con una visión externa del problema de la corrupción, que nos puede servir de excepcional ayuda.

Solo me queda reiterar mi agradecimiento por la invitación a participar en la inauguración de este interesante seminario; felicitar a los organizadores y coordinadores del mismo, que sin duda será un éxito, con mención especial a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo; y darles a ustedes las gracias por su amable atención.

**PRIMERA JORNADA:
PANORÁMICA GENERAL**



PRIMERA JORNADA: PANORÁMICA GENERAL

El Tribunal de Cuentas: una Institución de relevancia constitucional y un servicio público como medio para luchar contra la corrupción.

José Manuel Suárez Robledano. Consejero del Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento.
Tribunal de Cuentas.

Órganos del Tribunal de Cuentas: de la Fiscalización al Enjuiciamiento.

Felipe García Ortiz. Consejero y Presidente de la Sección de Enjuiciamiento.
Tribunal de Cuentas.

La Fiscalía del Tribunal de Cuentas: marco normativo, naturaleza y funciones.

Miguel Ángel Torres Morato. Fiscal-Jefe.
Tribunal de Cuentas.

La colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la corrupción.

José Manuel Holgado Merino. Director General.
Dirección General de la Guardia Civil.

La responsabilidad civil contable por alcance y las distintas vías de transmisión.

Manuel Rivera Fernández. Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla.

**EL TRIBUNAL DE CUENTAS: UNA INSTITUCIÓN DE RELEVANCIA
CONSTITUCIONAL Y UN SERVICIO PÚBLICO COMO MEDIO PARA
LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN**

José Manuel Suárez Robledano

*Consejero. Departamento 3º
Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas*

En primer lugar, voy a dar unas pinceladas sobre la labor que desarrolla el Tribunal de Cuentas. Lo haré con algunas ideas, dado que, pues así como el mundo se mueve nosotros no podemos estar quietos tampoco, tenemos que actualizarnos. En este sentido, la legislación debe adecuarse a la realidad social que tenemos y, por tanto, vamos a intentar, además de explicar lo que somos, exponer alguna idea que tenemos sobre cómo podríamos mejorar.

Antes que nada, voy a reiterar las palabras de nuestro Presidente en cuanto a que no somos Jueces de Instrucción, nosotros no llevamos procedimientos penales y, por tanto, no acordamos registros domiciliarios, no intervenimos comunicaciones, no tenemos esas facultades legales y, por tanto, no tenemos digamos la posibilidad de obtener directamente indicios de investigación o de incriminación respecto a conductas delictivas. Pero sí es cierto que, en el curso de las fiscalizaciones que realizamos, a veces se detectan prácticas administrativas que se ponen en conocimiento del Parlamento español que es el que, en definitiva, tiene la última palabra para tomar nota de las observaciones que realizamos por medio de nuestros informes y por tanto adoptar medidas de todo orden: de tipo disciplinario, gubernativo o legal.

Dicho esto, la Jurisdicción Contable en España es la más antigua. El Tribunal de Cuentas tiene una doble cara, dos funciones: es un órgano asimilado a los jurisdiccionales, en tanto en cuanto sus miembros tienen estatuto judicial en su integridad y tienen todas las ventajas y desventajas del estatuto judicial sean o no juristas, porque, como es lógico -teniendo en cuenta la función fiscalizadora esencial que se realiza por el Tribunal de Cuentas- hay profesionales integrantes que son economistas o auditores, no siendo todos -y aunque se denomine Tribunal-, por tanto, juristas.

Es el Tribunal más antiguo de España. Según los historiadores, su creación tuvo lugar cuando el Rey Juan II de Castilla crea, a través de unas Ordenanzas, lo que llamó Contaduría Mayor del Reino.

Ustedes recordarán, gracias a la historia, que en todos y cada uno de los viajes que se hacía a América, en la época de los descubrimientos o de la llegada de los españoles a América, viajaba siempre un contador. El contador era el encargado de fiscalizar los gastos que se hacían durante el viaje y, por tanto, existió siempre una tradición española para controlar ese gasto público. Las

Ordenanzas decían ya, en su momento con un lenguaje del español de la época, que *Yo el Rey fago saber a vos los mis Contadores Mayores e a vuestros Logares Tenientes e oficiales...que no os empachéis de cosa alguna que no sea tomar e recibir las mis cuentas..., ver los testimonios e escripturas que traen..., oir a recabadores e a las otras personas que me han de dar cuentas..., e librar los pleitos e determinarlos. E si así ficiéreis, salud e gracia.*

Las dos funciones que hoy sigue teniendo el Tribunal de Cuentas las mencionaba Juan II de Castilla en esta Ordenanza, diciendo que hay que fiscalizar y, a su vez, juzgar, en su caso, los alcances, que es como se llama la posible responsabilidad contable en que podrían incurrir los gestores públicos.

En el curso se va a tratar un tema sobre el que en este momento existe cierta polémica, pero que yo personalmente ya dejo caer mi opinión al respecto. Se trata de que, tradicionalmente, el Tribunal de Cuentas se ha encargado de la función de enjuiciamiento, de juzgar exclusivamente a los gestores públicos es decir, a los llamados cuentadantes.

Sin embargo, últimamente, en los casos derivados de posibles responsabilidades por corrupción, hemos observado que los particulares tenían en determinadas ocasiones una función relevante, y no ya sólo desde el ámbito penal, que era obvio, sino también en las responsabilidades contables hasta el punto de que habían inducido o cooperado o llevado al gestor público a la comisión de una responsabilidad penal y contable también.

Nuestra jurisdicción actúa al tiempo que la penal. Es la única que no ve paralizadas sus actuaciones por la actuación de los órganos penales; por tanto, investigamos paralelamente si existe responsabilidad indemnizatoria, que es lo que determinamos: una indemnización a favor del Estado y en contra de aquellos gestores públicos que, en principio, hayan incurrido en responsabilidad.

Por tanto, como les decía existe la posibilidad -en este momento hay un recurso ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sobre el que no me debo pronunciar porque como se dice vulgarmente está *sub judice*, aunque adelanto mi opinión porque es la que he expresado al respecto en la sentencia que yo dicté al respecto- y esa opinión es que: en esos casos en los que haya habido una intervención decisiva del particular la jurisdicción contable también debe conocer de esa posible responsabilidad. Esto es lo que se conoce como responsabilidad del denominado *extraneus* -denominación latina o la que usa la Sala Segunda del Tribunal Supremo para condenar también a los particulares

por los delitos de malversación de caudales- y como les digo ese es un tema que aun en este momento está pendiente.

Dentro de esta doble función, que les he mencionado hace un momentito, de fiscalización y de enjuiciamiento se irán desarrollando otras ideas a lo largo de estos días; pero yo les quiero transmitir que la función que nosotros realizamos deriva de un principio básico de derecho: que todo aquél que maneja fondos, dineros o patrimonios tiene que decir qué ha hecho con ello, tiene que rendir cuentas. Este es un principio general del ordenamiento jurídico y nuestra función consiste en aplicar este principio al dinero público.

Este principio es conocido, es sabido desde la persona que recibe su sueldo mensual en casa, que le dan sus padres hasta aquella que hace las compras corrientes para el domicilio para la casa; tienen que rendir cuentas, tiene que saber exactamente que dinero ha gastado, incluso si ha despilfarrado o no.

La Constitución Española en el artículo 136 -superando ya alguna duda que había sobre la autonomía de la jurisdicción contable- dijo hace muchísimo tiempo que evidentemente la jurisdicción contable era plenamente constitucional y que estaba reconocida expresamente en la Constitución aunque este separada del Poder Judicial; separada, pero no indiferente, porque las resoluciones que dictamos como Sala de Justicia -no cuando fiscalicemos las cuentas públicas- son susceptibles de recurso ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por tanto el sistema creo que funciona bastante bien y de forma adecuada.

Como les iba diciendo, uno de los temas que creo que debemos considerar es que el Tribunal de Cuentas tiene aproximadamente unos 700 funcionarios. Para que ustedes se hagan a la idea el Tribunal de Cuentas francés está también, digamos, saturado tiene 4.000 personas; Francia tiene más población que España, pero tienen ellos aproximadamente 5 veces más de funcionarios que en España.

El sector en el que detectamos quizás más anomalías no es el estatal, no es el autonómico, normalmente suele ser en el sector local. España es un país que tiene ocho mil municipios y es prácticamente imposible que podamos conocer todos los años y en todos los ejercicios presupuestarios la situación económica de todos y cada uno de esos municipios que, en algunos caso, se trata de unidades locales muy pequeñas que originan una gran dispersión. Existe un control propio en cada uno de ellos, como es el que realiza el Secretario interventor o el Interventor local, pero es muy complicado. Y es en este sector

donde se observa, quizá, más deficiencias y situaciones de gastos que a veces son un tanto inexplicables que es lo que nosotros juzgamos.

La labor de los Departamentos de fiscalización ha sido fuertemente priorizada en los últimos años por el legislador porque también se le ha añadido el importante control de las cuentas de los partidos políticos. Este es un tema polémico porque, como ustedes saben, los partidos políticos no son entidades públicas sino privadas; son de gran relevancia porque concurren a las elecciones y conforman los gobiernos, en las respectivas administraciones, pero no son administraciones públicas y son personas jurídicas de derecho privado asociaciones en definitiva, con relevancia constitucional por supuesto, pero en ese sentido no son cuentadante ni gestores públicos.

En fin, ese control se ha reforzado, como les digo, en las reformas de los años 2012 y sucesivos hasta el 2015, de tal manera que en este momento gran parte de nuestro trabajo y cito un departamento específico se dedica a ese control. Tienen ustedes que tener en cuenta que el Tribunal de Cuentas ante todo es tribunal, es decir, está dotado como les decía, del principio de la garantía del funcionamiento propio de las jurisdicciones, de jueces, cuando actuamos, incluso los que no son juristas tienen la consideración de miembros de un poder independiente y actuar, en definitiva, sin necesidad de tener que soportar algunas presiones a veces un tanto excesivas.

Recuerdo que la historia española tiene dos instituciones que podíamos replantearlas. Es cierto que si ustedes ven los manuales al uso comprobarán que existió el llamado juicio de residencia, que era el que se hacía al final del mandato de un cargo público -siempre que se tenía un cargo público existía una valoración de lo que había realizado- y luego también existía otra institución que hoy a nivel judicial si existe, la jurisdicción ordinaria, que llamaban visitas y ahora se llaman inspecciones y que pueden ser ordinarias o extraordinarias.

Pero quiero referirles el tema a ese llamado juicio residencia. En nuestra historia los Virreyes americanos, que eran antes los delegados del Rey en los Virreinos de América, tenían un juicio al final de su mandato y algunos acababan mal por responsabilidades pecuniarias, e incluso hasta con penas de prisión. Creo que deberíamos, a lo mejor en su momento -ya que estamos tratando temas relacionados con la corrupción-, plantearnos la posibilidad del restablecimiento, en todo caso de gestión pública y no solamente responsabilidad política, sino también la responsabilidad derivada de esa mala gestión.

En la función fiscalizadora es esencial la labor que hace el Tribunal, pero también lo es la que realizan los Órganos de Control Externo, aquellos que en las comunidades autónomas, no todas ellas pero sí la mayoría, tienen un órgano de control que ejerce la única función de fiscalización.

Las comunidades autónomas no tienen atribuida la función de enjuiciamiento, que es competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas del Estado. Pero los OCEX hacen una labor importantísima, supliendo en gran medida esa imposibilidad que tenemos, por carencia de personal y medios, de acudir al control de ese sector dónde quizás se detectan mayores deficiencias que es el sector público local y que ahí fundamentalmente se tiene que tener en cuenta que todos los posibles responsables o gestores públicos que han intervenido en las cuentas que son fiscalizadas tienen que ser oídos tienen que tener la posibilidad de hacer alegaciones en ese procedimiento de fiscalización porque si no se hiciera así cabría la posibilidad de entender que el informe de fiscalización adolece de nulidad, de posible nulidad, y en definitiva no serviría para un posterior enjuiciamiento.

**ÓRGANOS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS:
DE LA FISCALIZACIÓN AL ENJUICIAMIENTO**

Felipe García Ortiz

*Consejero y Presidente de la Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas*

Buenos días:

Ante todo es para mí un honor estar aquí en esta sede y tener la posibilidad de dirigirme a todos vosotros para expresar mi aportación al Seminario organizado por mi compañero D. José Manuel Suárez Robledano, en colaboración con otras Instituciones del Estado y Corporativas, y titulado *“El Tribunal de Cuentas y la lucha contra la corrupción”*.

Es frecuente en los diversos foros proponer medidas de reforzamiento de la lucha contra la corrupción y en todos ellos se considera un pilar fundamental la labor que realiza o podría realizar el Tribunal de Cuentas. Quizás, y aunque fuera deseable incrementar los medios a disposición del Tribunal o mejorar las atribuciones actuales en la lucha contra la corrupción a través de modificaciones legislativas, lo más relevante de todo es la necesidad de una mayor coordinación y complementariedad entre los diversos organismos públicos que nos dedicamos al control de los recursos públicos y a la lucha contra el fraude y la corrupción.

Me corresponde hablar de los órganos del Tribunal de Cuentas que intervienen desde la fiscalización al enjuiciamiento y en qué medida estas funciones pueden mejorar la lucha contra la corrupción. Trataré de exponer en qué momentos de los procedimientos sería necesario una mayor inmediatez en las actuaciones que se realicen y qué papel pueden asumir los distintos órganos públicos que intervienen en esta materia.

Lo primero que hay que resaltar es que la fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público y el enjuiciamiento contable son funciones independientes y coordinadas, que actúan con finalidades distintas pero que se conectan y complementan.

La **función fiscalizadora** no persigue detectar hechos generadores de responsabilidad contable sino emitir un informe sobre la adecuación del Ente fiscalizado a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía en el uso de los recursos públicos. Mientras la **función jurisdiccional contable** dirime en un proceso con garantías las responsabilidades originadas por los hechos que han ocasionado daño a los fondos públicos y realizados por personas concretas que han manejado dichos fondos.

Eso no quiere decir que la función fiscalizadora no pueda llegar a detectar hechos que podrían ser generadores de responsabilidad contable; es más, si los detecta debe expresarlos y remitir la documentación a la Sección de Enjuiciamiento, pero no es su finalidad principal.

Pero no cabe la menor duda de que la función de enjuiciamiento contable cobra pleno sentido en la medida que completa la labor fiscalizadora y puede dar lugar a condenar los hechos susceptibles de responsabilidad contable. Precisamente, la ubicación de la Sección de Enjuiciamiento dentro del Tribunal de Cuentas es porque se considera que dada la especialidad de la materia asume con plenitud y eficacia su función jurisdiccional, a través de sus órganos, sin la dispersión que otro tipo de organización la haría posible.

Así se ha entendido en el derecho comparado relativo a Tribunales de Cuentas con funciones jurisdiccionales, sobre todo en el modelo latino, y así se ha reconocido en nuestra Constitución cuando en el artículo 136 indica que el *Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.*

El informe de fiscalización es una fuente que soporta la documentación que es objeto de prueba y valoración en el procedimiento de responsabilidad contable. Pero no es la fuente única. Otras vías son posibles para dar lugar a un proceso de jurisdicción contable, como informes de control interno, comunicaciones de otros órdenes jurisdiccionales, denuncias o acciones públicas. En todo caso, sí se considera la fuente más relevante y, además, porque con ella se conectan las dos Secciones del Tribunal, la de Fiscalización y la de Enjuiciamiento. Por otro lado, el informe de fiscalización no es un medio de prueba *iuris et de iure*, prueba plena en el proceso contable, pero sí es un medio de prueba cualificado por razón de su autoría, de sus destinatarios, de su procedimiento de elaboración y de su razón de ciencia, sin perjuicio de que se valore conforme a las reglas de la sana crítica.

Como en las próximas intervenciones os van a hablar tanto del procedimiento fiscalizador como del procedimiento jurisdiccional contable, a mi me cabe hacer más hincapié en los órganos que intervienen tanto en uno como en otro procedimiento.

1. PROCEDIMIENTO FISCALIZADOR

Este se fundamenta en el Programa Anual de Fiscalizaciones que elabora el Pleno del Tribunal dentro de la programación estratégica trienal de fiscalizaciones. Cada Departamento propone las fiscalizaciones que va a llevar a cabo y en el Programa se incluyen, además, las fiscalizaciones preceptivas por disposición legal y las que han sido propuestas por la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas. El Programa Anual es debatido en la Sección de Fiscalización y aprobado por el Pleno del Tribunal.

El Programa Anual es el marco de referencia, que detalla las distintas fiscalizaciones a realizar en el ejercicio y que, luego, se concretará en cada caso con las directrices técnicas de las fiscalizaciones, también aprobadas por el Pleno, y la elaboración de un Programa de Trabajo por parte del Departamento de Fiscalización correspondiente.

Durante la fase de realización de los trabajos de campo se podrán detectar indicios de responsabilidad contable y es obligación del equipo auditor de comunicarlo a su Director Técnico y Consejero. Ello plantea la problemática de si es posible iniciar un procedimiento de responsabilidad contable, aunque aún no se haya elaborado el correspondiente informe de fiscalización que debe ser sometido a la aprobación del Pleno del Tribunal, a cuyo efecto el Consejero de Cuentas del Departamento de Fiscalización debería comunicar los hechos y enviar la documentación a la Sección de Enjuiciamiento.

El criterio del Pleno del Tribunal es restrictivo porque considera que aún no existe aprobación del Pleno del informe de fiscalización, pero si bien es cierto que el art. 45 de nuestra Ley de Funcionamiento alude a que la formación de la pieza separada de responsabilidad contable se abrirá una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupo de cuentas o los correspondientes procedimientos de fiscalización, ello es referido a los distintos tipos de responsabilidad contable diferentes al alcance. Puesto que, a continuación, cuando se refiere al alcance el art. 46.1 de dicha Ley ya no establece expresamente que los procedimientos hubieran concluido. Dicho artículo se refiere a hechos conocidos del examen y comprobación de cuentas o del procedimiento fiscalizador sin necesidad de haber concluido. Incluso históricamente, existían casos de este tipo en los que el Consejero de Fiscalización los iniciaba de oficio remitiéndolos a la Sección de Enjuiciamiento. En la actualidad, sin

embargo, no se dan. Pero a mi juicio, es pertinente abrir un procedimiento de responsabilidad contable por alcance, sin necesidad de haber concluido el procedimiento fiscalizador, al menos, para poder tomar alguna medida cautelar y sin perjuicio de que el procedimiento pudiera suspenderse, a petición de las partes, hasta la conclusión del informe.

Creo que esta medida reforzaría la inmediatez en la actuación del Tribunal de Cuentas en la lucha contra el fraude y la corrupción.

Por otro lado, también sería deseable en esta fase de elaboración de los informes, sobre todo en los informes de control de la financiación de los partidos políticos, una mayor coordinación con la Fiscalía (del Tribunal de Cuentas y Anticorrupción) para que ésta pudiera actuar inmediatamente. Pues el Tribunal de Cuentas cuando fiscaliza puede tener indicios de irregularidades que, sin embargo, no puede investigar de acuerdo con sus competencias, por tener consideración penal o delictiva, véase, la contabilidad “b” de una formación política.

Los informes de fiscalización en fase de anteproyecto se ponen de manifiesto a los responsables del sector o subsector público fiscalizado, o a las formaciones políticas y sus fundaciones vinculadas, e, igualmente, a los titulares de órganos o representantes afectados por el periodo objeto de la fiscalización.

Se trata de que en un plazo no superior a 30 días, prorrogable por justa causa, realicen las alegaciones y justificaciones que consideren.

Cumplidos los trámites de alegaciones, el Departamento de Fiscalización que hubiese elaborado el anteproyecto, o la Coponencia de Partidos Políticos, en su caso, formulan el proyecto de fiscalización y lo ponen de manifiesto al Ministerio Fiscal y al Servicio Jurídico del Estado para que, también, en un plazo no superior a 30 días, formulen lo que estimen pertinente. Asimismo se traslada a todos los Consejeros para las observaciones que consideren.

El proyecto se somete a deliberación de la Sección de Fiscalización y posterior aprobación del Pleno del Tribunal. El Informe aprobado se remite para debate a la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas sin perjuicio de su integración a la Memoria o Informe Anual del Tribunal. La Comisión Mixta emite

resoluciones sobre el Informe y posteriormente se publica en el Boletín Oficial del Estado.

Como comentaba antes, el Informe de Fiscalización puede reseñar hechos de responsabilidad contable, tanto de alcance o malversación de caudales públicos como de otros supuestos de responsabilidad contable. En el caso de alcance o malversación, los hechos se remiten a la Sección de Enjuiciamiento para reparto a los Departamentos de Enjuiciamiento.

Salvo que proceda su archivo por el Consejero turnado, por no estar individualizados y concretados los hechos o por otras causas, el asunto, tras ser informado, por el Ministerio Fiscal y el Servicio Jurídico, se remite de nuevo a la Sección de Enjuiciamiento para que proponga a la Comisión de Gobierno el nombramiento de un Delegado Instructor para que investigue los hechos.

Si los hechos no fueren de alcance o malversación, pero si fueran incardinables en otros supuestos de responsabilidad contable, el Consejero de Fiscalización, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Servicio Jurídico abre pieza separada para concretar los hechos, los posibles responsables y los perjuicios ocasionados a los fondos públicos. La pieza separada es el antecedente del juicio de cuentas. **En la actualidad no es frecuente la formación de piezas separadas ni la incoación de juicios de cuentas, pero históricamente sí se instaron.** La reticencia en el pasado de los Departamentos de Fiscalización a la apertura de piezas separadas originó que muchos de los supuestos de responsabilidad contable que teóricamente tendrían que ser tramitados mediante piezas separadas y juicio de cuentas se canalizaran como alcance. Esto dio lugar a mucha controversia y a algunas sentencias restrictivas por parte del Tribunal Supremo limitando esta fórmula de proceder.

Sería conveniente retomar en los Departamentos de Fiscalización la formación de piezas separadas, pero si ello no es posible, aun manteniendo la dualidad de juicios de cuentas y procedimientos de reintegro por alcance, una modificación legislativa de nuestra Ley de Funcionamiento debería otorgar la competencia de formación de piezas separadas a los Delegados Instructores, que ya instruyen las actuaciones previas a los procedimientos de reintegro por alcance.

Sería lo más práctico y coherente y redundaría en una mayor eficacia sin necesidad de cambios fundamentales en los procedimientos de responsabilidad contable. En otro caso, habría que ir, indefectiblemente, a establecer un procedimiento único de responsabilidad contable con actuaciones previas para cualquier supuesto de hecho.

Lo que sí es evidente es que la fase de pieza separada no dispone del mecanismo de la medida cautelar que sí dispone el instructor en las actuaciones previas en el procedimiento de reintegro por alcance. Por tanto, desde el punto de vista de la lucha contra el fraude y la corrupción es una carencia que no existe en las actuaciones previas. Esta es otra cuestión a considerar si se modifica la actual legislación.

2. ACTUACIONES PREVIAS

Estas sí tienen una sustantividad propia y son fundamentales para dar soporte a los procedimientos de reintegro por alcance. La Unidad de Actuaciones Previas se ubica en la Presidencia de la Sección de Enjuiciamiento y cuenta con 7 Delegados Instructores y personal colaborador, Secretarios de Actuaciones y Administrativos. Los asuntos son objeto de reparto por orden secuencial entre los Delegados Instructores, quienes tienen un plazo de dos meses, prorrogable por otro más, para realizar su instrucción. Este plazo, sin embargo, no es vinculante, es decir, su incumplimiento no produce la caducidad de la instrucción.

Los instructores son funcionarios del Subgrupo A1 de las Administraciones Públicas o Letrados del propio Tribunal, Licenciados en Derecho, con conocimientos y experiencia en materias de derecho sustantivo y procesal.

Reclaman a las distintas Administraciones Públicas la documentación necesaria que soporte los hechos denunciados y practican diligencias de averiguación tanto de los hechos como de los presuntos responsables o sus causahabientes. Y finaliza su instrucción con el levantamiento de un Acta de Liquidación positiva o negativa, previa citación de los presuntos responsables, del Ministerio Fiscal y de los representantes de las entidades públicas perjudicadas y de los actores públicos, en su caso.

Si la liquidación es positiva, requiere de pago a los presuntos responsables para que depositen el importe del alcance y los intereses provisionales. Si no se realiza el depósito, **el Delegado Instructor puede embargar los bienes de los presuntos responsables. Esta medida es fundamental de cara a la lucha contra el fraude.** Intenta asegurar la cuantía del presunto alcance y sus intereses, sin perjuicio de que en el proceso contable la medida cautelar se ratifique o modifique. Si bien el embargo es preceptivo e imperativo y ha sido objeto de críticas, basadas en que sería necesario establecer una mayor flexibilidad en su imposición, lo cierto es que contribuye poderosamente a cubrir los posibles daños a los fondos públicos y evitar elusiones o evasiones.

Con el levantamiento del Acta de Liquidación y el posible embargo, finaliza la labor del Delegado Instructor. Sus decisiones, sin embargo, pueden ser recurridas ante la Sala de Justicia en el plazo de 5 días por dos motivos únicos. Que no se haya accedido a completar las diligencias señaladas por los comparecidos o por causa de indefensión. La resolución de la Sala de Justicia a este recurso no admite posteriormente nuevo recurso.

El Delegado Instructor, una vez que finaliza su función, remite el Acta de Liquidación, sea positiva o negativa, en la que ha incluido las alegaciones de los comparecientes, al Departamento de Enjuiciamiento al que por turno de reparto correspondió las diligencias preliminares origen de las actuaciones previas instruidas.

Por su parte, una vez remitidas las Actas de Liquidación a los Departamentos de Enjuiciamiento, a través de la Secretaría de Gobierno, son éstos los que incoan los procedimientos de reintegro por alcance. Si reciben las piezas separadas de los Departamentos de Fiscalización, los Departamentos de Enjuiciamiento incoan los juicios de cuentas.

La normativa de aplicación a dichos procedimientos es la propia Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y, en su defecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para los juicios de cuentas y la Ley de Enjuiciamiento Civil para los procedimientos de reintegro por alcance.

Las entidades públicas demandantes son los organismos de la Administración Central, Autonómica, Local, Seguridad Social, o bien las sociedades u otras entidades públicas. Y ejercitan su demanda a través

del Servicio Jurídico de Estado o de sus propios servicios jurídicos. El Ministerio Fiscal puede ejercitar la demanda, en defecto de los anteriores, o bien adherirse o ampliar las demandas interpuestas.

Las partes demandadas son todos los empleados públicos que con su actividad de manejo de caudales o efectos públicos hubieran ocasionado daño a los fondos o también las personas o entidades receptoras de subvenciones que hubieren incumplido las condiciones de la adjudicación.

3. REINTEGRO POR ALCANCE

Mientras el juicio de cuentas prosigue por los trámites del proceso contencioso-administrativo ordinario, el procedimiento de reintegro por alcance prosigue: bien por el declarativo ordinario si la cuantía es superior a 6000 euros, bien por el juicio verbal si la cuantía es inferior a 6000 euros. Las vistas que son públicas tienen lugar en la Sala de vistas del Tribunal.

La ejecución de las Sentencias la lleva a cabo, una vez que éstas son firmes, el propio órgano de instancia, el Departamento de la Sección de Enjuiciamiento, bien de oficio o a instancia de parte. Actualmente hay 3 Departamentos de Enjuiciamiento.

Durante el trámite de la primera instancia, se ratifica el embargo preventivo adoptado en fase de actuaciones previas por el Delegado Instructor, o en el caso de que no hubiera medida cautelar anterior se puede solicitar tanto por el Ministerio Fiscal como por el Servicio Jurídico representante de la entidad perjudicada. Como se puede comprobar, se trata de cerrar el círculo garantista para que los fondos públicos perjudicados no puedan ser evadidos bajo ningún concepto. Las sentencias dictadas por los órganos de instancia son susceptibles de recurso de apelación ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas sin limitación de cuantía.

La Sala de Justicia la componen dos Consejeros de Enjuiciamiento y el Presidente de la Sección de Enjuiciamiento. Los dos Consejeros son aquellos que no han conocido en la primera instancia del proceso concreto objeto de apelación. El trámite aplicable a la segunda instancia es el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La Sala de Justicia también conoce de otros recursos,

como los recursos de queja por inadmisión de la apelación o los recursos planteados contra las decisiones tomadas en la pieza separada o en las actuaciones previas.

Durante la tramitación de la segunda instancia también se puede promover una modificación de las medidas cautelares que conocerá la Sala de Justicia.

Los asuntos de apelación son atribuidos por riguroso turno de reparto entre los Consejeros y Presidente de la Sección que actúan como ponentes de las resoluciones correspondientes, apoyados por el Secretario o Secretaria de la Sala de Justicia que impulsa el trámite.

Al menos una vez al mes se produce una reunión de la Sala de Justicia para votación y fallo de los asuntos finalizados.

4. RECURSO DE CASACIÓN Y REVISIÓN

Resueltas las apelaciones, los asuntos pueden ser recurridos por infracción legal o de la jurisprudencia a través del recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. La admisión de este recurso tiene lugar por interés casacional y no por cuantía como ocurría anteriormente (600.000 euros) ya que el Auto de 8 de junio de 2017 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha establecido que deviene inaplicable el art. 81.2 de la Ley de Funcionamiento en cuanto a la cuantía por la reforma operada conforme a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que modifica la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como recurso extraordinario hay que citar también el de revisión de sentencias firmes por los motivos típicos del recurso de revisión y que se interponen ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En la actualidad y tras la aprobación de la Constitución Española de 1978 y, posteriormente, de las Leyes Orgánica y de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 1982 y 1988, respectivamente, no están previstas, específicamente, funciones jurisdiccionales para el Pleno del Tribunal. En la legalidad anterior -arts. 8, 22 y 23 de la Ley de 1953, modificada por la 87/1961- tenía atribuido el conocimiento de los recursos de casación y revisión. La modificación, en este aspecto, ha

obedecido a dos razones: una, a la de entroncar la jurisdicción contable con la jurisdicción en general, aunque, desde luego, sin formar parte de la estructura del Poder Judicial y, otra, a llevar a efecto el principio de unidad jurisdiccional, recogido en el artículo 117.5 de la Constitución.

En cuanto a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas la componen los cuatro Consejeros de Enjuiciamiento, incluido su Presidente. Celebra reunión, al menos, una vez al mes, para debatir y resolver los asuntos de gobierno y de funcionamiento que afecta a la Sección en su conjunto.

La Presidencia de Enjuiciamiento tiene adscritas las siguientes Unidades: Secretaría de Gobierno, Unidad de Actuaciones Previas, Sala de Justicia y Asesoría Económico-Financiera. La Unidad de Actuaciones Previas y la Sala de Justicia ya se han comentado anteriormente.

La Secretaría de Gobierno se encarga de la recepción de los asuntos que han de ser turnados a los distintos Departamentos como Diligencias Preliminares, fase inicial de los procedimientos de reintegro por alcance, y, posteriormente, del envío de los asuntos que ya disponen de Acta de Liquidación Provisional, procedente de actuaciones previas, para su trámite jurisdiccional en los Departamentos de instancia.

La Asesoría Económico-Financiera presta asesoramiento al Presidente de la Sección respecto a la postura que se ha de mantener en el Pleno del Tribunal en relación con los distintos proyectos de fiscalización que se someten a la aprobación del Pleno procedente de los distintos Departamentos de Fiscalización y que han pasado el trámite de alegaciones de Entes fiscalizados, Ministerio Fiscal y Servicio Jurídico, otros Departamentos y deliberación de la Sección de Fiscalización.

Antes de finalizar mi exposición, quisiera suscitar dos cuestiones

En primer lugar, la necesidad de **reforzar los mecanismos de colaboración con la Fiscalía del Tribunal de Cuentas y Fiscalía Anticorrupción para profundizar en la lucha contra el fraude y la corrupción**. La existencia de vasos comunicantes con la Fiscalía podría permitir sacar un mayor rendimiento en la lucha contra la corrupción, pues ambas funciones, las del Tribunal de Cuentas (fiscalización y enjuiciamiento), como las de la Fiscalía en su persecución de la actividad delictiva, se desarrollarían más satisfactoriamente

y se reforzarían exponencialmente los mecanismos coactivos necesarios para la ocultación y el fraude.

Por otro lado, **la existencia de un procedimiento contable y en la mayoría de los casos, de un procedimiento penal concurrente y compatible hace ineludible establecer una mayor coordinación entre ambas jurisdicciones.** Dado que el juez penal que conoce del proceso de malversación de caudales públicos tiene que inhibirse de la responsabilidad civil derivada del delito y comunicar dicha circunstancia al Tribunal de Cuentas, para que se dirima en el procedimiento contable la responsabilidad por alcance y, dado que, por otro lado, el juez contable, tiene que comunicar a la jurisdicción penal, a través de la Fiscalía, la existencia de posibles delitos que le puedan constar en sus procedimientos hace igualmente, necesario reforzar la coordinación entre ambas jurisdicciones. **Quizás, por ello, sería positivo contar con una comisión *ad hoc* formada por representantes del Tribunal de Cuentas, de la Fiscalía y de la Jurisdicción Penal** que, periódicamente, pusieran en común los datos y documentos que fueran posibles para una mayor coordinación y mejora de la lucha contra el fraude y la corrupción, todo ello sin merma de la independencia y competencia de los distintos órganos que la formaran.

Muchas gracias por vuestra paciencia.

Bibliografía:

CUBILLO RODRIGUEZ, C. “*La fiscalización de la jurisprudencia*”. *Revista Española de Control Externo*. Vol. XV. Nº 45. Septiembre 2013. Págs. 67 a 73.

SALA SÁNCHEZ, P. “*La jurisdicción contable*”. *Revista Española de Control Externo*. Vol. VII. Nº 21. Septiembre 2005, Pág. 118.

**LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS:
MARCO NORMATIVO, NATURALEZA Y FUNCIONES**

Miguel Ángel Torres Morato

*Fiscal-Jefe
Tribunal de Cuentas*

1. INTRODUCCIÓN

El Ministerio Fiscal aparece regulado en el artículo 124 de la Constitución, cuyo apartado primero le atribuye *“la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*.

Por su parte, el artículo 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre (en adelante EOMF), califica al Ministerio Fiscal como *“un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”*.

La dependencia jerárquica se configura como principio esencial del Ministerio Fiscal, sin embargo, produce sus efectos *ad intra* y no *ad extra*. Lo que supone que internamente el Ministerio Público está estructurado jerárquicamente, sin perjuicio de que existan mecanismos que atenúan ese principio (ver artículos 24.1 y 27 del EOMF). Ahora bien, como Institución, el Ministerio Fiscal no depende ni puede depender de ningún otro poder, por cuanto ello supondría relegar los principios de legalidad e imparcialidad, que, en todo caso, han de regir su actuación.

La misión del Fiscal establecida, con carácter general, en la Carta Magna se traslada al ámbito del control externo del sector público a través de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y su Ley de Funcionamiento 7/1988, de 5 de abril (LFTCu), que otorgan al Ministerio Fiscal una papel esencial tanto en el ámbito de la fiscalización como en el de la exigencia de las responsabilidades contables.

Si bien históricamente el Fiscal del Tribunal de Cuentas tenía encomendada, entre sus funciones, la de representar a la Hacienda Pública (artículo 17.5º de la derogada Ley del Tribunal de Cuentas de la República de 29 de junio de 1934), actualmente su cometido se desenvuelve en el estricto ámbito de la defensa de la legalidad y el interés público.

Por otra parte, el principio de imparcialidad se encuentra íntimamente unido al de legalidad. En opinión de Serra Domínguez, aquél principio es una manifestación concreta del principio de legalidad. Afirmar dicho autor que *“si el Ministerio Fiscal debe vigilar la observancia de las leyes, no puede lógicamente tener un interés subjetivo en el caso concreto distinto de la correcta aplicación de la Ley”*¹

En este sentido, González Alonso señala que la importante reforma del EOMF, llevada a cabo por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, contribuye a reafirmar *“los principios de transparencia, imparcialidad y autonomía de la actuación del ministerio público, empezando por el propio Fiscal General del Estado, generando mayor confianza en su trabajo y convirtiendo en un valor en sí mismo el principio de igualdad ante la ley y la protección de los más débiles”*.²

2. LA FISCALÍA COMO ÓRGANO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Dentro del Título II de la LOTCu, dedicado a la composición y organización del Tribunal de Cuentas, el artículo 19 apartado g) determina que la Fiscalía es uno de los órganos del Tribunal.

Por tanto, se ha de subrayar la pertenencia orgánica del Fiscal al Tribunal de Cuentas. Ello permite entender su posición institucional en el Pleno, donde se tratan asuntos de naturaleza gubernativa y fiscalizadora, en ningún caso de carácter jurisdiccional. Con el voto del Fiscal se aprueban los informes de fiscalización, máxima expresión de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas.

Por otra parte, el artículo 27 de la LOTCu establece que la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, dependiente funcionalmente del Fiscal General del Estado, quedará integrada por el Fiscal y los Abogados Fiscales³

Como miembro del Pleno, el Fiscal tiene encomendadas las funciones recogidas en el artículo 3º de la LFTCu y debe actuar conforme establecen los artículos 4º y 5º de dicha norma.

¹ Serra Domínguez, Manuel. El Ministerio Fiscal (Estudio en Homenaje al Profesor Prieto-Castro). Revista de Derecho Procesal. Año 1979. Números 3 y 4, pág. 636.

² González Alonso, Augusto. Aspectos administrativos de la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal. Boletín del Ministerio de Justicia número 2060, página 6.

³ El Real Decreto 62/2015, de 6 de febrero, dispone que la plantilla de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas se compondrá de un Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal y tres Fiscales.

Debe destacarse, de manera singular, que la integración del Fiscal en el Pleno está fundamentada en el grado de independencia, imparcialidad y objetividad con que actúa el Ministerio Público, con carácter general, en el cumplimiento de las múltiples atribuciones que le otorga el ordenamiento jurídico. Dicha presencia, por lo demás, ha sido constante durante dos siglos.

Aznar López señala que *“el titular de la Fiscalía del TCu desarrolla una doble función: como Fiscal, centra sus actuaciones en el ámbito de las responsabilidades contables y, como miembro del Pleno, participa sin restricción alguna en el ejercicio colegiado de las competencias atribuidas a este órgano”*.⁴

Únicamente desde ese reconocimiento, de la actuación del Fiscal en defensa de la legalidad y del interés social, en las diferentes jurisdicciones en las que interviene (civil, penal, social, contencioso-administrativa y contable), se llega al entendimiento de las nuevas y relevantes funciones directivas en la investigación de los delitos, que próximamente se le encomendarán, en el ámbito del proceso penal, y que cuenta con el consenso generalizado de los diferentes operadores jurídicos. Su sustento final se halla en la confianza depositada por el legislador constituyente en el Ministerio Público.

Dicho cometido, que requerirá la reforma de su Estatuto, otorgará mayor autonomía, si cabe, al Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo.

Sin duda, puede considerarse a la Fiscalía del TCu como pionera en la aparición de nuevos órganos, dentro de la estructura del Ministerio Público, encargados de llevar a cabo cometidos especializados. Así, el artículo 3.14 del EOMF dispone que corresponde al Ministerio Fiscal *“Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas”*.

La especialización de las Fiscalías constituye una exigencia de los tiempos modernos, dada la complejidad de los asuntos a investigar y el desarrollo

⁴ Aznar López, Manuel. El Tribunal de Cuentas, en la Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades. Directores: Palomar Olmeda, Alberto, y Garcés Sanagustín, Mario. Editorial Aranzadi, 2013. Página, 823.

normativo de cada uno de los ámbitos, que es objeto de su respectiva competencia⁵

En el supuesto del Tribunal de Cuentas, la justificación de dicha especialización, si cabe, es mayor, debido a las materias que se examinan (económicas y contables).

3. EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Es evidente que, en el momento actual, la sociedad española se encuentra conmovida por la sucesión de acontecimientos íntimamente unidos a la corrupción, con el daño que eso produce a las instituciones afectadas. La creación de las oficinas antifraude, en el ámbito autonómico, es una consecuencia de este fenómeno.

Cabe señalar que esta lacra no es un hecho novedoso. En efecto, durante el siglo XIX, se constata la existencia de actuaciones concertadas entre muy destacados representantes del poder político y relevantes compañías, que operaban en sectores estratégicos de la economía nacional. Particularmente, aquellas compañías que tenían intereses en la banca, el ferrocarril y la minería, es decir, donde la intervención reguladora del Estado era determinante.⁶

Si bien es cierto que el Tribunal de Cuentas no tiene entre sus cometidos directos la lucha contra la corrupción, no puede soslayarse que está en

⁵ Al respecto, puede consultarse el interesante trabajo de Fernández Le Gal, Annaïck. La intervención del ministerio fiscal en defensa del interés público en los procesos no penales. Especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos. Revista jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social. Enero-Junio 2014. Vol. 4, núm. 1/2014. Páginas 106 a 137.

⁶ Ver “La Red de negocios de la Casa Rothschild en España como una estructura de toma de decisiones y de gestión empresarial”. Miguel A. López-Morell. Universidad de Murcia. José María O’Kean Alonso. Universidad Pablo de Olavide. www.um.es/mlmorell/Comunicación. Dichos autores señalan que la red de negocios de la Casa Rothschild operó en España en un mercado tremendamente inestable y politizado, en el que el Estado intervino continuamente, con decisiones estratégicas que llegaban a ser muy discrecionales. En condiciones normales la tasa de riesgo por operaciones financieras y de inversión debía ser extremadamente alta. Sin embargo, Rothschild, directamente o a través de su Agencia de Madrid, supo aprovecharse perfectamente de las facilidades que dio el frágil entorno político español para reducir la incertidumbre, bien fuera a través del conocimiento exacto de las condiciones del mercado, gracias a las bondades de su red de agentes, corresponsales y asociados, o bien mediante la integración de la élite política española en su entorno. Esto último habría conformado, en definitiva, una especie de “cacicato” a gran escala en torno a sus empresas y sus negocios financieros que le permitió un uso intensivo de información privilegiada, reducir hasta cero su tasa de riesgo y obtener sustanciosas rentas.

condiciones de colaborar con otros órganos, que sí tienen ese objetivo, poniendo de manifiesto en sus informes todas las irregularidades, formales y materiales, que se detecten en las entidades del sector público que fiscaliza.

Esta tarea debe desarrollarse no solo por el Tribunal de Cuentas, sino por los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas (OCEX), que, por su número y proximidad a los entes fiscalizados, están en condiciones de mejorar la gestión pública, en general, y las prácticas contractuales de numerosos organismos, en particular.

Atinadamente, Minguillón Roy indica que la Instituciones de Control Externo (ICEX) *“no solo tienen competencias para realizar fiscalizaciones específicas sobre áreas o entidades consideradas de alto riesgo (incluyendo el riesgo de fraude), sino la obligación de orientar la actividad fiscalizadora en esa dirección”*.⁷

Corresponde remarcar, en este sentido, que la Fiscalía recibe numerosas denuncias relativas a irregularidades advertidas en la gestión económico-financiera de las Corporaciones Locales, que debieran dar lugar a la fiscalización de dichas entidades.

Como es sabido, la iniciativa del procedimiento de fiscalización corresponde única y exclusivamente al Pleno del Tribunal de Cuentas, a las Cortes Generales y, en su ámbito, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (artículo 45 LOTCu).

Parece conveniente incrementar el esfuerzo fiscalizador, a fin de incluir en los programas anuales de fiscalización a aquellos Ayuntamientos o sociedades municipales que lo soliciten, pues ello redundaría en un mayor control y transparencia, no solo de las instituciones afectadas directamente, sino de las demás que contemplarían en un horizonte no muy lejano la posibilidad de ser auditados diferentes aspectos de su gestión a instancia de los nuevos Alcaldes, Presidentes o Gerentes, con la correspondiente exigencia de responsabilidades (contables, penales, tributarias o administrativas).

⁷ Minguillón Roy, Antonio. Auditoría y Gestión de los Fondos Públicos. Auditoría Pública número 64 (2014). Página 32.

Cuando al propio responsable de una entidad pública interesa que sea fiscalizada su institución, debe colegirse que tiene poderosas razones para ello.

Asimismo, consideramos una medida necesaria que las sociedades públicas cuenten en su órganos de asesoramiento, tanto jurídico como económico, con funcionarios pertenecientes al organismo del que dependen estatutariamente.

En el ámbito del sector público, la auditoría tiene un contenido más amplio que en el sector privado, pues puede comprender la auditoría de regularidad contable (auditoría de cuentas), la auditoría de cumplimiento y la auditoría operativa o de gestión.

Esta última, que tiene especial repercusión en el mundo anglosajón (*Value for Money Audit*), debe centrar, en los años venideros, el interés de la fiscalización en nuestro Tribunal, pues está orientada a proporcionar la valoración de las operaciones y de los sistemas de gestión de la entidad, programa o actividad auditada, en lo que afecta a su racionalidad económico-financiera y su sometimiento a los principios de buena gestión, a fin de detectar posibles deficiencias y proponer las pertinentes correcciones.

Estos datos son fundamentales, tanto para las instituciones destinatarias de los informes como para los ciudadanos en general. Saber qué valoración merecen los sistemas y procedimientos de gestión respecto de los objetivos que deben cumplir o el grado de cumplimiento de los principios de economía, eficacia y eficiencia constituyen elementos sustanciales para determinar la racionalidad del gasto público, que representa una parte significativa de la riqueza nacional (en el año 2015, ascendió al 43,8 % del PIB).

Ante la enorme dificultad que tienen las Administraciones Públicas para nivelar los ingresos con los gastos, con la lacra del déficit público y la limitación en el incremento de los impuestos, el sometimiento de las cuentas públicas a la valoración de la auditoría operativa resulta inobjetable.

No se trata de sustituir una auditoría por otra, sino de complementarlas.

Al respecto, el artículo 31.2 de la Constitución dispone que *“el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderá a los criterios de eficiencia y economía”*. El criterio de eficacia es inseparable de los de racionalidad, economía y eficiencia.

El proceso económico únicamente es eficiente si logra optimizar los recursos asignados y el grado de eficiencia debe medirse como aproximación al óptimo.

En este sentido, ha de resaltarse que el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos se halla consagrado en el artículo 7 de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuando afirma que la gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público. Añade que las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley que afecten a los gastos e ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Asimismo, el artículo 8 de la indicada LO 2/2012 proclama el principio de responsabilidad, de tal manera que las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que se hubieran derivado de tal incumplimiento.

4. FUNCIONES DEL FISCAL

Entrando en el examen de las funciones de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, la LFTCu establece las siguientes:

- A.** Consignar su dictamen escrito en las Cuentas Generales y en las Memorias, Mociones y Notas del Tribunal, en orden a las responsabilidades contables que de ellas puedan resultar.

- B.** Ser oído en los procedimientos de fiscalización del Tribunal antes de su aprobación definitiva y solicitar la práctica de las diligencias que estime convenientes en orden a la depuración de las responsabilidades contables que de aquéllos puedan resultar.
- C.** Tomar conocimiento de todos los procedimientos fiscalizadores y jurisdiccionales que se sigan en el Tribunal a efectos de esclarecer las posibles responsabilidades contables que de ellos puedan derivarse.
- D.** Ejercer la acción de responsabilidad contable y deducir las pretensiones de esta naturaleza en los juicios de cuentas y procedimientos de reintegro por alcance.

La Fiscalía desempeña sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad, y en la forma determinada por su legislación orgánica con las particularidades establecidas en la LFTCu (artículo 16 de la Ley 7/1988).

Si de la tramitación de los procedimientos de fiscalización se desprendiese la existencia de responsabilidades contables, el Fiscal solicitará del correspondiente Departamento de Fiscalización que se trasladen los necesarios antecedentes a la Sección de Enjuiciamiento.

Igualmente, si del examen de los referidos procedimientos se acreditase la existencia de indicios de responsabilidad penal, tributaria o administrativa, el Ministerio Fiscal interesará que se deduzca el oportuno testimonio, a fin de remitirlo a la jurisdicción penal o a la autoridad competente.

5. INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LA FUNCIÓN FISCALIZADORA

La intervención de la Fiscalía, en el ejercicio de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, tiene lugar en **tres momentos distintos**:

- A. La Fiscalía participa en la preparación y aprobación del Programa Anual de Fiscalizaciones.** La aprobación del Programa Anual de Fiscalizaciones es competencia del Pleno. Este Plan incluye las fiscalizaciones acordadas por el Pleno, las fiscalizaciones de la Cuenta General del Estado y de las Cuentas Anuales de las Comunidades y Ciudades Autónomas que carecen de Órganos de Control Externo y las

fiscalizaciones de los partidos políticos y de los procesos electorales. Igualmente, el Plan debe comprender aquellas fiscalizaciones requeridas por la Comisión Mixta del Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

En este punto, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas considera la necesidad de llevar a cabo mayores fiscalizaciones por los órganos competentes, en el ámbito de las Corporaciones Locales, a fin de esclarecer las causas que han originado, en algunos casos, significativos endeudamientos de dichas arcas, así como el destino que se ha dado a ingentes cantidades de dinero público. Ello redundaría en la existencia de un control más exhaustivo de la gestión económica y financiera de las entidades locales, y de la transparencia que la sociedad está demandando de manera creciente.⁸

- B. La Fiscalía participa en la aprobación de las Directrices Técnicas.** Se trata de un documento esencial en toda fiscalización, por cuanto *“conforma la voluntad del Pleno en relación con los extremos que pudieran afectar a la realización de la fiscalización que se prevé efectuar”* (Norma 29 de las Normas de Fiscalización del Tribunal de Cuentas).

La importancia de la intervención de la Fiscalía en la aprobación de las Directrices Técnicas estriba en que las mismas incluyen, entre otros extremos, el ámbito subjetivo, objetivo y temporal de la fiscalización, los objetivos de la fiscalización, el tipo de fiscalización, las áreas de trabajo y procedimientos de auditoría, los medios personales y materiales.

- C. La Fiscalía participa en la aprobación de los Informes de Fiscalización.** Es el momento en que culmina la realización de la actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, cuyo informe final se aprueba una vez oídos los responsables de las entidades fiscalizadas (trámite de alegaciones) y después de que los miembros integrantes del

⁸ Sobre esta cuestión, constituye un avance significativo, la aprobación del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. Dicha disposición trae causa de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que modifica los artículos 213 y 218 del TRLHL, aprobado por RDL 2/2004, de 5 de marzo, y encomienda al Gobierno regular los procedimientos de control y metodología de aplicación, con el fin de lograr un control económico- presupuestario más riguroso y reforzar el papel de la función interventora en las Entidades Locales.

Pleno hayan formulado, en su caso, observaciones al Proyecto de Informe, elaborado por cada Departamento fiscalizador. Tales observaciones, en el supuesto de ser aceptadas, dan lugar a las correspondientes modificaciones de dicho Proyecto, que, antes de ser sometido a la aprobación del Pleno, es objeto de deliberación en la Sección de Fiscalización.

La relación existente entre la fiscalización y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable es una de las razones que fundamenta la facultad de la Fiscalía para formular observaciones a los informes presentados por los Departamentos de Fiscalización. El Fiscal, como miembro del Pleno -y siempre en ejercicio de sus atribuciones constitucionales- formula las observaciones que estima necesarias para que los mencionados informes, tal y como se prevé en las Normas de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, recojan los elementos necesarios que le permitan promover la exigencia de las correspondientes responsabilidades.

Por otra parte, la intervención de la Fiscalía, en la actividad fiscalizadora de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas, es más restringida que la ejercida cuando analiza los proyectos de informe elaborados por el Tribunal de Cuentas.

En efecto, el Ministerio Fiscal no puede formular observaciones a los informes de dichos Órganos de Control, de ámbito autonómico, por cuanto, teniendo lugar su intervención cuando el informe de fiscalización ya ha sido aprobado, solamente puede promover, en su caso, la exigencia de las pertinentes responsabilidades.

6. INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCESO CONTABLE

La Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas regula dos auténticos procesos de responsabilidad contable, el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance. Su distinción reside en la diferente concreción del supuesto que constituye su objeto.

El alcance hace referencia a la ausencia de fondos en las cuentas, que deben rendir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales públicos. Los restantes casos de responsabilidad contable pueden producirse por cualesquiera otras infracciones de las leyes reguladoras del régimen

presupuestario-contable, que resulte aplicable a las entidades integrantes del sector público o a los perceptores o beneficiarios de subvenciones, créditos o avales procedentes de dicho sector. Estos supuestos revisten mayor complejidad, razón por la que el legislador considera conveniente que se siga el juicio de cuentas.

Sin embargo, la doctrina vigente entiende que tal diversificación procesal no está justificada y plantea numerosas dificultades prácticas, especialmente en lo que atañe a la formación de la pieza separada y el subsiguiente juicio de cuentas, por lo que los autores se inclinan a favor de la existencia de un único procedimiento para exigir todas las responsabilidades contables.⁹

El Fiscal está legitimado activamente para formular las correspondientes pretensiones procesales contra los responsables contables, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.1 LFTCu.

En orden a lograr una mayor exigencia de la responsabilidad contable, Chaves García plantea que *“podría regularse por Ley la posibilidad de que los acuerdos adoptados por los plenos de los entes locales sean impugnados por su Presidente o la Fiscalía del Tribunal de Cuentas cuando pudieran amparar pagos irregulares, por mediar informe contrario a su aprobación del interventor, secretario general o requerimiento de anulación de otro ente territorial; tal impugnación produciría la suspensión que debería ratificarse o levantarse judicialmente por el procedimiento sumario previsto en el artículo 127 LJCA”*.¹⁰

Conviene destacar que la legitimación de la Administración o Entidad Pública perjudicada existe en tanto en cuanto dicha Entidad trate de ejercer la acción contable contra los responsables que hayan ocasionado el menoscabo de los fondos públicos. Consecuentemente, la referida Administración carece de interés legítimo para tratar de impedir el ejercicio de las pretensiones que otros legitimados activamente puedan formular (Actor Público o Ministerio Fiscal).

⁹ Ver Ibáñez García de Velasco, Miguel. El Fiscal en la jurisdicción contencioso-administrativa y la contable. Estudios del Ministerio Fiscal. Número II.1995. Página 786.

¹⁰ Chaves García, José R. La urgente reconstrucción del enjuiciamiento contable del reintegro por alcance. El Consultor de los Ayuntamientos número 6, Sección Opinión/Actualidad, Quincena del 30 de marzo al 14 de abril de 2017. Editorial Wolters Kluwer. Página 15.

Expresamente, el artículo 55.1 de la LFTCu, establece que: *“Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 2/1982, la legitimación activa corresponderá en todo caso a la Administración o Entidad Pública perjudicada, que podrá ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas...”*.

Por su parte, el artículo 55.2 de la LFTCu dispone que *“Se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso”*.

Los legitimados activos y pasivos están claramente delimitados, así como sus posibilidades de actuación en las distintas fases del proceso contable.

Resulta contrario a los principios del ordenamiento procesal contable y a la tutela judicial efectiva que un Ente Público, cuya legitimación exclusivamente deriva de ser perjudicado, actúe en defensa de los presuntos responsables que han generado el daño a las arcas públicas, ya sea en las denominadas diligencias preliminares, en actuaciones previas o en el proceso propiamente jurisdiccional. Tal confusión es inadmisibile.

El artículo 24.1 CE establece que *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus **derechos e intereses legítimos**, sin que, en ninguna caso, pueda producirse indefensión”*.

La sentencia de la Sección 6ª de la Sala 3ª TS, de 8-6-15, recuerda que la legitimación constituye un presupuesto inexcusable del proceso e implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.

Según la STS, Sala 3ª, de 28 de septiembre de 2017, el interés abstracto por el cumplimiento de la ley institucionalmente no le corresponde más que al Ministerio Fiscal, a salvo los supuestos en que el ordenamiento jurídico reconoce la acción pública.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19-12-02, manifiesta lo siguiente:

*"(.....) el concepto de legitimación activa hace referencia a un título básico para el acceso a la jurisdicción que implica relación jurídico material entre la parte actora y el objeto procesal en atención al derecho o al interés legítimo cuya tutela se postula por aquélla, constituyendo así la aptitud para ser demandante en un proceso concreto y siendo un requisito necesario para que el órgano jurisdiccional pueda examinarla en cuanto al fondo en el sentido más propio del vocablo, debiendo ser casuística la respuesta a dicho problema de legitimación, sin que sea aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciada para todos los casos, puesto que la clave para determinar si existe o no ese interés legítimo en la parte que se lo arroga en el proceso de impugnación de una resolución radica, muy en concreto, en que aquel concepto de interés legítimo a que se refiere el art. 28.1 a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción en su versión aplicable (más amplio que el de interés directo al que expresamente aludía dicho precepto en su anterior redacción), equivale a titularidad potencial de una posición de beneficio o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría si ésta prosperara (sentencias del Tribunal Constitucional 143/1987, 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991 y de esta Sala de 24 de enero y 22 de diciembre de 1997, 8 de febrero y 8 de noviembre de 2000, entre otras de igual significado), o, si se prefiere, al efecto positivo de ventaja en la esfera jurídica del accionante o a la eliminación de una carga, perjuicio o gravamen contra éste en el caso de que se estimara su pretensión, siempre bajo el entendimiento de que **no basta como título legitimador un puro y simple interés por el respeto de la legalidad, salvo en supuestos de «acción pública»**, o de criterios de oportunidad por muy extenso que sea el significado que al interés público se atribuye a efectos de legitimación activa".*

En tales supuestos, parece evidente que existirá un conflicto de intereses entre el Ente Público perjudicado y los presuntos responsables contables.

Dada la especial protección que deben tener los caudales públicos, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas estima necesario ampliar la legitimación pasiva en los procedimientos contables, de tal manera que la acción de responsabilidad contable pueda ejercitarse no solamente contra los que resulten cuentadantes, sino también contra quienes colaboran con los mismos en la realización del ilícito contable (*extranei*). Esta conexidad que

se predica propiciaría la recuperación rápida e íntegra de los daños causados a la Hacienda Pública.

7 FUNCIONES INVESTIGADORAS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE (Diligencias Preprocesales)

El artículo 5.3 *in fine* del EOMF dispone que *“También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”*.

De acuerdo con la mencionada norma, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas incoa diligencias preprocesales cuando tiene lugar el descubrimiento de indicios de responsabilidad contable dimanantes de los informes de fiscalización de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas.

Asimismo, dichas diligencias se inician también como consecuencia de denuncias formuladas, tanto por particulares como por autoridades y funcionarios públicos, contra aquellos que consideran responsables de los perjuicios económicos sufridos en los fondos públicos.

Estas actuaciones, encaminadas a comprobar, al menos indiciariamente, la existencia de daño en la Hacienda Pública y sus posibles autores, así como a la obtención de aquellos elementos probatorios que deben permitir el planteamiento de pretensiones de responsabilidad contable, están adquiriendo una importancia creciente, tanto cuantitativa como cualitativamente.

En el supuesto de que se considere que existe responsabilidad contable, se procede a trasladar las actuaciones realizadas a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, a efectos de que se nombre el correspondiente Delegado Instructor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LFTCu.

Por el contrario, de no detectarse indicios de responsabilidad contable, se acuerda el archivo de las diligencias, sin ulterior judicialización.

Conviene precisar que tales diligencias tienen una naturaleza jurídica claramente diferenciada de las denominadas diligencias de investigación,

que vienen reguladas en el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este sentido, la Circular 4/2013, del Fiscal General del Estado, de fecha 30 de diciembre de 2013, afirma que, en las diligencias preprocesales, *“concurren una serie de singularidades que la separan del régimen común de las diligencias de investigación. Coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos como en su denominación, pues debe seguirse la nomenclatura legal -diligencias preprocesales-, su registro y numeración, como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extrapenal relajarse los principios de contradicción y de defensa”*.

A tales diligencias se extienden las facultades previstas en el artículo 4.5 párrafo 2º del EOMF, a cuyo tenor *“las autoridades, funcionarios u organismos o particulares requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en este artículo y en el siguiente deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales. Igualmente, y con los mismos límites, deberán comparecer ante el Fiscal cuando éste lo disponga”*.

8 CONCLUSIONES

La exposición precedente parte de la idea central de que la actuación del Ministerio Fiscal debe orientarse a la mejora de la gestión y recuperación de los fondos públicos, desplegando, de la manera más adecuada, las facultades que le han sido otorgadas por el vigente ordenamiento.

En este sentido, consideramos que los informes de fiscalización, por su número y calidad, constituyen un reflejo significativo de la tarea encomendada por el artículo 136 de la Constitución al Tribunal de Cuentas, con una preocupación constante por conseguir la máxima celeridad en su tramitación.

Desde la propia Institución se impulsa la transparencia y comunicación de todos los informes, especialmente de aquellos que tienen mayor incidencia en la opinión pública.

Estimamos que las auditorías operativas están llamadas a desempeñar un papel cada vez más destacado en la labor diaria del Tribunal, por su interés para las Cortes Generales, los gestores de las entidades fiscalizadas y la sociedad en general, en la medida en que pueden poner de relieve problemas de despilfarro, mala gestión o incluso corrupción.

Entendemos que un mayor esfuerzo fiscalizador sobre los entes locales conllevaría una mejora indudable en el tratamiento de sus recursos.

Resulta imprescindible que se articule un único procedimiento jurisdiccional para la exigencia de las responsabilidades contables, de acuerdo con el criterio prácticamente unánime de la doctrina.

9 AGRADECIMIENTOS

Finalmente, deseo expresar mi profunda gratitud a los órganos rectores de la UIMP, por su invitación, al Director de este curso, Excmo. Sr. Consejero del Tribunal de Cuentas D. José Manuel Suárez Robledano, y a todas las personas que, con notable esfuerzo, han contribuido a la preparación y desarrollo de tan fructíferas y entrañables jornadas, en este incomparable lugar.

Igualmente, he de dar las gracias a todos los asistentes por su atención y seguimiento sobre un tema que, en determinados aspectos, puede resultar excesivamente prolijo.

Al entregar este trabajo para su publicación, se ha producido el óbito del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado D. José Manuel Maza Martín. Ante este luctuoso acontecimiento, quiero dejar constancia de mi pesar por la pérdida de una excepcional persona y magnífico jurista, que desempeñó la Jefatura del Ministerio Fiscal con singular elegancia y sencillez, estando siempre próximo a todos los que acudíamos a su magisterio para resolver los acuciantes problemas diarios. Descanse en paz.

LA COLABORACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

José Manuel Holgado Merino

*Director General
Dirección General de la Guardia Civil*

Buenas tardes.

En primer lugar, quisiera expresar mi agradecimiento al Tribunal de Cuentas y a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, por haber incluido en el programa de este Seminario la conferencia sobre la lucha contra la corrupción en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que explicaré desde el punto de vista de la Guardia Civil, Cuerpo que tengo el honor y el privilegio de dirigir.

Confío, sinceramente, que esta exposición sea de interés para todos los presentes, porque pretendo reflejar, de una manera sencilla y sincera, los principales retos a los que se enfrentan las Fuerzas de Seguridad para combatir este problema desde un punto de vista colaborativo y no exclusivamente de represión.

En este sentido, voy a dividir mi conferencia en **cinco bloques**:

- En el primero, haré una breve **introducción** para situarnos en el contexto de los aspectos generales.
- En el segundo, hablaremos sobre los aspectos más relevantes de la **investigación** y su posible **evolución**.
- En tercer lugar, les hablaré de **cómo se organiza la Guardia Civil** en la lucha contra los delitos relacionados con la corrupción.
- A continuación les explicaré cuales son los **resultados** y las **actuaciones** más significativas en este sentido.
- Y, por último, les expondré las **iniciativas puestas en marcha** por la Guardia Civil y los retos que creemos que nos deparará el futuro.

1. CUESTIONES GENERALES. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA

Todos los documentos de evaluación de la amenaza establecen que la corrupción conforma un factor de riesgo de magnitud considerable para la seguridad y la estabilidad internacional, por cuanto, a la par que socava la credibilidad de las instituciones ante el ciudadano, puede potenciar la acción y efectos de la delincuencia, en especial la organizada.

Cuando se habla de corrupción, hay que señalar que se trata de un concepto indeterminado que no aparece como tal en la regulación penal y

que puede incluir un conjunto de conductas que, generalmente, poseen una motivación económica, aunque no siempre.

No obstante, no resulta difícil encontrar una equivalencia entre las conductas corruptas y los delitos contemplados en el Título XIX del Código Penal (Delitos contra la Administración Pública), fundamentalmente los de prevaricación administrativa, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraude y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, y revelación de secretos.

Sobre esta base, la Guardia Civil viene trabajando de manera continuada alineando su actuación con las diferentes estrategias y programas internacionales y nacionales, manteniendo la lucha contra la corrupción dentro de su Plan Estratégico.

Para ello, en el marco de la lucha general contra la delincuencia, ha venido asumiendo la importancia de disponer de las capacidades y estructuras organizativas y técnicas necesarias para acometer la investigación sobre corrupción, considerando como tal, de manera principal, y como acabo de indicar, los delitos (especialmente de naturaleza económica) contra la administración pública.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN. PRINCIPALES MODUS OPERANDI Y POSIBLE EVOLUCIÓN

En este tipo de delitos se entremezclan las investigaciones clásicas, que utilizan los métodos tradicionales de investigación (seguimientos, fuentes abiertas, escuchas, etc.), con la investigación patrimonial, que requiere, no sólo una gran formación y preparación sino, además, la mejor colaboración nacional e internacional.

Esta investigación es clave para la obtención de pruebas concretas, pero esencial para la delimitación de los delitos puramente económicos que tan estrechamente ligados se encuentran, al mismo tiempo que resulta fundamental para cumplir con la responsabilidad económica y patrimonial de los autores.

En España, la corrupción se ha convertido en una de las principales preocupaciones sociales, y se caracteriza por los siguientes aspectos: Donde se observa el mayor número de casos de corrupción es en el uso

irregular del gasto o dinero público (40% del PIB español), particularmente a través de la contratación pública o la concesión o distribución de subvenciones, vulnerando la normativa que las regula, al objeto de conseguir contraprestaciones económicas de aquellos a los que se favorece, o beneficios políticos mediante la obtención del voto de los ciudadanos, o bien, contrarrestar los efectos de la crisis buscando una mal entendida paz social.

Por otro lado, si bien con evolución decreciente, la corrupción continúa estrechamente vinculada al urbanismo, mediante la reclasificación del suelo público por parte de las instituciones responsables (Corporaciones locales y Comunidades Autónomas).

Destacan igualmente, por su cuantía e importancia, los casos asociados al fraude en los fondos públicos dedicados a promover el empleo, y el fraude a la seguridad social¹.

El dinero en efectivo se sigue utilizando como contraprestación típica en estos casos, principalmente, mediante billetes de alta denominación; pero también se recurre dádivas consistentes en inmuebles, favores personales asociados a un alto nivel de vida social, y la puesta a disposición de los corruptos en paraísos fiscales o territorios de baja fiscalidad.

Para ello, se emplean entramados financieros con la finalidad de ocultar los fondos ilícitos, testaferros y empresas pantalla, así como entidades de regulación alternativa, como pueden ser las fundaciones.

Es un hecho incuestionable que la corrupción debilita las estructuras y los valores y fundamentos del Estado social y democrático de derecho, provocando la quiebra del principio de equidad en el desarrollo de las políticas públicas, al reorientar la distribución de los recursos, no hacia el bien común, sino hacia los intereses particulares de los corruptos, creando desconfianza en las instituciones, mediatizando las creencias y actitudes ciudadanas sobre un sistema que llegan a considerar que favorece la impunidad, la falta de transparencia y la ausencia de rendición de cuentas. En cambio, resulta tranquilizador conocer que, en principio, la corrupción asociada al crimen organizado no supone un riesgo para la estabilidad institucional en España. Los episodios detectados son poco frecuentes y, en

¹ Dichos casos conforman delitos de fraude (hacienda pública, IVA, seguridad social, subvenciones), estafas, cohechos, malversaciones, blanqueo de capitales, etc.

general, vinculados a funcionarios de bajo nivel que colaboran con las organizaciones criminales facilitando información o haciendo dejadez de sus obligaciones de control.

Igualmente, el esfuerzo policial y judicial, cada vez más especializado, contribuye a disminuir la impunidad.

No obstante, como hemos indicado, se trata de un tipo de investigación de gran complejidad técnica que requiere una formación y especialización muy alta por parte de los investigadores.

Se pueden destacar algunos **aspectos que aumentan su dificultad**, como:

- La formación y la especialización son esenciales, lo que hace que la renovación del personal no pueda ser inmediata. Al mismo tiempo, en este tipo de delitos la colaboración institucional resulta esencial para poder llevar a cabo las investigaciones
- Los plazos para investigar son bastante amplios, afectando a la propia instrucción del sumario.
- A la hora de emplear todas las herramientas procesales, los investigadores se siguen encontrando con dificultades para usar algunas de ellas (transacciones e indulgencias, agentes encubiertos, etc.) y se ha detectado que, en ocasiones, necesitarían recurrir a algunas nuevas.
- La información sobre los delitos es de muy difícil acceso, se encuentra muy dispersa y, muchas veces, oculta (en paraísos fiscales y off-shore), lo que implica una mayor participación de jueces y fiscales para obtenerla.
- El momento de la noticia del delito, si es muy antigua o se produce en ese momento, si ha trascendido (especialmente a los medios de comunicación) o no, es un elemento que afecta, tanto a la investigación, como a las personas investigadas que pueden ver perturbadas su reputación y su vida personal.
- En este sentido, también los investigadores pueden sentir una gran presión que puede llegar a afectar a su propio prestigio profesional e, incluso, a su fiabilidad.

No tenemos más que observar la atención desmesurada que tienen en estas fechas las actuaciones de la UCO y que tratan de menoscabar su prestigio firmemente ganado.

En cualquier caso, confiamos en que la mayor sensibilización social, los cambios operados en la legislación y el esfuerzo realizado en la lucha contra esta modalidad delictiva por los operadores policiales y jurídicos, conduzcan a una disminución de los casos de corrupción institucional y política.

Además, abundando en lo dicho anteriormente, la corrupción crea inseguridad jurídica, inestabilidad política y social, y perjuicio en la reputación del país, dificultando las inversiones (sobre todo extranjeras) y la financiación pública al elevar las primas de riesgo. De acuerdo con esto, la corrupción disminuye la capacidad económica del país.

El impacto económico es difícil de valorar ya que el dinero público desaparecido no ha generado un resultado susceptible de análisis. Así ocurre también con el dinero malversado que no se ha destinado al fin para el que estaba destinado, como ha ocurrido con muchas subvenciones.

No obstante, la Comisión Europea, en su informe de 3 de febrero de 2014, calcula que el coste de la corrupción para la economía de la Unión Europea asciende a 120.000 millones de euros al año.

3. ORGANIZACIÓN DE LA GUARDIA CIVIL EN RELACIÓN A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

La Guardia Civil afronta la actividad contra la corrupción, mediante una estructura que parte de tres grandes ámbitos organizativos:

- A. La Jefatura de Información.** Para lo relativo a corrupción vinculada a grupos extremistas, radicales, o mafiosos, nacionales o extranjeros, que por su especial configuración o gravedad, pueden amenazar las estructuras de la nación.
- B. El Servicio de Asuntos Internos (SAI).** Asume la investigación de estos casos cuando están implicados miembros del Cuerpo y la investigación requiere, por la complejidad del entramado delictivo o la gravedad de las conductas, la intervención de este Servicio especializado.

C. La Jefatura de Policía Judicial (JPJ). Para el resto de delitos de corrupción, asumiendo el esfuerzo principal.

En este sentido, la Policía Judicial en el Cuerpo, se ha dotado de algunas estructuras funcionales que abordan los delitos relacionados con la corrupción a nivel territorial, si bien no de manera exclusiva; pero también de otras estructuras especializadas de investigación que, a nivel central, se dedican prioritariamente a esta problemática.

Existen, por tanto, **tres niveles operativos** (provincial, regional y central) en los que se encuadran órganos dedicados a la lucha contra la criminalidad y sus derivaciones (especialmente económicas), entre las que se encuentra la delincuencia económica y la corrupción:

❖ **A nivel provincial**

En el Área de Patrimonio de las Secciones de Investigación de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial (UOPJ,s) se cuenta con especialistas formados en materia de delitos contra la administración, con origen en el esfuerzo iniciado en el año 2007 con la creación de los Equipos contra la Delincuencia Urbanística (EDU,s)².

❖ **A nivel regional**

Bajo la dependencia funcional de la Unidad Central Operativa (UCO), están desplegados en las áreas geográficas más sensibles los Equipos Contra el Crimen Organizado (ECO,s), cuyo ámbito de actuación es muy amplio y flexible y que no se sujeta a demarcaciones administrativas concretas.

Estas Unidades están específicamente dedicadas a luchar contra los grupos organizados, en toda su amplitud, pudiendo incluir en su caso la investigación económica y la corrupción.

Igualmente, en algunas Unidades de Policía Judicial de Zona (equivalentes a Comunidades Autónomas), en particular en las de Cataluña y País Vasco, se cuenta con Secciones de Investigación que

² A razón de uno por cada Unidad Orgánica y tendiendo a tres componentes por Equipo, lo que implica que disponemos de un total de 162 especialistas formados; si bien no poseen una dedicación exclusiva para este tipo de delitos

pueden asumir asuntos criminales, incluidos los que puedan tener relación con la corrupción.

❖ **A nivel central**

Contamos con la Unidad Central Operativa (UCO), dependiente de la Jefatura de Policía Judicial, que dispone de grupos especializados en diversos ámbitos delictivos, incluido el económico.

En particular, dispone del Grupo de Delitos contra la Administración (GDA)³ y de una Unidad Adscrita a la Fiscalía Especial Anticorrupción y contra la Delincuencia Organizada⁴.

Además, la Guardia Civil dispone de la Unidad Técnica de Policía Judicial (UTPJ), también dependiente de la Jefatura de Policía Judicial, cuya labor consiste en mejorar la coordinación y la cooperación, y realizar el análisis criminal de estos delitos, que cuenta con Secciones dedicadas a diversos ámbitos delictivos, incluido los económicos, que pueden estar vinculados con la corrupción.

La UTPJ tiene también destacado personal en la Unidad de Inteligencia Financiera de España (Servicio de Prevención del Blanqueo de Capitales, SEPBLAC) y en la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) del Ministerio de Justicia, con las que intercambia información relevante en esta materia.

De este modo, por cuanto la corrupción puede constituir una actividad relacionada con varias actividades criminales, y por afectar esencialmente la respuesta a la Policía Judicial, se puede establecer que el total de plantilla de la Policía Judicial de la Guardia Civil (más de 4.000 personas) puede trabajar sobre esta problemática⁵.

³ Integrado por unos 30 especialistas.

⁴ Con un total de unos 20 especialistas

⁵ Si bien, el personal especializado o dedicado a dicha actividad de manera prioritaria o en exclusiva, asciende a un total de poco más de 200 personas.

4. ACTUACIONES DE LA GUARDIA CIVIL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Guardia Civil ha desarrollado y está desarrollando operaciones punteras relacionadas con la corrupción y sus delitos asociados.

Las más de 500 operaciones realizadas en los últimos 5 años, junto con los 2380 detenidos y/o investigados desde el año 2012 son una prueba de la intensidad de estas investigaciones en el Cuerpo.

Por otro lado, en línea con las estrategias de respuesta a nivel internacional y nacional, el Cuerpo mantiene la lucha contra la corrupción dentro de su Plan Estratégico aprobado este mismo año.

En este marco general, se pueden destacar las siguientes **actuaciones particulares** sobre las que se va a seguir incidiendo:

- A.** Se ha efectuado un esfuerzo por consolidar la estructura específica de la Institución, tanto a nivel organizativo, como operativo, y de dotación de medios humanos y materiales para conformar una red especializada de lucha contra la corrupción pública en general.
- B.** Para mejorar las competencias del personal que integra los Equipos de investigación, se ha procurado, en función de las disponibilidades presupuestarias, mejorar su formación especializada en contratación pública, investigación patrimonial, subvenciones y financiación de entidades públicas y privadas.

Así, se forma parte de los grupos de expertos que trabajan en apoyo a la Representación Permanente ante los Organismos Internacionales (Naciones Unidas, OSCE, etc.) para el seguimiento y desarrollo de las Convenciones que tengan relación con la delincuencia económica y la corrupción (como las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida).

Miembros del Cuerpo se integran en los Grupos de Trabajo y sesiones plenarias de organismos que actualmente lideran los estándares internacionales contra la corrupción y el blanqueo de capitales, como son el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo (OCDE).

También se trabaja de manera permanente en cooperación y auxilio a los Juzgados y Tribunales para la investigación de los delitos relacionados con la corrupción. De este modo, ha reforzado su presencia en la Unidad Adscrita en la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

Y, por supuesto, se ha incrementado su esfuerzo en la estructura española de gestión de activos criminales a la que anteriormente ya hice referencia.

- C.** En la Unidad Técnica de Policía Judicial (UTPJ), reside la Oficina de Localización de Activos coordinando su actuación con el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) quien, junto con la ORGA citada anteriormente, es una de las dos Oficinas de Recuperación de Activos (ARO,s) españolas.
- D.** Se colabora con Cuerpos y Agencias a nivel internacional en materia de investigaciones financieras relacionadas con la corrupción.
- E.** Se trabaja de manera intensa con la Unidad de Inteligencia Financiera española (SEBPLAC), y se forma parte de la Comisión y Comités nacionales de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

5. HERRAMIENTAS Y EVOLUCIÓN (RETOS DE FUTURO. ÁMBITOS DE TRABAJO)

Para poder hacer frente a los retos que plantea disponer de una respuesta adecuada a las problemáticas citadas, hemos hecho grandes avances en los siguientes ámbitos de trabajo:

La mejora del Sistema de Investigaciones (SINVES)⁶, en especial en lo referido al tratamiento de investigaciones económicas, para que permita gestionar y coordinar, de forma integrada, toda la información asociada a estas investigaciones.

Se han desarrollado herramientas específicas de análisis que permiten,

⁶ Se trata del Sistema informático utilizado por todas las unidades de investigación de la Guardia Civil.

tanto a los investigadores como a los analistas, tratar y elaborar la inteligencia de una forma más eficiente.

Se ha buscado la mejora de la cooperación con el resto de las instituciones públicas, para lo que se está trabajando en diversos **aspectos de futuro** en los que consideramos que podemos mejorar, como son:

1. Avanzar en la creación de una Unidad Adscrita de la Guardia Civil a la Tesorería General de la Seguridad Social.
2. Consolidar la relación con la Agencia Estatal de Administración Tributaria, destacando personal de la Guardia Civil a la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF) y la posibilidad de constituir unidades periféricas más reducidas adscritas a las Delegaciones Provinciales de la AEAT, dependientes de las Unidades Territoriales de Policía Judicial, con funciones de análisis y coordinación.
3. Impulsar la formación de las Unidades de modo que, en función de las disponibilidades presupuestarias, se desarrollen cursos en los que se proporcione formación en materia financiera y patrimonial a investigadores y analistas.
4. Continuar impulsando esferas de cooperación interinstitucional y con el ámbito privado.
5. También mejorar la cooperación en el ámbito internacional, de modo que se trabaje activamente de manera bilateral con los diversos cuerpos policiales y agencias, así como con los organismos e instituciones de cooperación policial y judicial, con especial referencia a los Grupos de Trabajo del Consejo de la UE, EUROPOL e INTERPOL, para lo que la Guardia Civil debe contar con el nivel adecuado de representación en las Unidades Nacionales y las adecuadas conexiones y habilitaciones para desarrollar la cooperación de manera eficaz.
6. Tratar de reforzar la colaboración en materia de localización, recuperación y administración de activos financieros con la ORGA.
7. Aumentar, si es posible, la presencia de miembros de la Guardia Civil en la Unidad de Inteligencia Financiera (SEBPLAC).

8. Estudiar y, proponer en su caso, si fuera posible, la regulación, reconocimiento o desarrollo en la práctica jurídica española, de figuras procesales tales como la denominada confiscación civil (extinción de dominio).
9. Dotar a las Unidades de investigación y análisis de la Policía Judicial de los adecuados instrumentos de adquisición de información, para lo que sería necesario:
 - ❖ Revisar la Ley General Tributaria de modo que la información de carácter tributario sea accesible a los miembros de la Policía Judicial específica, con las garantías debidas y en el marco de una investigación económica.
 - ❖ Modificar la Ley 10/2010 de modo que la información facilitada por el SEBPLAC a la Policía Judicial no tenga el carácter exclusivo de inteligencia financiera y pueda ser utilizable directamente en los procedimientos de investigación.

6. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, y para acabar, conviene extraer una serie de conclusiones:

- La Guardia Civil, **ha realizado un esfuerzo de formación y de especialización para luchar contra esta delincuencia** que convierte al Cuerpo en una de las herramientas más eficaces de las que dispone el Gobierno para su erradicación, tanto dentro como fuera del territorio nacional. El reto principal es el de mantenernos con un nivel de formación adecuado.
- Las herramientas legales para la lucha contra este tipo de delincuencia deben seguir evolucionando y mejorando permanentemente, al igual que las técnicas de investigación y los medios tecnológicos.
- La cooperación y colaboración institucional e internacional son esenciales y debemos avanzar en el análisis de la información disponible.
- Tenemos **gran optimismo** respecto al presente y el futuro de la

Guardia Civil, y estamos haciendo lo posible por adelantarnos a los retos, en lugar de esperar para contrarrestarlos.

Por todos los motivos que he tratado de exponerles, y conforme ha quedado demostrado en su historia, el Cuerpo de la Guardia Civil, continuará por esta senda de combatir los mayores riesgos de seguridad a base de esfuerzo, trabajo, abnegación y respeto a la legalidad vigente.

Espero, sinceramente, que esta conferencia les haya aclarado algunos aspectos sobre la realidad de la problemática de las investigaciones sobre la corrupción que afectan al Cuerpo de la Guardia Civil.

Muchas gracias.

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTABLE POR ALCANCE Y LAS
DISTINTAS VÍAS DE TRANSMISIÓN**

Manuel Rivera Fernández

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

Vamos a intentar desarrollar en qué situación se encuentra en la actualidad el enjuiciamiento contable y las líneas jurisprudenciales más relevantes a día de hoy.

Hay una serie de cuestiones generales que todos sabemos, como es la complejidad de estos asuntos públicos que hace necesario el control del gasto público a través de un órgano específico como es el Tribunal de Cuentas.

La regulación constitucional, la Ley Orgánica, la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y esa afirmación del Tribunal Constitucional, ampliamente repetida, de que el Tribunal de Cuentas es el órgano único y supremo cuando fiscaliza, pero no así cuando lleva a cabo la labor jurisdiccional.

La responsabilidad contable se caracteriza por algo fundamental: que es lo que va a derivar de la responsabilidad propia de un sujeto muy concreto el cuentadante. Este concepto, ampliado por la Ley Orgánica y la Ley de Funcionamiento, incumbe a unos determinados sujetos, que son aquellos que manejan los caudales y fondos públicos.

La finalidad del enjuiciamiento contable es estrictamente reparadora. El enjuiciamiento contable, concretamente por alcance, lo que intenta es reparar. Podríamos entrar a discutir si esto es una responsabilidad civil, específica del artículo 1.902 del Código Civil, o si estamos hablando de una derivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Lo esencial es reparar cuando se produce un menoscabo de los fondos públicos.

El Tribunal Constitucional también indica que lo que el Tribunal de Cuentas viene a realizar es la aplicación de la norma jurídica al acto contable; enjuiciando, resolviendo, condenando o absolviendo, dependiendo de los casos, y ejecutando lo que resuelve.

Cuando estamos hablando de ese enjuiciamiento, de esa responsabilidad contable, como toda responsabilidad, tiene una serie de presupuestos generales, totalmente conectados con la responsabilidad civil como tal, como es una acción u omisión realizada por un sujeto. Con ello se refiere no solo a una autoridad pública -no sólo a funcionarios públicos- también a particulares y, sobre todo, también a aquellos que reciben o son perceptores de subvenciones públicas.

Una acción u omisión, respecto de los caudales o de los fondos públicos. En ese acto de acción u omisión lo que se produce es una vulneración de una norma. El enjuiciamiento contable, que ejerce el Tribunal de Cuentas, está referido a la norma contable presupuestaria. Y esto es lo que nos va a dar algún que otro quebradero de cabeza. Norma presupuestaria, norma contable específica para cuando se genere un menoscabo de los fondos públicos que se va a derivar de la cuenta que este sujeto -del que estamos hablando- tenga que remitir, el que tenga la recaudación, administración, gestión, disposición de los fondos públicos, sobre todo el poder de dirección de esos fondos públicos.

En ese acto de acción u omisión se va a exigir una culpa grave, un dolo. La diligencia en la gestión, utilización, disposición de los fondos públicos va a ser también fundamental, así como, una relación de causalidad. Esta, que puede ser la causa eficiente y la adecuada, hay que identificarla, demostrarla e intentar salvar aquellas causas de ruptura que se puedan presentar a lo largo del enjuiciamiento.

Lo fundamental de la responsabilidad contable, en el enjuiciamiento de reintegro, van a ser los supuestos que se nos van a presentar. El Tribunal de Cuentas se dedica, fundamentalmente, a enjuiciar ese acto contable; pero, normalmente, los supuestos que resuelve son en relación a la responsabilidad por alcance, por alcance y malversación, como aparece en el artículo 72 de la Ley de Funcionamiento.

A lo largo de los últimos años, el Tribunal de Cuentas ha hecho una interpretación -hasta cierto punto expansiva- del término alcance. ¿Y qué se entiende por alcance?, el saldo negativo injustificado de una determinada cuenta que se debe rendir.

Decía que nos vamos a encontrar con una interpretación de ese alcance, hasta cierto punto expansiva desde un punto de vista temporal, porque sabemos que la interpretación de la prescripción, de la interrupción de esa prescripción, el Tribunal de Cuentas entiende que se interrumpe con el mero comienzo de una actividad fiscalizadora en el órgano del que estemos hablando.

No hace falta, como sí requiere la legislación tributaria y la sancionadora, una notificación personal, específica al sujeto al que posteriormente se le va a terminar imputando esa posible responsabilidad. Por tanto, ahí ya hay un cierto ámbito expansivo. También lo hay desde un punto de vista funcional. Me refiero, fundamentalmente, a aquellos supuestos en los que se está hablando del pago realizado y del servicio prestado. Esto significa que se investiga,

también, la proporcionalidad y la congruencia entre el pago que se realiza y el servicio que se presta.

Hay dos casos que creo que son paradigmáticos en este tema, el de las minutas de Marbella y otro más reciente, el de un ayuntamiento de Vitoria; y donde las soluciones son distintas. En el primero se entiende que hay una responsabilidad por alcance, mientras que en el segundo no.

Respecto al de Marbella -que todo el mundo conoce- se trataba de unas minutas totalmente desproporcionadas. En el de Vitoria, el tema estaba relacionado con unos alquileres donde el contrato planteaba un incremento de la renta de hasta siete y, en algún año, nueve puntos por encima del IPC. En este caso se intentó la responsabilidad por alcance de quienes tenían disposición de esos fondos públicos y en un caso se admitió, y en otro no.

En esta última sentencia, de 14 de diciembre de 2016, del Ayuntamiento de Vitoria se hizo un pequeño desglose de lo que era necesario para que efectivamente existiera esa posible imputación, esa responsabilidad por alcance.

Se dijo, sólo en dos casos, que si en la relación entre ese pago y servicio prestado, el pago fue tan desproporcionado, llegaríamos a la conclusión de que no se había realizado ni siquiera el servicio. Y en segundo lugar que se hubiera infringido una norma establecida o, incluso, las cláusulas contractuales del contrato en cuestión.

Traigo a colación esto porque hay votos particulares en esta sentencia por eso creo que la cosa no tiene que estar tan clara.

Cuando hablábamos del Ayuntamiento de Vitoria se habló de una oportunidad en la decisión económica y financiera del Ayuntamiento, y no se entendió que había una responsabilidad por alcance porque no se entendía que hubiera desproporción entre el pago realizado y el servicio prestado. El voto particular de esa sentencia indicaba que la legislación de los contratos públicos no permite pactar cláusulas contractuales al margen de la norma jurídica, pero tampoco lo permite al margen de los principios de la buena administración, y no cabe duda, de que, en ese caso, esa buena administración brillaba por su ausencia.

En esto tenemos, también, un nuevo marco de expansión del Tribunal de Cuentas en ese supuesto de los pagos y de los servicios prestados.

También se ha extendido, en el ámbito subjetivo, cuando hablamos de a quien se le puede imputar esa responsabilidad contable, el gestor de fondos públicos. Ya hemos dicho que un particular también puede ser sujeto responsable, así como, el perceptor de las subvenciones públicas. Lo fundamental es que tenga el manejo y el poder de disposición.

Asimismo, se produce una expansión del Tribunal de Cuentas en relación a los pagos indebidos porque se entendió que una orden de pago que esté soportada en un título irregular, un título incluso inexistente, va a generar una responsabilidad por alcance, independientemente de lo que vulnere sea una norma contable o una presupuestaria.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a acotar todo este ámbito de actuación del Tribunal de Cuentas. Fundamentalmente con dos sentencias, de enero y diciembre del 2012, en las que establece una serie de puntualizaciones, y nos dice que el pago indebido y el alcance son dos cosas totalmente distintas.

El alcance está perfectamente definido en el artículo 72 de la Ley de Funcionamiento: un saldo negativo injustificado. Mientras que el pago indebido no se corresponde con una obligación previamente contraída. También nos dice, en relación al pago indebido, que hay que tener cuidado porque si la vulneración no es de una norma contable presupuestaria, se requerirá, de forma previa, la resolución del contencioso administrativo.

Ese es el problema que tiene el enjuiciamiento contable, que existen zonas en las que las competencias del Tribunal de Cuentas y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se solapan.

No lleven a cabo ninguna resolución relativa a estos pagos indebidos, si de lo que estamos hablando es de declarar irregular un acto administrativo que no derive de esa normativa contable y presupuestaria, porque necesitaremos que sea un órgano jurisdiccional quien lo diga previamente.

No estaría demás proponer que, en algún momento, se reforme esta circunstancia o que, de alguna forma, al Tribunal de Cuentas se le permita solicitar al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, a través de un procedimiento rápido o un sumario, que resuelva la irregularidad de este título, de forma rápida, para poder avanzar. Esta podría ser una solución.

Pero el Tribunal Supremo parte de esta distinción, en función de las competencias, entre el órgano colegiado y su Presidente. Aquí ya encontramos una serie de restricciones a la posible actuación del Tribunal de Cuentas. Dice:

las competencias pueden corresponder al Pleno (en referencia al caso del Ayuntamiento del 2012) siendo éste, el que luego pueda llevar a cabo la ejecución del acto.

Ese acto puede ser irregular; pero, en Derecho Administrativo, si la competencia corresponde a un determinado órgano, no se puede arrogar a otro. Y, si no se puede arrogar la competencia, cualquier tipo de actuación en relación a ese acto tampoco puede generar responsabilidad.

Esto ha abierto un campo de actuación en ayuntamientos donde si el Presidente no es, hasta cierto punto, una persona íntegra, que a través de esa posible maniobra de que sean los órganos colegiados los que sean competentes, queda un campo de actuación ciertamente amplio donde se puede actuar con total impunidad, que es lo que ha ocurrido.

Sobre la posible solución a este tema, ya se ha planteado en algún escrito al decir que el artículo 77 de la Ley General Presupuestaria nos puede ser útil en relación a la restricción que ha provocado la sentencia del Tribunal Supremo. En este artículo se hace referencia al pago indebido y demás reintegros; y se ha dicho porque no son lo mismo los pagos indebidos y los reintegros.

Cuando la Ley habla de pagos indebidos, los conecta con el error material de alguien que no tiene derecho a recibir ese pago. Por tanto, no está diciendo que hay un reintegro de esos pagos indebidos, que conecta directamente con el error material o el de hecho, y que hay otra serie de pagos indebidos que están sustentados en títulos irregulares o sospechosos –porque pueda existir un informe en contra del interventor o del secretario del respectivo ayuntamiento– sobre esa irregularidad.

Cuando eso ocurre podemos plantearnos la posibilidad de que se ponga en marcha la revisión de oficio que tiene que promover el órgano que ha dictado el acto.

Pero a nadie se le escapa que a quien nos estamos refiriendo, fundamentalmente en el caso de estos órganos colegiados en estos ayuntamientos, es al que dirige ese órgano y plantea el orden del día de la sesión. Es decir, al presidente del órgano colegido que no actúa con la diligencia exigida a alguien que, como él, maneja, dispone, custodia, administra los fondos públicos.

No vamos a juzgar, a hacer ningún tipo de enjuiciamiento sobre un acto que no ha vulnerado una normativa contable presupuestaria, como nos dice el Tribunal

Supremo; sino que, sencillamente, vamos a intentar ver la responsabilidad contable por alcance que se le puede imputar a alguien que no ha actuado de forma diligente. Se va a juzgar la diligencia de ese presidente, de ese director del órgano colegiado. Quizá ante la pasividad de ese tipo de actuaciones sea posible llevar a cabo una ampliación del campo de actuación del Tribunal de Cuentas, con la sentencia del Tribunal Supremo, como hemos visto.

En el título de la ponencia se hablaba también de la posible transmisión de la responsabilidad contable. Esto, en mi opinión, no plantea excesivos problemas a esa posible transmisión de la responsabilidad contable. Estamos hablando de la sucesión hereditaria de esa responsabilidad de la deuda ya declarada en una sentencia o resolución firme por el Tribunal de Cuentas.

El ámbito patrimonial será hasta donde alcancen los bienes heredados. El único problema que puede haber es lo que se conoce como la *interpellation in iure* del artículo 1005 del Código Civil: requerir a aquellos que son los herederos si van a aceptar o no la herencia. El problema se produce cuando el procedimiento ya está en marcha y se produce el fallecimiento del sujeto, se transmite también esa responsabilidad o no.

Al principio el Tribunal de Cuentas parece que así lo entendía, que esa responsabilidad se va a transmitir; pero en las últimas resoluciones no es así. Creo que sería más simple aplicar supletoriamente los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Enjuiciamiento Criminal. En el artículo 115 de la Ley Enjuiciamiento Criminal se habla de cuando fallece el sujeto al cual se está haciendo responsable de una acción delictiva exclusivamente, y se dice como se tiene que actuar para que esa responsabilidad pase a los herederos.

Quiero hablar de dos tipos de responsabilidades, la directa, como dice la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, y la subsidiaria. La primera, mencionada en el art. 42 de la Ley Orgánica, es solidaria y afecta a todos los daños; la segunda, por su parte, exclusivamente hace frente a los daños que sean consecuencia directa del sujeto que actúa, al que ha ocasionado ese posible daño, es mancomunada e incluso se puede modular. El problema surge cuando hay que distinguir entre el responsable directo y el subsidiario. Aquí nos encontramos con distintas posibilidades, que si el dolo o la culpa grave se la señalamos al responsable subsidiario o si lo importante es la relevancia que ha tenido en la actuación.

Recientemente, ha habido una sentencia del Tribunal de Cuentas -del 14 de diciembre del 2016- sobre el Ayuntamiento de San Fernando en Cádiz en la que

se ha declarado la responsabilidad directa del cajero y de un administrativo, contratado laboral, que también hacía las funciones de cajero, hablamos de 8 millones de euros.

Al interventor, al secretario, al tesorero y al alcalde los han declarado responsables subsidiarios a todos. Estos son los casos, como estamos hablando en estas jornadas, de corrupción política que preocupan al ciudadano: que los únicos responsables hayan sido el cajero y el administrativo; que nadie se hubiera percatado de ello: ni el tesorero, ni el interventor, ni el alcalde... Indudablemente esto nos está indicando que algo no funciona bien.

Las competencias no estarán bien diseñadas, o no estarán bien delimitadas; pero, lógicamente, el Tribunal de Cuentas debería tener otro campo de actuación que le permitiera enjuiciar de otra forma este tipo de casos.

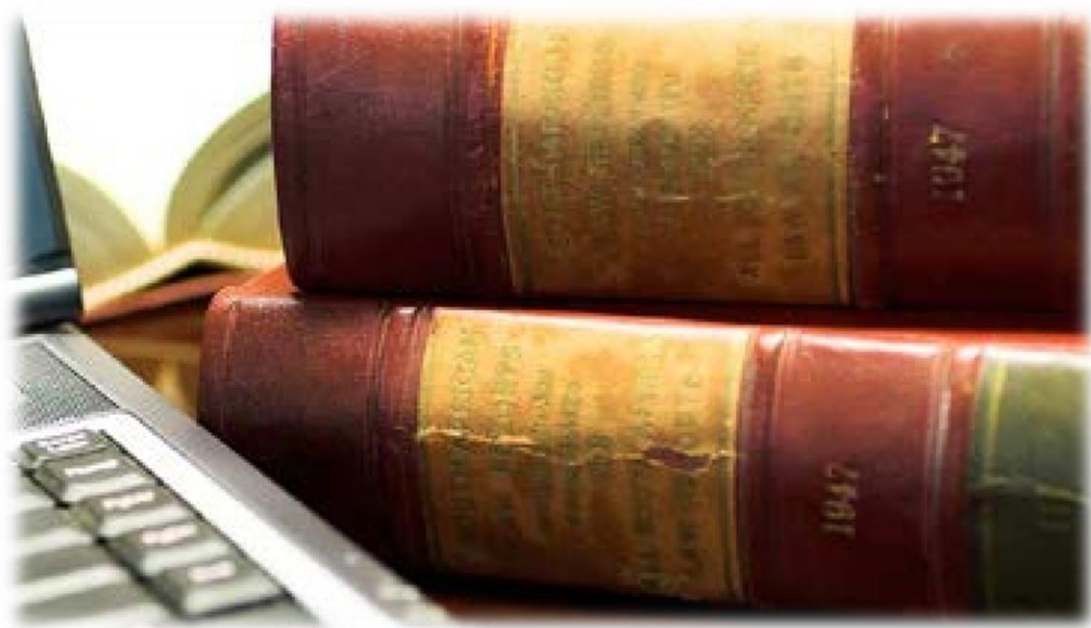
En cuanto a cómo creo yo que habría que hacerlo. Pues, como antes señalábamos, cuando nos encontremos con la vulneración de una norma que no es contable presupuestaria, que me diga el contencioso-administrativo si es válido, que me diga si se puede continuar con el proceso y que se me permita, también, esa revisión de juzgar, a través de la negligencia, al presidente del órgano la falta de diligencia, la pasividad ante ese tipo de situaciones, que se puedan suspender determinados tipos de actos sospechosos o irregulares, la profesionalidad de los que actúan en todos estos procedimientos (la alienación de los cargos de libre designación).

En el caso de San Fernando se ve claramente como han ido pasando los interventores, tres, que iban cambiando a medida que iba cambiando el color del ayuntamiento, y los tesoreros también.

A lo mejor habría que revitalizar el antiguo 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, ahora 36 de la Ley de Sector Público de la responsabilidad patrimonial de aquellos que actúan al servicio de la Administración, a lo mejor con esa revitalización de ese artículo esta situación cambie.

Habría que redefinir el enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, la competencia que tiene, y que creo que es tan limitada a esa vulneración de una normativa contable presupuestaria, y esos compartimentos que a veces se tocan entre el contencioso-administrativo y el enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas es lo que deberíamos aclarar

**SEGUNDA JORNADA:
LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS**



SEGUNDA JORNADA: LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Relaciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales.

Javier Medina Guijarro. Presidente de la Sección de Fiscalización y Consejero del Departamento Financiero y de Fundaciones y otros Entes Estatales.
Tribunal de Cuentas.

La fiscalización de la crisis financiera y los procedimientos de supervisión.

Juan Carlos López López. Director y Subdirector Técnico del Dpto. Financiero y de Fundaciones y otros Entes Estatales, respectivamente.
Tribunal de Cuentas.

Hitos y retos en el ejercicio de la función fiscalizadora.

M^a del Carmen Moral Moral. Subdirectora Técnica de la Presidencia de la Sección de Fiscalización.
Tribunal de Cuentas.

El procedimiento fiscalizador y su relación con el enjuiciamiento contable.

José Antonio Pajares Giménez. Vocal Asesor de la Presidencia de la Sección de Fiscalización.
Tribunal Supremo.

Función fiscalizadora, fraude y corrupción.

Enrique Álvarez Tolcheff. Director Técnico de la Presidencia de la Sección de Fiscalización.
Tribunal de Cuentas.

RELACIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS CON LAS CORTES GENERALES

Javier Medina Guijarro

*Presidente de la Sección de Fiscalización y Consejero del Dpto. Financiero y de
Fundaciones y otros Entes Estatales
Tribunal de Cuentas*

Quiero en primer lugar, agradecer a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, *mater et magistra* desde 1945, en la persona de su Rector Magnífico D. César Nombela Cano, que dentro de los Cursos que tanto prestigio han adquirido, se hayan incluido estos Encuentros sobre nuestra Institución Nacional de Control en su lucha contra la corrupción, en estos tiempos en los que la transparencia es el mejor remedio para recuperar la confianza y credibilidad en nuestras instituciones públicas.

Asimismo, manifestar mi gratitud y felicitación al Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano, que como Director de los Encuentros ha preparado un programa tan sugestivo, con una selección de temas que apuntan al análisis y perfeccionamiento de las distintas funciones de control del sector público. Sin olvidarme del Coordinador Sr. Alonso Nuñez y, por supuesto, a todos los asistentes y participantes.

1. INTRODUCCIÓN. MISIÓN DE LOS TRIBUNALES DE CUENTAS. COLABORACIÓN EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: OPCIONES Y PROPUESTAS DE FUTURO

Nuestro mundo está cambiando en varias direcciones que, incluso, hace poco tiempo hubieran sido inimaginables. Los procesos de democratización están cayendo sorpresivamente en autoritarismos de nuevo cuño, el deseo de globalización está desapareciendo y, más cercano, el proceso de integración europea presenta claras incertidumbres. Y también podemos añadir otro fenómeno que considero de interés actual, como es el cambio que en el mundo de la comunicación, está produciéndose con las nuevas tecnologías que nos permiten hablar del significado de esa palabra tan de moda hoy como es la ‘posverdad’. Y de todas estas transformaciones, la que genera mayor preocupación en la mayoría de las democracias avanzadas es la aparición de partidos populistas. Y si hago esta introducción al tema que me corresponde -que muchos pueden considerar un exordio injustificado- es porque, a diferencia de lo que parece con ello defenderse, esto es, una nueva y original conexión entre gobernantes y gobernados, el populismo supone, a mi juicio, una amenaza para las Instituciones centrales de las democracias y, en particular, las que tienen por objeto el control del poder, como es el caso de los Tribunales de Cuentas.

En efecto, la descripción que se hace de nuestra Institución, en muchas

ocasiones con tintes exageradamente dramáticos, destacando de forma injusta nuestra inutilidad o ineficacia en la lucha contra la corrupción, el nepotismo, la permanente tardanza y el retraso de nuestros Informes, la intrascendencia de nuestras recomendaciones, nuestra falta de independencia, etc., son todas ellas críticas impregnadas de negatividad que encajan perfectamente en las raíces del populismo que busca un brusco cambio institucional como única salida para revertir la actual situación emocional de quienes se sienten indignados o manipulados por las élites o ven debilitarse su modo de vida por causas distintas o, en definitiva, por la frustración derivada de no ver cumplidas sus expectativas.

La tesis central es que las Instituciones fallan cuando entre la ciudadanía se extiende la desconfianza hacia las mismas y, en este sentido, como ya he tenido ocasión de proclamar en otros foros y reitero ahora, los miembros de estas Instituciones tenemos como primera obligación la de restablecer la confianza en estas, ya que es el elemento determinante de nuestra legitimidad social.

Las Instituciones representan, como señala HAURIUO (el padre de la corriente institucionalista del derecho) la categoría de la duración y de la continuidad, de manera que preservarlas -reformándolas en todo lo que sea necesario pero sin destruirlas- constituye una tarea colectiva de todos, pues la mejor garantía de la eficacia del buen gobierno es la existencia de un conjunto de Instituciones fuertes, con medios suficientes para poder cumplir la misión para la que fueron creadas. Debemos, por tanto, demandar de las Instituciones que cumplan fielmente la misión que tienen encomendada. Ni más, ni menos; y no se les puede pedir que persigan objetivos que no les son propios.

En este sentido somos el órgano supremo de control externo del gasto público español y, como tal, nuestra misión, de acuerdo con la Constitución Española (en adelante CE) y con el resto del Ordenamiento jurídico, es verificar el sometimiento de la gestión económico-financiera pública a la legalidad y a los principios que informan el gasto público (art. 31.2 de la CE) a los que hay que añadir, la transparencia, la sostenibilidad y la igualdad de género e informar de ello a las Cortes Generales, recomendando mejoras de la gestión y, por qué no, vigilando el cumplimiento de nuestras Recomendaciones. Y todo ello, sin perjuicio de nuestra jurisdicción bien que circunscrita a los límites legalmente establecidos para evitar invasión indebida en el contenido de otros órdenes jurisdiccionales.

Pero nuestro Tribunal -ni ninguno de nuestro entorno europeo- no está concebido para ser una Institución cuya misión principal sea luchar contra la corrupción. Pero no por ello podemos estar totalmente ajenos en la lucha contra este azote, por el contrario debemos colaborar, aunque no sea nuestra función nuclear, y no lo es porque ni la Constitución, ni nuestras Leyes nos han configurado para serlo. Baste, para comprobarlo, un ligero repaso a las funciones, objetivos, medios y poderes que la Ley nos otorga.

Cada país tiene una forma de corrupción definida por su propio ADN. En nuestro caso, ha estado vinculada a actividades relacionadas con el mundo inmobiliario (suelo, construcción y obras públicas) y en estos sectores hemos conocido casos en los que ha habido apropiación de rentas generadas a través de comisiones y relaciones privilegiadas con las Administraciones Públicas. Hoy, es cierto que, aparecen nuevos escenarios en los que ocupa un lugar de actualidad la financiación de nuestros partidos políticos, cuya fiscalización, por cierto, corresponde legalmente a nuestro Tribunal, aunque no sea así en otros Tribunales de Cuentas de nuestro entorno (no cuenta con esta competencia ningún Tribunal de Cuentas, salvo los casos de Finlandia, Italia e Israel), lo cual además es una excepción al ámbito propio que la Constitución nos atribuye, pues se nos reconoce como el “*supremo órgano fiscalizador del sector público*” y es claro que los partidos no forman parte del mismo, sino que es de sobra conocida su naturaleza como “*asociaciones privadas*” que cumplen, eso sí, una función pública transcendental en nuestro sistema democrático como es la de ser los instrumentos de representación política y de formación de la voluntad popular.

Quiero decir, a modo de resumen, que el Tribunal de Cuentas está concebido como órgano de control público, mientras que la corrupción no es pública exclusivamente, sino que es un fenómeno que atañe a las zonas de confluencia de lo público y de lo privado. Y es justo reconocer que si ya nuestros limitados poderes de investigación están circunscritos al ámbito público de nuestras competencias, son inexistentes en el ámbito privado, careciendo, además, de potestades represivas.

Pero hay más, somos un órgano de control *ex post* y, por tanto, nuestra actuación tiene lugar una vez que se ha producido la actividad económico-financiera. De tal modo que nuestras recomendaciones, si son tenidas en cuenta por los Parlamentos y por los gestores, pueden servir de futuro para impedir o para dificultar la repetición de las incorrecciones

de carácter económico-financiero respecto del área fiscalizada, pero no van a servir para atajar los hechos de corrupción antes de que se produzcan, pues carecemos de facultad alguna de prevención o de investigación sobre hechos concomitantes de la actividad irregular y, menos aún, de represión. Si me permiten la comparación, *“nuestro Tribunal vendría a ser el cirujano que intenta remediar algo del daño ya hecho: la decencia pública no la garantiza el Tribunal, en la misma medida en que la salud pública no depende de los cirujanos”*.

Se hace preciso, para hacer más efectiva nuestra colaboración en la lucha contra la corrupción, contar con competencias que nos faculden para prevenir la corrupción de antemano -competencias que actualmente carecemos-, pero si la sociedad nos demanda el cumplimiento de esta nueva misión, habrá de dotarnos de los instrumentos legales, materiales y humanos necesarios para ello. En este sentido, conviene tener en cuenta lo que pasa a nuestro alrededor, especialmente en el ámbito autonómico. En efecto, en los últimos tiempos se están dotando a algunos Órganos de Control Externo de nuevas competencias en materia de prevención de la corrupción y, al tiempo, están apareciendo agencias especializadas anti-corrupción con múltiples competencias que van, desde la persecución de los delitos a la realización de análisis técnicos y tareas de prevención.

Así, hasta ahora, encontramos a Galicia con la Ley 8/2015, de 7 de agosto¹, que atribuyó al Consejo de Cuentas competencias en materia de

¹ Ley 8/2015, de 7 de agosto, de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, para la prevención de la corrupción. «Artículo 5 bis. Prevención de la corrupción. El Consejo de Cuentas desempeña las siguientes competencias en materia de prevención de la corrupción: a) Colaborar con las administraciones sujetas al ámbito de actuación del Consejo de Cuentas y hacerles propuestas en la elaboración de códigos de conducta y manuales internos de gestión de riesgos que permitan garantizar el comportamiento ético de los gestores públicos. b) Solicitar información a las administraciones relativas a sus sistemas de prevención de la corrupción, comprobando el adecuado diseño e implantación de las políticas de integridad y proponiendo mejoras que garanticen la transparencia y reduzcan las oportunidades de fraude. En este sentido, deberá evaluar de manera sistemática los planes de prevención de riesgo de la corrupción que realicen las instituciones y entes del sector público de la Comunidad Autónoma, en los cuales habrán de analizar las actividades en las que se constate una mayor incidencia de riesgo. c) Asesorar al Parlamento, la Administración autonómica y las administraciones sujetas al ámbito de actuación del Consejo de Cuentas sobre los instrumentos normativos o internos de prevención y represión de la corrupción. d) Fomentar la conciencia y participación ciudadana a favor de la transparencia y el comportamiento ético en el sector público e impulsar dentro del sector privado el establecimiento de mecanismos de autorregulación a fin de evitar prácticas irregulares, en particular en las empresas licitadoras y adjudicatarias de

prevención de la corrupción. Por su parte, Canarias ha publicado recientemente, en 28 de abril de 2017, una proposición de Ley de modificación de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, que atribuye a la Audiencia de Cuentas de Canarias una competencia muy específica como es la de “prevenir la corrupción en el ámbito del sector público autonómico”.

Junto a estos casos, encontramos otras Comunidades Autónomas que ya han creado agencias específicas en su organización con el objetivo de combatir la corrupción con independencia del correspondiente órgano de control externo. Son los casos de *Cataluña*, con la Oficina Antifraude²; la *Comunidad Valenciana* con la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción³; *Islas Baleares*, con la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción⁴; y, finalmente, *Asturias*, *Navarra* y *Andalucía*, están ultimando la creación de una Oficina Antifraude en estas Comunidades.

En fin, es preciso reflexionar sobre el tema y decidir que, no siendo los actuales Órganos de Control Externo organismos cuya misión principal sea la lucha y combate de la corrupción, cuál es el modelo que puede resultar más conveniente, más útil, más eficaz y efectivo para colaborar en esta lucha: bien dotar a los actuales Órganos de Control Externo de una ampliación de funciones que les permita evaluar los planes de prevención de riesgos de la corrupción establecidos por las propias Instituciones públicas (en este sentido, es un buen punto de partida la recién aprobada ISSAI 5700-*Directiva para la Auditoría de Prevención de la Corrupción*); o bien la creación de estas nuevas agencias anticorrupción, cuyas competencias están rozando, por lo menos, las de otras Instituciones paralelas, entre ellas las de los Tribunales de Cuentas. En tal caso, si se opta por esta última vía, es preciso afinar la coordinación de sus competencias para evitar disfuncionalidades.

En definitiva, mi opinión, pasa por fortalecer las actuales Instituciones antes que sustituirlas o crear otras nuevas por lo que me decanto por el modelo gallego, de atribuir al actual Tribunal competencias en materia de prevención de la corrupción, que permitan evaluar los programas y

contratos, concesionarias de servicios públicos y beneficiarias de subvenciones y ayudas públicas».

² Ley 7/2009, de 13 de mayo, de modificación de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña.

³ Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la corrupción de la Comunitat Valenciana.

⁴ Ley 16/2016, de 9 de diciembre.

códigos de cumplimiento público -utilizando el término anglosajón *compliance*-, entendido como el conjunto de políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una organización, incluidos sus directivos y empleados, cumplen con el marco normativo aplicable, en el que no sólo están las normas legales, sino también los compromisos y códigos éticos de la organización. En mi opinión, éste debe ser el futuro próximo, el cual requiere no solo cambios en tal sentido en nuestra legislación, sino también incrementar la formación de nuestro personal, de manera que permita incluir en nuestros trabajos fiscalizadores el análisis y evaluación de las medidas preventivas puestas en marcha por las instituciones públicas, en la línea expuesta en la referida ISSAI 5700-Directriz para la Auditoría de la Prevención de la Corrupción.

2. LA INDEPENDENCIA COMO REQUISITO ESENCIAL DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO

El cumplimiento de nuestra misión requiere como requisito esencial la nota de la independencia. En el contexto internacional, la ONU se ha ocupado de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (en adelante EFS) en la Resolución 66/209, de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2011; Resolución que se ha visto reafirmada y completada por la Resolución 69/228, de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2014. La ONU reconoce igualmente que:

“Las EFS solo pueden desempeñar sus tareas de forma objetiva y eficaz si son independientes de la entidad auditada y están protegidas de toda influencia externa”.

En definitiva, el pilar necesario para que las EFS desplieguen todo su potencial es la independencia, como viene afirmando la INTOSAI desde la Declaración de Lima, (ISSAI 1), y la Declaración de México sobre la independencia de las EFS (ISSAI 10).

La independencia en nuestro ámbito implica, básicamente, la existencia de un marco constitucional y legal apropiado y eficaz, que garantice la inamovilidad en el cargo y la inmunidad en el ejercicio de las funciones; el derecho de acceso sin cortapisas a la información necesaria para el cumplimiento de las tareas; la libertad de decidir el contenido y el momento de realización de los informes; la existencia de mecanismos apropiados para el seguimiento de los resultados y las recomendaciones

de los informes de fiscalización; y la autonomía y la suficiencia de recursos humanos, materiales y financieros.

Asimismo, la independencia del órgano de control tiene como presupuesto ineludible la de sus miembros y estos han de saber que no pueden solicitar ni aceptar órdenes, instrucciones o sugerencias de ningún órgano o autoridad y comprometiéndose, solemnemente, en el momento de asumir sus funciones, a respetar las obligaciones derivadas de su cargo y, en especial, los deberes de dignidad, honestidad, discreción e imparcialidad.

En todo caso, hay que señalar que la independencia es un principio rector del poder democrático que se traslada a los titulares de las Instituciones y se traduce intelectualmente en la libertad de criterio que, parafraseando el verso de QUEVEDO, consiste *“en la libertad de decir lo que se siente, sin tener que sentir lo que se dice, decidiendo sin miedo a las consecuencias”*. Dicho de otro modo, es la libertad del titular del órgano, de pensar por sí mismo, con el riesgo asumido de equivocarse en soledad sin ayuda alguna en el ámbito de su intimidad.

Lo expresaba con clarividencia el Juez del Tribunal Supremo americano FÉLIX FRANKFURTER (319/US.624, 1943) al decir que *“los jueces no somos ni judíos, ni católicos, ni agnósticos, todos debemos a la Constitución -y a la Ley, añado yo- el mismo respeto y nuestros deberes nos obligan en la misma medida. Cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una Ley”*.

3. LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sobre esta base, debemos preguntarnos sobre la independencia de nuestro Tribunal de Cuentas y, en particular, si nuestro Tribunal de Cuentas está configurado en nuestro Ordenamiento jurídico como un órgano independiente y, asimismo, si sus miembros tienen un estatuto legal que les garantiza el ejercicio independiente de sus funciones, sin perjuicio, claro está, de otras medidas adicionales que pudieran adoptarse para fortalecer la independencia o, mejor, para mitigar la eventual influencia política que los partidos puedan ejercer sobre los mismos (en la versión escrita me refiero precisamente a algunas de estas propuestas de futuro). Pero lo que interesa analizar si nuestro

Ordenamiento jurídico configura a nuestro Tribunal de Cuentas y a sus miembros con un estatuto básico de independencia que le permita el ejercicio cabal de sus funciones.

Pues bien, ya en el punto primero del art. 136 se define al Tribunal de Cuentas como el “*supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado*”. La configuración del Tribunal como órgano “supremo” lleva implícita la idea de independencia, pues es difícil concebir la supremacía de un órgano y al tiempo hacerle depender de otro órgano o poder, ya que dependencia supone en sentido jurídico, relación de jerarquía.

Según la Real Academia Española (RAE) “*supremo*”, en su segunda acepción, significa “*que no tiene superior en su línea*” y “*dependencia*” sí implica “*subordinación a otro poder*”. Así también, desde el punto de vista lingüístico, es muy difícil calificar a un órgano como supremo y a la vez dependiente de otro. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reafirmado el carácter “*supremo*” del Tribunal de Cuentas cuando lleva a cabo su función constitucional de fiscalización, subrayando de este modo su independencia (STC 18/91, de 31 de enero). En relación con la función jurisdiccional, no cabe discusión seria sobre la independencia del Tribunal de Cuentas, cuando tanto el Tribunal Constitucional como la jurisprudencia constante y reiterada del Tribunal Supremo -tantas que es innecesaria la cita- vienen reconociendo su jurisdicción propia, plena, exclusiva e improrrogable, tanto expresamente, como tácitamente por vía de la admisión de los numerosos recursos de casación que se interponen y resuelven contra las resoluciones dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en los casos previstos en la Ley.

Por lo demás, el propio art. 136 de la CE añade, en relación con la independencia, dos menciones dignas de ser objeto de estudio. De un lado, dice en su número 1, párrafo 2º, que “*depende directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General*”⁵.

⁵ La dependencia directa de las Cortes Generales del art. 1.2 fue introducida en el Dictamen de la Comisión y se mantuvo sin modificaciones hasta el final de la tramitación del Proyecto, aunque dos enmiendas intentaron su modificación. La primera presentada por el Grupo comunista, que quería añadir un inciso en el que se dijera que “*el Tribunal de Cuentas ejercerá con carácter privativo dos funciones independientes entre sí: función fiscalizadora y función jurisdiccional*”. La otra enmienda fue presentada en el Senado por el Sr. Ramallo, que quería que el art. 1.2 dijera que “*es único en su orden, dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones con plena independencia de cualquier otro organismo o institución y con total sometimiento al ordenamiento*”.

De otro, en el apartado 3 del mismo artículo, se afirma que: *“los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e imparcialidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces”*.

La primera mención es, sin duda, la más polémica y es la que ha originado la discusión sobre la configuración de nuestro Tribunal como órgano independiente o dependiente del parlamento, aunque con independencia funcional. Sin duda, la solución que demos a esta cuestión condiciona el modo en que hayamos de tratar las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y las Cortes Generales.

En mi opinión, la Constitución de 1978, con la expresión *“depende directamente”* y teniendo en cuenta su naturaleza de órgano de relevancia constitucional, considera al Tribunal de Cuentas no tanto como un órgano de las Cortes Generales, sino como una institución situada en el ámbito parlamentario, pero sin que tal *“dependencia”* deba ser entendida de forma literal, pues si así fuera chocaría frontalmente con el carácter *“supremo”* que reconoce la propia Constitución.

Hoy es pacífico sostener que somos un *“órgano de relevancia constitucional”* (utilizando la distinción de M. García Pelayo, hecha en el Nº 1 de la Revista Española de Derecho Constitucional de 1981 sobre *“El status del Tribunal Constitucional”* y que ha sido seguida por múltiples autores) de apoyo técnico económico-financiero a las Cortes Generales en el ejercicio de su función propia del control político del Gobierno, y quiero destacar el carácter *“técnico”* de nuestra función de control, como así recalcó la STS de 18 de octubre de 1986 (FJ6º) al decir que *“la función fiscalizadora es una actividad técnica previa a la función política de las Cortes”*.

No somos, por tanto, un órgano parlamentario, sin perjuicio de que existan lazos de unión entre ambas Instituciones, como son básicamente:

- A. Las Cortes Generales tienen iniciativa en el procedimiento fiscalizador que comparte con el propio Tribunal de Cuentas y con

jurídico”. Quería consignar en este artículo las características fundamentales de la institución, desde luego no funcionales, según su autor, tales como su especial idiosincrasia, su dependencia orgánica de las Cortes y su independencia funcional. Así vemos, pues, que nuestro modelo responde a la voluntad del legislador constituyente de vincular el Tribunal de Cuentas al Parlamento como garantía de su independencia del poder ejecutivo.

las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 45 de la LOTCu.), lo cual no significa que el Tribunal tenga que sujetarse a los mandatos de las Cortes Generales, en este sentido.

- B.** El destinatario natural de los resultados de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas es el Parlamento. Solo el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado se lleva a cabo por delegación de ellas y, por eso, es el único resultado de la función fiscalizadora que requiere la aprobación de las Cortes Generales. El resto de nuestros Informes, Memorias, Mociones o Notas, se aprueban por el Tribunal y se remiten a las Cortes Generales como actividad técnica que les auxilia en su función de control político.
- C.** El procedimiento de elección de los miembros del Tribunal se lleva a cabo por las Cortes Generales, 6 por el Congreso de los Diputados y 6 por el Senado, por mayoría de los 3/5 de las Cámaras, por un periodo de 9 años; y el de cese, la renuncia exige la aceptación de las Cortes Generales y, en otros casos, se precisa un expediente contradictorio que resuelve la Cámara designataria del miembro respectivo. Todo lo cual no significa relación alguna de dependencia entre ambas Instituciones. Por el contrario, tales procedimientos de elección y de cese tienen por finalidad reforzar la legitimidad democrática de los miembros de la Institución.
- D.** Y por último, dada nuestra configuración como órgano de relevancia constitucional, el Tribunal plantea los conflictos que afectan a sus competencias o atribuciones a través de las Cortes Generales, como medio para reafirmar su independencia frente al poder ejecutivo (art. 3.p. de la LFTCu., en relación con los arts. 59 y ss. de la LOTCu.).

En fin, los citados lazos de unión entre ambas Instituciones sitúan al Tribunal de Cuentas en la órbita parlamentaria, pero ello no significa que exista una relación de dependencia con las propias Cortes Generales.

Las distintas funciones que corresponden a las Cortes Generales (control político) y al Tribunal de Cuentas (apoyo técnico que fundamenta y dota de verdadero contenido y significado a aquel control político) quedan plasmadas abiertamente en la Exposición de Motivos de la LOTCu.:

“...su vinculación a las Cortes Generales y su naturaleza le exigen, por una parte, que respete de modo absoluto la esfera política que

es propia del Congreso de los Diputados y del Senado y, de otra, que los dictámenes que emita se caractericen por su solvencia técnica, con objeto de que ilustren el juicio de ambas en las decisiones que éstas hayan de adoptar en ejercicio de las competencias que la Constitución les atribuye”.

Sin duda, el problema que plantea la dicción literal del art. 136.1 de la CE, es como debe entenderse entonces esta “*dependencia*”. Es evidente que el término está referido exclusivamente al Tribunal en el ejercicio de su función fiscalizadora y no a la jurisdiccional por su propia naturaleza.

En mi opinión, estamos ante dos órganos con competencias o funciones propias, pero interconexas y, por tanto, llamados por razón de la propia naturaleza de las misiones que constitucionalmente están llamados a realizar, a relacionarse, sin que exista dependencia de uno sobre otro, más allá de los lazos de unión a los que antes me he referido y que en nada condicionan su independencia en el ejercicio de sus funciones. Podríamos decir, por tanto, que el constituyente utilizó la expresión dependencia como sinónimo de relación.

Así, la Disposición Transitoria 1ª de la LOTCu. que crea la Comisión Mixta del Congreso y del Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, dice: “encargada de las relaciones”. Y el mismo sentido se deduce de la lectura de las Normas de Funcionamiento de la Comisión Mixta vigentes, de 3 de marzo de 1983.

En todo caso, la razón de ser del polémico término utilizado por el constituyente hay que buscarlo en los antecedentes históricos recientes. La CE de 1978 quiso romper con el régimen anterior y desligar absolutamente al Tribunal de Cuentas del poder ejecutivo, pero, al no estar establecido en la Constitución como órgano constitucional, sino como un órgano de relevancia constitucional, buscó su anclaje en las Cortes Generales, símbolo de la soberanía popular. Este encaje no era tanto para configurar al Tribunal como un órgano perteneciente a las Cortes, sino precisamente, para dotarle de una independencia de la que carecía antes de la Constitución.

Estas ideas de independencia y supremacía del Tribunal de Cuentas, vienen avaladas por el propio contenido del art. 136 de la CE que, como antes se subrayó, especifica además que “*los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces*”. Esta

independencia proclamada constitucionalmente y su asimilación al estatuto jurídico de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, confirma que la dependencia de las Cortes es más simbólica que real, que se circunscribe a la interrelación, a la intercomunicación pero, en ningún caso, a la subordinación.

Si se desciende al plano de la legalidad, la independencia del Tribunal de Cuentas ha sido ampliamente reconocida por el legislador. A modo de ejemplo, el art. 3 de su Ley Orgánica dice: *“El Tribunal de Cuentas tienen competencia para todos lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio y podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el estatuto de su personal y servicios dentro del ámbito de la presente ley y de la de ordenación de su funcionamiento. También podrá dictar reglamentos en desarrollo, aplicación y ejecución de su Ley de Funcionamiento para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar en todo lo relativo al estatuto de personal a su servicio”*. Asimismo, el art. 5 de la LOTCu. dispone que *“el Tribunal de Cuentas ejercerá sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico”*. En el art. 6 se reconoce su autonomía presupuestaria. Y, por su parte, el art. 30.2 del mismo texto legal proclama que *“los Consejeros de Cuentas del Tribunal son independientes e inamovibles”*.

Por último, la independencia del Tribunal se refleja, también, en la LFTCu. Así, en el art. 3 o en los arts. 21 y siguientes de la dicha Ley. En particular, en el art. 24.1 cuando dispone que *“los Consejeros del Tribunal de Cuentas ejercerán sus funciones de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a las mismas....y no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones”*.

4. LAS RELACIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS CON LAS CORTES GENERALES

Pues bien, sobre la base de la independencia de nuestro Tribunal de Cuentas en el actual Ordenamiento jurídico español, caracterizado, además, como supremo órgano fiscalizador de relevancia constitucional, es cuando podemos abordar el tema de las relaciones con las Cortes Generales y, más concretamente, con la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

Estas relaciones se manifiestan fundamentalmente en dos aspectos: la iniciativa fiscalizadora y el Programa de Fiscalizaciones y la comparecencia de los miembros del Tribunal de Cuentas ante la Comisión Mixta y su posible contenido.

1. Iniciativa fiscalizadora y Programa anual de Fiscalizaciones. El art. 45 de la LOTCu., establece que *“los procedimientos para el ejercicio de la función fiscalizadora se impulsarán de oficio en todos sus trámites. La iniciativa corresponde al propio Tribunal, a las Cortes Generales y, en su ámbito, a las Asambleas Legislativas u otros órganos representativos análogos que se constituyan en las Comunidades Autónomas”*. Y el art. 32.2 de la LFTCu. añade que: *“No se dará curso por el Tribunal de Cuentas a ninguna petición de fiscalización que no provenga de las instancias a que se refiere el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1982”*.

Ahora bien, tal iniciativa no puede entenderse como una capacidad absoluta de decisión sobre la actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas. Es decir, la competencia que la ley otorga a las Cortes Generales para solicitar una fiscalización no puede tener carácter vinculante. Si bien, como regla general, la iniciativa fiscalizadora de las Cortes Generales puede ser respetada y aceptada por el Tribunal de Cuentas, es lo cierto que también pueden existir supuestos en los que tal iniciativa deba ser rechazada o modulada. Así, podrían ser rechazadas aquellas que excedan del ámbito subjetivo u objetivo de la función fiscalizadora del Tribunal; asimismo, por razones de eficiencia, el Tribunal podría denegar la iniciativa de una fiscalización que ya estuviera realizada o programada por el propio Tribunal en su programa de fiscalizaciones.

Fuera de estos casos, el Tribunal puede acoger la iniciativa pero siempre podrá modular la aceptación de la misma en virtud no solo de los medios personales y materiales de que disponga, sino también de las circunstancias que pudieran derivarse del cumplimiento cabal del programa de fiscalizaciones aprobado por el propio Tribunal.

Avalan esta solución, desde luego, la independencia del Tribunal antes defendida y su legítima -y legalmente reconocida- capacidad de auto organización, recogida en diversos preceptos de su legislación, pero, cualificadamente, en el art. 3.a) de la LFTCu cuando establece como primer competencia del Pleno del Tribunal

aprobar el programa de fiscalizaciones de cada año, o la dicción literal de los arts. 3 y 5 de su Ley Orgánica.

La práctica parlamentaria española puede arrojar luz en este punto. Desde las primeras reuniones de la Comisión Mixta, ya se puso claramente de manifiesto que la Comisión no puede modificar los resultados de los informes del Tribunal, tampoco puede dirigir directiva al Tribunal ni, por último, debe decidir con intereses políticos o coyunturales la actuación fiscalizadora del Tribunal. En las Actas de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, núm. 6 de 26 de septiembre de 1984, ya el Presidente de la comisión advertía que *“ni la Ponencia ni esta Comisión mixta puede sustituir al Tribunal en su función de control, por un lado, ni, por otro convertirse en una Comisión de Investigación. El Tribunal de Cuentas es el órgano técnico del que se valen las Cortes Generales para posteriormente poder hacer una valoración política y las propuestas de resolución dirigidas, bien al Tribunal de Cuentas o bien al poder ejecutivo; pero, en ningún caso, puede sustituir al Tribunal en la función técnica de control”*.

Asimismo, continuaba el Acta “en cuanto a la propuesta de resolución del grupo Parlamentario Centrista ha sido rechazada su admisión a trámite por la Mesa de la Comisión por entender que entraña enmiendas a las conclusiones del Tribunal de Cuentas, podrían suponer una mediatización en la función fiscalizadora autónoma e independiente del propio Tribunal”.

- 2. La comparecencia del Presidente del Tribunal de Cuentas ante la Comisión Mixta para la presentación de los informes de fiscalización**, ha venido siendo la práctica habitual y el modo en el que se materializa la relación ordinaria entre el Tribunal de Cuentas y las Cortes Generales. No obstante, la literalidad de la Disposición Transitoria 1ª de la LOTCu., así como las normas de 3 de marzo de 1983, no exigen la presencia del Presidente del Tribunal en todo caso, ni tampoco impiden, como así ha ocurrido en otro tiempo, que acompañe al Presidente algún otro miembro del Tribunal que, al haber sido titular del Departamento o, si se prefiere, ponente del correspondiente Informe, Memoria, Moción o Nota de fiscalización, pueda ofrecer una visión más completa del contenido de los resultados de la fiscalización presentada. En todo caso, es lo cierto que la configuración del Presidente del Tribunal, como *primus inter pares*, con funciones de representación *ad extra* de la Institución,

limita su intervención a los que sean los contornos de la fiscalización sin excederse, por tanto, del acuerdo plenario aprobatorio del Informe presentado.

Quizás la duda que se plantea es la relativa a la conveniencia o no de asistir junto al Presidente, los gestores de la entidad pública fiscalizada que lo son o lo fueron en la época a la que se refiere el Informe, como así sucede en otros países de nuestro entorno. Y la duda la planteo no solo porque dicha asistencia podría suponer un nuevo trámite de dúplica a las alegaciones ya hechas y contestadas por el Tribunal en el momento de aprobar el Informe, sino también y, especialmente, porque las mismas no podrían ser objeto de réplica por el Presidente del Tribunal, al encontrarse limitado por el contenido del Informe que fue aprobado previamente por el Pleno. En todo caso, y como he tenido ocasión de comentar en otros foros, falta en nuestro procedimiento de fiscalización una regulación que aborde no sólo el necesario seguimiento de las recomendaciones del Tribunal o de la Comisión Mixta que ha venido haciendo, sino también y sobre todo las consecuencias que deben arrostrar los gestores ante la pasividad, en algún caso contumaz, por el incumplimiento inmotivado de nuestras recomendaciones.

Por todo ello, me decanto por la comparecencia separada del Presidente y, en su caso, instaurar otra posterior en la que comparezcan sólo los gestores con la finalidad exclusiva de dar la debida y motivada explicación del cumplimiento de las recomendaciones hechas por el Tribunal y por la propia Comisión Mixta. Este sería, por tanto, el marco adecuado en el que el gestor daría cuenta razonadamente del por qué, sí o no, implementa las recomendaciones hechas por el control.

Ahora bien, fuera de estos casos, podemos plantearnos si puede la Comisión Mixta solicitar la comparecencia de los miembros del Tribunal de Cuentas para otra finalidad distinta de la presentación de los resultados de su función fiscalizadora.

Debe partirse del art. 109 CE que dispone *“las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas”*.

En este aspecto, el art. 44 de dicho Reglamento, desarrollando el art. 109 CE, dispone: *“Las Comisiones, por conducto del Presidente del Congreso, podrán recabar: 3.- La presencia de Autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate, a fin de informar a la Comisión”*.

A la vista del precepto señalado, la Comisión Mixta podría pedir la comparecencia del Presidente o los miembros del Tribunal de Cuentas (no descartable, también la presencia de sus funcionarios) en virtud del apartado tres, pero solamente con la finalidad de informar a la Comisión sobre alguna materia de su competencia. Y, en este sentido, no cabe olvidar que las Cortes tienen la misión constitucional de controlar políticamente al Gobierno, solo al Gobierno; no controlan a otras instituciones, por supuesto no cabe el control de las Cortes sobre otro poder constitucional.

En concreto, una hipotética petición de comparecencia para informar sobre aspectos alejados de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, como en materia de personal, contratación o administración ordinaria de la institución, carece de base normativa; ni la Constitución, ni cualquier otra norma jurídica, amparan ese tipo de control de las Cortes Generales sobre el Tribunal de Cuentas. Como ocurre en cualquier órgano constitucional (Cortes Generales incluida) o de relevancia constitucional, sus actos relativos a estas cuestiones se controlan, exclusivamente, en sede judicial, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (así, el art. 1.3.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Y en este sentido, es interesante destacar el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en su STC 191/2016, de 15 de noviembre, sobre las relaciones de las Cortes Generales y los demás órganos constitucionales.

En síntesis, como se afirma en dicha Sentencia -en razonamientos dirigidos al Consejo General del Poder Judicial pero extensibles al propio Tribunal de Cuentas- *“la mención de ‘información y ayuda’ a las Cortes Generales abarca a ‘cualquiera autoridad del Estado’, no siendo discutible que su asistencia puede resultar necesaria para las Cámaras a fin de desarrollar, con la efectividad necesaria, sus potestades de legislar, de aprobar los presupuestos del Estado y de controlar la acción del Gobierno, junto a las demás competencias que la Constitución atribuye a las Cortes (art. 66.2 CE). El Consejo, por tanto, queda también comprometido por este precepto*

constitucional, al igual que cualesquiera otras autoridades públicas, para prestar a las Cámaras y a sus Comisiones aquella ‘información y ayuda’ siempre que la solicitud al efecto se corresponda con el ámbito de atribuciones del propio Consejo y no menoscabe el ejercicio independiente de las mismas”.

5. REFLEXIONES FINALES

He tratado de exponer una imagen del Tribunal de Cuentas de España real y sincera, pero esta realidad, queda, en ocasiones, desfigurada en la opinión pública o en la publicada en los medios de comunicación, como consecuencia de informaciones (a veces interesadas), que nos describen, como decía al principio, a mi juicio, de una manera bastante alejada de esa realidad.

Ahora bien, con independencia de que seamos conocidos, con mayor o menor precisión, formamos parte del conjunto de las Instituciones que integran el Estado; y es clara, también, cierta actitud de los ciudadanos ante la escena política, que se traduce en un cierto grado de “*desapego*” hacia la llamada “*clase política*”. “*Clase política*” de la que, a pesar de nuestro carácter técnico, formamos parte, por lo que nos alcanza, también, la “*mala imagen*” y, por ende, la descalificación global y difusa de los cargos públicos.

Sin embargo, creo que la inmensa mayoría de los cargos públicos ejercen honradamente sus funciones y son los primeros en denunciar prácticas intolerables. Es preciso distinguir la regla y la excepción, e igual que merece el mayor elogio la denuncia rigurosa debidamente documentada de casos concretos de corrupción, resulta intolerable y, además, provoca un daño grave a la legitimidad de las Instituciones y a la de los que las integran, difundir como realidad lo que no es, o peor, verter sospechas indiscriminadas mediante insinuaciones carentes de toda base real.

En todo caso, la mejor manera de hacer frente a tales situaciones es defender nuestras Instituciones, reformándolas si es preciso, pero cumpliendo cabalmente las funciones que constitucional y legalmente nos han sido encomendadas y hacerlo con arreglo a los principios básicos que hoy, de forma unánime, están considerados como la clave de la gestión pública, es decir, la buena gobernanza, la transparencia, la responsabilidad y la rendición de cuentas, a los que también hay que añadir la ejemplaridad de todos los que ejercemos cargos públicos.

Con todo ello, con pleno respeto a las exigencias de nuestro Estado social, democrático y de derecho y con la finalidad de recuperar lo público como expresión del interés general, así como de generar confianza en la política como actividad al servicio de los ciudadanos, podemos con el trabajo firme de cada día, fortalecer la credibilidad de nuestras Instituciones y, con ello, su legitimidad, sin olvidar que todas son la base de nuestro Estado.

Bibliografía

BENITEZ PALMA, E. “La convivencia entre los Órganos de Control Externo (COCEX) y las Agencias Autonómicas de prevención y lucha contra la corrupción”. Revista de Auditoría Pública núm. 69. 2017.

<http://asocex.es/wp-content/uploads/2017/05/Revista-Auditoria-Publica-n-69-pag-9-a-18.pdf>

FANLÓ LORAS, A. “Relaciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales: La Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas”. Revista de Administración Pública núm. 108. 1985.

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1>

RUDI ÚBEDA, L.F. “Las Cortes Generales y su relación con el Tribunal de Cuentas”. Revista Española del Control Externo. 1999.

<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/biblioteca/index.html?subCatalog=RECE>

MEDINA GUIJARRO, J. “Consideraciones sobre el modelo de control externo del gasto público en España”, Conferencia inaugural del Curso sobre el Tribunal de Cuentas: funciones de fiscalización y enjuiciamiento. Salamanca. 2015.

<https://fiscalizacion.es/2015/07/06/consideraciones-sobre-el-modelo-de-control-externo-del-gasto-publico-en-espana/>

MEDINA GUIJARRO, J. “En democracia el poder debe hacerse visible”. En el libro “La corrupción, flagelo mundial”. Contraloría General de la República. Noventa Años. Ed. Biblioteca de la Contraloría General de la República de Colombia. Bogotá 2013.

MEDINA GUIJARRO, J. «La legitimidad de las Instituciones de Control. Foro Internacional: Calidad del control fiscal: Motor de transparencia y legitimidad. Bogotá (Colombia). Revista Española de Control Externo nº 19. 2005.

<http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/PdfAbsys/Revista-19.PDF>

MEDINA GUIJARRO, J. “Articulación entre la función de auditoría/fiscalización y la función jurisdiccional”. I Encuentro de los Tribunales de Cuentas de España y Portugal. Lisboa. 2003.

NIETO DE ALBA, U. “Economía, Corrupción y Ética”. Conferencia en la Facultad de C.C. Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense de Madrid. 1993.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. “Los fundamentos constitucionales del control interno de la actividad financiera del Estado”. Conferencia inaugural de las X Jornadas de Control Interno en el Sector Público. IGAE. 2003.

VALLÈS VIVES, F. *“El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional”*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.

Normas Internacionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) y las Directrices de la INTOSAI para la Buena Gobernanza (INTOSAI GOV)

www.issai.org

Más artículos en: Revista Española de Control Externo (RECE), editada por el Tribunal de Cuentas:

<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/biblioteca/control-externo>

LA FISCALIZACIÓN DE LA CRISIS FINANCIERA Y LOS PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN

Juan Carlos López López y
Javier Corral Pedruzo

*Director y Subdirector Técnico
del Departamento Financiero y de Fundaciones y otros Entes Estatales
Tribunal de Cuentas*

PRIMERA PARTE

El Tribunal de Cuentas nunca ha sido ajeno a la fiscalización del sector financiero. Desde su constitución, en 1982, el Departamento que ahora tengo el honor de dirigir ha ido aprobando diferentes informes sobre esta materia.

Hay que resaltar que en el periodo que transcurre entre 1982 y 1985 la banca pública (el nombre del departamento denominado financiero se debe, precisamente, a que uno de sus objetivos principales consiste en la fiscalización de estos bancos) tenía mucha más relevancia material que en el día de hoy. Así, desde el inicio de su actividad fiscalizadora, este Tribunal auditó entidades como los Bancos de Crédito Local, de Crédito Agrícola, Hipotecario y Exterior de España.

Además, ya desde el comienzo de sus trabajos efectuó actuaciones que desembocaron en informes sobre cuestiones concretas, tales como la crisis de Rumasa en 1983 y la de Banesto diez años después.

Más recientemente, como consecuencia de la denominada crisis bancaria (aunque habría que recordar que sería técnicamente mucho más correcto hablar de crisis de Cajas de Ahorro) el Pleno del Tribunal ha aprobado, en los últimos meses, dos nuevos informes que son de los que ahora vamos a hablar.

Pueden observar también que, en la presentación que estoy efectuando, hago referencia entre interrogaciones a la muy reciente crisis del Banco Popular. Estamos viviendo la fecha del 4 de julio y es conveniente recordar que no hace ni un mes las noticias que recibíamos del Gobierno de la Nación eran que el Banco Popular era una entidad totalmente sana. Fue en la madrugada del 6 al 7 de junio cuando, de manera repentina, se produjeron los eventos que dieron lugar a la caída de las acciones de dicho banco y a la adquisición del mismo por el Banco de Santander. Y todo ello con la intervención ahora ya debida de las autoridades europeas.

La proximidad en el tiempo de este evento nos impide tener la seguridad de si este Tribunal deberá efectuar alguna fiscalización sobre el mismo.

Ello ocurriría si, a pesar de las primeras manifestaciones de portavoces gubernamentales, se acabara desembolsando dinero público.

Debo recalcar, para evitar preguntas que ya nos han sido hechas en diferentes foros cuando hemos expuesto el contenido de estos informes, que el Tribunal de Cuentas se limita a analizar el cumplimiento de las previsiones legales y a aquilatar la cifra que hasta ahora ha supuesto el rescate bancario. Esa es nuestra labor como Tribunal de Cuentas. Lo que no podemos como representantes de nuestra Institución es emitir una opinión sobre la conveniencia o no de la actividad gubernamental en el proceso que se inicia con la crisis bancaria. Esa no es la misión del Tribunal, ni en estos informes ni en ningún otro.

A continuación, mi compañero, Javier Corral les hablará de los objetivos de la fiscalización, esencialmente de legalidad. Pero también, y esto es muy importante, el de dar una cifra de los fondos públicos que, hasta 31 de diciembre de 2015, había supuesto el rescate bancario.

Cuando enviamos este informe a alegaciones, como es preceptivo en todos los informes del Tribunal de Cuentas, el Banco de España publicó una cifra que difería de la que había señalado el Tribunal de Cuentas en su proyecto de informe de fiscalización.

De hecho, toda la controversia mediática que se produjo en los días posteriores al conocimiento público del informe del Tribunal no se basaban en las mínimas discrepancias existentes aportadas oficialmente por este Tribunal y las que manifestaban las autoridades gubernativas. Se centraban en seguir preguntando al Gobierno de la Nación porqué afirmó, en su momento, que el rescate bancario tendría un coste cero para la población española.

Como vamos mal de tiempo, debido a la extensión de las exposiciones anteriores, y sin perjuicio de las preguntas que se puedan efectuar esta tarde, efectuaré sólo algún comentario sobre el segundo informe, relativo a la fiscalización de la supervisión del Banco de España. Los resultados han sido totalmente positivos, es decir, la labor de la supervisión del Banco de España sobre las entidades financieras cada vez menos importantes, que son aquellas que se denominan menos significativas. Para los que no conocen exactamente como se distribuye el esquema de control hay que recordar que en España teníamos (acaba de desaparecer el Banco Popular) seis grandes entidades: el Banco Santander, el BBVA, el holding Caixabank,

el BFA (el grupo matriz que tiene en su seno a Bankia), el Banco Popular y el Banco Sabadell, cuya supervisión corresponde al Banco Central Europeo, siendo la labor supervisora del Banco de España sobre estas -ya solo cinco, grandes entidades-, absolutamente residual.

Y para ir terminando esta primera parte, solamente quiero recordarles que vamos yendo en esta semana de lo genérico a lo concreto, como es la exposición de unos informes tan concretos como los que a continuación se expondrán.

El Tribunal de Cuentas tiene **tres motivos para iniciar una fiscalización, tres razones jurídicas** para hacerlo:

Una es que así lo disponga una Ley. En este caso nos encontramos con el dictamen sobre la Cuenta General del Estado y con los informes sobre partidos políticos, tanto en lo que se refiere a sus gastos corrientes, como los que se derivan de los gastos electorales.

En **segundo lugar** debemos efectuar los informes que surjan de las peticiones de las Cortes Generales o de los Parlamentos Autonómicos, estos últimos dentro siempre del ámbito competencial de cada Parlamento. Es decir, no puede el Parlamento Gallego solicitar que se fiscalice la gestión económica de una Consejería andaluza.

Y la **tercera**, es la propia decisión del Tribunal de Cuentas que por mandato legal, cada año entre septiembre y diciembre, en un proceso que va de abajo a arriba elabora un programa de fiscalizaciones que finalmente el Pleno aprueba y eleva a las Cortes, solo para información.

Así, los informes de los que va a hablar ahora Javier Corral, son informes, que ni nos pidieron las Cortes ni teníamos obligación legal para hacerlo. Pero entendimos que era una función del Tribunal requerida por el conjunto de la sociedad

SEGUNDA PARTE

El informe de la **fiscalización del proceso de reestructuración bancaria**, correspondiente a los ejercicios 2009 a 2015, se aprobó en diciembre de 2016. Esta fiscalización estuvo precedida de otra centrada en el período 2009-2012, cuyo informe fue aprobado en marzo de 2014.

A efectos de introducir esta fiscalización conviene situarse en las fechas en las que se inició el proceso de reestructuración bancaria y en las causas que lo motivaron. Como es generalmente conocido, la crisis financiera internacional que comenzó en 2007 y 2008 presentó ciertas peculiaridades en España. La más relevante es la presencia de unos niveles insostenibles, unos desequilibrios absolutos, en el endeudamiento privado; especialmente en el vinculado a operaciones del sector inmobiliario, en conexión con lo que se denominó la "burbuja inmobiliaria".

En esta situación de endeudamiento privado desmesurado, vinculado especialmente al mercado inmobiliario, la aparición de la crisis financiera mundial se manifestó en España en un corte radical en la circulación de crédito y, con ello, en fortísimas dificultades de acceso a la liquidez por parte de ciertas entidades financieras, especialmente en el sector de cajas de ahorro.

A la altura de 2009, ya se habían adoptado algunas medidas de reacción previas al proceso de reestructuración financiera. Ejemplo de estas medidas fueron la creación del Fondo de Adquisición de Activos Financieros y la elevación de los niveles de protección de los depósitos, medidas coordinadas con la Unión Europea. Pero en 2009 se llegó al convencimiento de que todas esas medidas que se estaban tomando eran manifiestamente insuficientes para afrontar la crisis financiera, por lo que se aprobó el **modelo de reestructuración bancaria** que fue el origen del FROB.

Este modelo se creó con **tres finalidades**: en primer lugar, incrementar la fortaleza y solvencia del sistema financiero; en segundo lugar, permitir que el sistema financiero cumpliera su función de canalizar los flujos financieros de la economía; y, en tercer lugar, evitar procesos potencialmente desordenados de resolución de las entidades financieras

Este modelo de reestructuración implicaba la aplicación de **tres fases sucesivas**: en primer lugar, el agotamiento en las soluciones privadas; en segundo lugar, la intervención del Fondo de Garantía de Depósitos en el marco de sus propias competencias; y, en tercer lugar, si las medidas anteriores fueran insuficientes, la intervención del FROB. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, FROB, se crea con la intención de gobernar los procesos de reestructuración que se aprueben por el Banco de España. Al FROB se le dota presupuestariamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, se le transfieren también ciertos fondos procedentes del Fondo de Garantía de Depósitos, en los que hay

participación de la industria bancaria, y el proceso de reestructuración comienza a funcionar en 2009.

La regulación jurídica del FROB ha variado desde su creación, de forma que pueden distinguirse tres etapas, conocidas como FROB 1, FROB 2 y FROB 3. El FROB 1, que se extendió hasta febrero de 2011, se caracterizó por la realización de procesos de integración de las Cajas de Ahorro. Por su parte, el FROB 2 se extendió hasta el verano de 2012, y se caracterizó porque se reguló la posibilidad de que el FROB apoyara financieramente a las entidades de crédito mediante la adquisición de acciones ordinarias o aportaciones representativas del capital de estas entidades, así como por la incorporación del Fondo a los órganos de administración de las entidades emisoras de los títulos. Finalmente, y tras constatarse que las medidas adoptadas en los periodos de FROB 1 y FROB 2 fueron manifiestamente insuficientes para resolver los problemas del sector financiero, en el verano de 2012 el Gobierno español solicitó apoyo financiero de la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera, un organismo transitorio hasta la constitución del Mecanismo Europeo de Estabilidad. Ese apoyo financiero, canalizado en forma de préstamo, se aprobó por un importe máximo de 100.000 millones de euros, aunque solo se llegó a desembolsar alrededor de 40.000 millones. Con este apoyo financiero se recapitalizó fuertemente al FROB para afrontar los procesos de reestructuración que iban a desarrollarse.

Las entidades fiscalizadas, lo que se denomina el ámbito subjetivo de la fiscalización, fueron tres: el FROB, el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y el Banco de España. Debe realizarse una precisión respecto del Fondo de Garantía de Depósitos. Dado que esta entidad se financia exclusivamente por la industria bancaria, podría cuestionarse su inclusión dentro del ámbito subjetivo de la fiscalización. No obstante, hay dos motivos que lo justifican: en primer lugar, el Fondo de Garantía de Depósitos cuenta con el aval del Estado para cubrir cualquier insuficiencia de fondos en el ejercicio de sus funciones; y, en segundo lugar, la propia normativa específica del Fondo de Garantía de Depósitos contempla su sometimiento a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas.

Debe hacerse también una mención al caso especial de Sareb como entidad fiscalizada. Sareb, la Sociedad de Gestión de los Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, fue creada por imposición del Memorándum de Entendimiento que España firmó con las autoridades europeas con motivo de la ayuda financiera concedida por el MEDE en el verano del 2012. Según

lo allí dispuesto, a esta sociedad se le transferirían los activos inmobiliarios de las entidades que atravesasen dificultades, con el objetivo de reducir los riesgos de las mismas y liquidar de forma ordenada los activos problemáticos. Desde su constitución, Sareb ha sido participada por el FROB pero siempre por debajo del 50%.

En estas condiciones, todas las actuaciones fiscalizadoras relacionadas con Sareb fueron realizadas a través del FROB, su accionista mayoritario y entidad pública indubitada. De esta forma, el equipo fiscalizador no tuvo ningún problema en acceder a toda la documentación relacionada con la participación de Sareb en el proceso de reestructuración bancaria.

Los **objetivos de la fiscalización** fueron los siguientes: el **primero** fue el objetivo habitual de una fiscalización de legalidad, verificar que las acciones adoptadas en este proceso de reestructuración bancaria se adecuaron a la normativa aplicable; en **segundo lugar**, y como objetivo complementario del anterior, verificar que las actuaciones de seguimiento y control de la ejecución de los procesos de reestructuración bancaria se adecuaron a la normativa aplicable; y, en **tercer lugar**, el objetivo novedoso de esta fiscalización, que fue estimar el coste actualizado a 31 de diciembre de 2015 de las ayudas públicas concedidas en el período de 2009-2015. Como se ha señalado previamente, esta fiscalización fue precedida por otra, referida al período 2009-2012, en la que no se contempló este objetivo de estimación del coste porque se consideró que a 31 de diciembre de 2012 el proceso de reestructuración distaba mucho de estar finalizado, por lo que estimar el coste en aquel momento arrojaría un resultado no representativo. Por el contrario, la estimación del coste a 31 de diciembre de 2015 sí habría de ser representativa.

No hubo limitaciones al alcance en la fiscalización, lo que significa que todas las pruebas programadas pudieron realizarse y, por tanto, se pudieron conseguir los objetivos establecidos en la fiscalización. Eso se debió en gran parte a la cooperación plena que el Tribunal de Cuentas obtuvo por parte de las entidades fiscalizadas: tanto el FROB como el Fondo de Garantía y el Banco de España permitieron al equipo fiscalizador el acceso completo a sus archivos, a toda la documentación relativa a las actuaciones objeto de fiscalización, así como a entrevistas con las personas responsables de las distintas áreas. Para finalizar con la presentación de los parámetros básicos de la fiscalización, debe destacarse que esta fue realizada conforme a las vigentes Normas de Fiscalización aprobadas por el Pleno de Tribunal de Cuentas.

Comenzando con los **resultados de la fiscalización**, el primero que debe destacarse es que el Informe cuantifica los recursos públicos comprometidos en el proceso de reestructuración bancaria, durante el período 2009-2015, en 122.122 millones de euros. Interesa interpretar correctamente este concepto de recursos comprometidos para diferenciarlo del concepto de coste del proceso que se analizará más adelante. En efecto, según el Informe, por recursos comprometidos se entiende el importe monetario del conjunto de actuaciones sometidas a la presente fiscalización; esto es, el importe por el que se materializaron las distintas medidas de reestructuración adoptadas por los órganos competentes y cuya legalidad ha sido examinada en el curso de la fiscalización. Es decir, en esta fiscalización se ha examinado la legalidad de medidas de disposición y compromiso de recursos públicos por importe de 122.122 millones de euros.

Para calibrar la magnitud de esta cifra se pueden ofrecer dos parámetros de referencia. Por una parte, el PIB español está situado en la actualidad en torno a 1,1 billones de euros, por lo que los recursos comprometidos en el proceso de reestructuración bancaria han supuesto algo más de un 11% del PIB español. Otro parámetro de referencia podría ser el constituido por los últimos Presupuestos Generales del Estado aprobados, los del ejercicio 2017, que contemplan un importe total de créditos presupuestarios para todo el sector público estatal, Administración General del Estado, Organismos Autónomos, Agencias, Fundaciones, Empresas Públicas, Seguridad Social, etc., en torno a 350.000 millones de euros. Así, los recursos públicos comprometidos en el proceso de reestructuración serían equivalentes a la tercera parte de todos los presupuestos de las entidades del sector público estatal de 2017. No todos los recursos comprometidos han tenido impacto presupuestario, pero esta comparación ofrece un parámetro de referencia para que pueda comprenderse la magnitud de este proceso de reestructuración.

Ahora bien, como se insistirá más adelante, no debe confundirse el concepto de recursos comprometidos con el de coste del proceso.

Analizando la clasificación de los recursos públicos comprometidos por tipos de apoyo, se observa que aproximadamente la mitad, unos 60.000 millones de euros, se ha materializado en aportaciones al capital de las entidades de crédito y a cuotas participativas.

En segundo lugar por importe se situaron las garantías comprometidas a favor de los compradores en las ventas de las entidades financieras previamente intervenidas. Estas garantías, que ascendieron a alrededor de 36.000 millones de euros, eran de dos tipos. Por un lado estaban los EPAs, Esquemas de Protección de Activos, en los que el comprador se aseguraba de que en caso de que algunos de los activos de las entidades adquiridas, en ciertas condiciones y en ciertos plazos, se depreciaran, el FROB o el Fondo de Garantía de Depósitos, según los casos, reconocerían una deuda en su favor por la diferencia de valoración. El segundo tipo de garantías estaba formado por créditos fiscales garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos o por el FROB, que en ciertas condiciones daban lugar a desembolsos por parte de estas entidades. El citado importe de recursos comprometidos en forma de garantías, alrededor de 36.000 millones de euros, está cuantificado como el importe máximo aprobado en cada uno de los contratos de venta, de forma que los desembolsos por estos conceptos nunca podrían llegar a superar esa cifra.

El tercer grupo de recursos comprometidos está formado por las líneas de crédito y los anticipos concedidos tanto por el FROB como por el Banco de España, incluyendo en este último caso la ayuda de emergencia de liquidez (conocida por las siglas en inglés ELA). Los recursos comprometidos por estos conceptos totalizaron en torno a 17.000 millones de euros, también cuantificados en forma de importes máximos. De hecho, una parte de las líneas no llegó a ser dispuesta y la mayor parte de los importes dispuestos fueron reembolsados.

Debe destacarse que dentro de los 122.000 millones de euros en los que el Informe de fiscalización cuantifica los recursos comprometidos está incluido todo tipo de operaciones, incluso las que de manera más remota o menos directa están relacionadas con el proceso de reestructuración, como los costes de estudios financieros, de auditoría y de valoración de las entidades, o los honorarios de los representantes del FROB en las entidades financieras participadas.

Atendiendo a las entidades que comprometieron los citados 122.000 millones de euros, al FROB le correspondió el 63% del total, mientras que al Fondo de Garantía le correspondió un 29% y al Banco de España el restante 8%.

Como se ha señalado anteriormente, no hay que confundir el concepto de recursos comprometidos con el de coste del proceso. De hecho, no todos

los recursos comprometidos han significado costes del proceso. Dado que la fiscalización se fijó como objetivo estimar el coste del proceso a 31 de diciembre de 2015, hubo que definir una metodología que permitiera pasar de un concepto a otro. Esta metodología, exhaustivamente explicada en el Informe, debía permitir obtener el importe del coste descontando del importe de recursos comprometidos todas las operaciones que no hubieran supuesto un coste real. Por ejemplo, las líneas de crédito no significan coste si no hay desembolsos, si han sido canceladas o si han sido reintegradas. Por su parte, las garantías concedidas a los compradores son consideradas coste solo si generan pagos o compromisos de pagos provisionados en los balances del FROB y del Fondo de Garantía, y solo por los importes de tales pagos o provisiones. Por supuesto, el importe obtenido por la venta de entidades previamente adquiridas por el FROB reduce el coste del proceso. También reduce el coste el importe por el que el FROB mantenía en su balance a 31 diciembre de 2015 las acciones de algunas entidades que estaban pendientes de venta. Y, por último, también reducen el coste de los procesos de reestructuración ciertos ingresos obtenidos por el FROB, el Fondo de Garantía y el Banco de España en ciertas operaciones: comisiones, intereses, etc. Son importes que, aun cuando no sean significativos económicamente, habían de ser tenidos en cuenta desde el punto de vista metodológico en la estimación del coste.

Con todos estos cálculos, la estimación que arrojó el trabajo realizado por el Tribunal de Cuentas es que el coste de los recursos públicos empleados en el proceso de reestructuración bancaria, actualizado al 31 de diciembre de 2015, era de 60.718 millones de euros. A este respecto, merece destacarse que el Banco de España ha emitido hace apenas quince días una nota informativa sobre el coste del proceso de reestructuración, en la que cita la fiscalización del Tribunal de Cuentas, sigue una metodología muy similar a la aplicada por el Tribunal y ofrece una cifra que difiere en apenas cien millones de euros respecto de la expuesta en el Informe de fiscalización del Tribunal. Se trata de un acercamiento notable, que no se había producido antes, y que permite concluir que el Banco de España considera acertada la metodología seguida en la fiscalización.

Clasificando el coste por tipos de apoyo, el concepto más relevante es el de aportaciones de capital y similares, que han tenido un coste de alrededor de 46.000 millones de euros. En segundo lugar se sitúan las garantías comprometidas en las ventas, con un importe en torno a 12.000 millones de euros.

Clasificado por entidades, naturalmente el FROB es la entidad que ha soportado la mayor parte del coste, con un 69% del total, mientras que al Fondo de Garantía de Depósitos le ha correspondido un 31%. El Banco de España ha tenido un ligero coste negativo, lo que significa que los ingresos que ha obtenido (comisiones, intereses, etc.) han sido superiores a los desembolsos.

Como es natural, la estimación de costes no puede considerarse definitiva en tanto no estén finalizadas todas las consecuencias del proceso de reestructuración bancaria. Al cierre del ejercicio de 2015 no lo estaban, y a día de hoy tampoco lo están, por lo que el Informe de fiscalización destaca que esa estimación del coste evolucionará al alza o a la baja en fechas posteriores al 31 de diciembre de 2015. Por ejemplo, el coste disminuirá o aumentará dependiendo del precio al que el FROB venda las participaciones que tenía en BFA y en BMN: si las vende por debajo de su valor contable a 31 de diciembre de 2015, el coste se incrementará respecto al estimado en el Informe de fiscalización, mientras que si las vende por un precio superior el coste disminuirá. El coste también variará como consecuencia de la evolución de las garantías concedidas en las ventas, en forma de EPAs y otros instrumentos. El saldo vivo de todas las garantías comprometidas ascendía a 31 de diciembre de 2015 a 17.211 millones de euros, por lo que en el peor de los casos el coste podría aumentar en ese importe si llegaran a ejercerse todas las garantías que estaban vivas a 31 diciembre de 2015. Debe señalarse, a este respecto, que hay EPAs cuya vigencia se extiende hasta 2022.

Procede resumir a continuación los resultados del análisis del cumplimiento de la legalidad, que era uno de los objetivos de la fiscalización. De forma muy escueta, puede afirmarse que el **principal resultado** es que, en términos generales, la **normativa se había cumplido adecuadamente**. No obstante, en el Informe se deja constancia de ciertas insuficiencias y deficiencias, parte de ellas de tipo formal.

Por último, como en todas las fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas, el Informe finaliza con unas **recomendaciones**, dos en este caso. Por la primera se recomienda al FROB que apruebe para cada proceso de venta de entidades un documento regulatorio del mismo, dado que en la fiscalización se había detectado que solo en dos casos se había aprobado un documento de este tipo. La segunda recomendación, dirigida tanto al FROB como al Fondo de Garantía de Depósitos, pretende que estas entidades establezcan un sistema de contabilidad analítica que permita conocer de

forma directa e inmediata los recursos aplicados en cada uno de los procesos de reestructuración, así como los ingresos y gastos directamente imputables a los mismos. Estos datos fueron obtenidos en la fiscalización recomponiendo la información contenida en la contabilidad ordinaria del FROB, dado que esta entidad no tenía una contabilidad concebida para ofrecer la información directa de los costes del proceso de reestructuración y clasificado por tipos de ayuda y por entidades.

HITOS Y RETOS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN FISCALIZADORA

M^a del Carmen Moral Moral
*Subdirectora Técnica de la Presidencia de la Sección de Fiscalización
Tribunal de Cuentas*

Deseo, en primer lugar, aclarar la razón por la que en este curso sobre “*El Tribunal de Cuentas y lucha contra la corrupción: actualidad, funcionamiento y reforma*” he decidido que mi disertación “*Hitos y retos en el ejercicio de la función fiscalizadora*” gire en torno a **hechos clave en el ámbito fiscalizador** - puntos de obligada referencia en el ejercicio de la función fiscalizadora que corresponde al Pleno de la Institución- y a los **desafíos** que afrontamos en estos apasionantes momentos, que no es otra que parto de la base de que en el marco jurídico que nos dio la Constitución siempre ha tenido cabida el **objetivo prioritario de fiscalización** de las principales áreas de riesgo y, desde luego, las gestiones que pueden propiciar el **fraude y la corrupción**.

En este sentido, como verán, planteo más **cambios de perspectiva en la gestión de nuestra actuación** que necesidades de grandes reformas del marco jurídico de la Institución, sin perjuicio de la oportunidad de que puedan mejorar, como es lógico, nuestras normas después de la ya larga andadura desde la Ley Orgánica de 1982.

Pongo el énfasis, como podrán apreciar, en resituar dicha actuación, adaptar a la realidad cambiante y compleja de la gestión pública las “decisiones” de fiscalización, como es propio de la gestión dinámica de cualquier organización. Y ello, consecuencia, esencialmente, de los muy relevantes cambios experimentados en la fisonomía del sector público, en sus marcos jurídicos, en la significación o importancia de las actividades en los distintos ámbitos de fiscalización y en el tupido sistema de controles a nivel nacional y supranacional, que reclaman, todos ellos, en un proceso permanente que ya hemos iniciado, que ofrezcamos -como les ocurre a las Instituciones homólogas en el ámbito internacional-, cada vez más, **resultados y respuesta eficaz (a tiempo, solvente y de calidad)** para la mejora del interés público, y comunicarla eficazmente al Parlamento y a la ciudadanía, a los fiscalizados, al Gobierno y a los medios.

Contemplamos, así, la Institución, en cuanto Supremo Órgano Fiscalizador de la gestión económico financiera pública, anclada en el entramado sistema de controles e inmersa -que no aislada- en un entorno -político, social y económico- extraordinariamente permeable -uno de los **signos de nuestro tiempo**-, donde ha calado también la cultura del Gobierno Abierto; contando, como contamos, con marcos jurídicos incomparablemente evolucionados respecto a nuestro punto de partida en los ochenta, como vamos a tener

ocasión de comparar.

Estimo esencial, más que debatir sobre la oportunidad de transformar la Institución en un organismo antifraude, que no es su misión, resituar e impulsar el ejercicio de sus actuaciones fiscalizadoras en el ámbito de las decisiones de gestión, de manera que, generalizando el **enfoque para auditar basado en el riesgo**, identifiquemos eficazmente en todos los subsectores públicos y fiscalicemos las áreas de gestión en las que se produzcan los más importantes incumplimientos, irregularidades, ineficacias, ineficiencias, despilfarros, fraude y corrupción, y también los progresos; proceso que, como apreciarán, está ya en marcha y en el que, sin duda, han de incrementarse los resultados a un nivel superior, el nacional, en cuanto resultados ‘de conjunto’ (conclusiones, recomendaciones y propuestas de mejora, normativas o no), sin perjuicio de cuantas responsabilidades contables y de otra naturaleza pudieran apreciarse.

Pues bien, no podemos dejar de reivindicar la importancia de la labor del Tribunal en el ámbito fiscalizador en estos años y lo determinante que ha resultado para la depuración de responsabilidades contables y de todo tipo, como tendrán ocasión de valorar a lo largo del curso. Muchos han sido los **resultados del Tribunal desde su puesta en marcha a partir de la Constitución y de su Ley Orgánica de 1982**. Al día de hoy, incluyendo los diversos resultados en los que se materializa la función fiscalizadora, el Pleno de la Institución ha aprobado 1.243 Informes, Memorias, Mociones y Notas.

Para situarnos, el Programa en curso contiene 113 fiscalizaciones. Precisamente, el Programa Anual de Fiscalizaciones que el Pleno aprueba y traslada a las Cortes constituye, como vamos a ver, un elemento esencial en la actividad institucional, no solo por su alcance jurídico (integra las iniciativas de las Cortes, del Tribunal y, en su ámbito, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas), sino como elemento de gestión, de decisión, en el ejercicio del control, a lo largo del año, de la actividad económico financiera pública encomendado constitucionalmente, y, también, como determinante en la depuración de cuantas responsabilidades puedan apreciarse en los procedimientos fiscalizadores.

Los muchos resultados de referencia obligada en los distintos subsectores públicos, a lo largo de estos años, podrán ser objeto de la Mesa redonda de esta tarde, pero quiero hacer algunas menciones para ilustrarnos, desde luego, sin afán alguno de exhaustividad, que sería imposible; pero fíjense en los nombres y en la evolución de la fisonomía del sector público. Todos los contenidos están en la web del Tribunal.

La andadura de la Institución en la época de referencia, que ya ha alumbrado otra nueva, en la que nos hallamos, se inició con la aprobación de la Memoria-Dictamen sobre la **Cuenta General del Estado** de 1978. En la actualidad, el Pleno acaba de aprobar (el pasado 29 de junio) la Declaración relativa al ejercicio 2015; importante documento -en esta ocasión, ha integrado un total de 392 entidades del sector público estatal- que elabora la IGAE, rinde el Gobierno y dictamina el Tribunal para la aprobación o rechazo de la Cuenta por los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado. Precisamente, el de su examen y comprobación es uno de los procedimientos en los que el actual Pleno decidió acortar los plazos de actuación y adaptar el correspondiente documento para que las Cortes pudieran disponer del Dictamen y aprobar la Cuenta General con antelación a como se venía haciendo y en el que, como indicaré más adelante, aún nos planteamos como desafío -después de haber propuesto reiteradamente a las Cortes, en el ámbito de la relevante actividad consistente, como saben, en recomendaciones para la mejora de la gestión pública, que se fomentaran las medidas legislativas tendentes a la reducción de los plazos establecidos en la actualidad para todos los trámites referentes a la Cuenta- la elaboración de la correspondiente Moción. Y ello, con objeto de que la emisión por el Tribunal de la Declaración pueda anticiparse en relación con las previsiones de la actual legislación y se dote a las Cortes del pronunciamiento del Tribunal en un plazo más breve y no alejado en exceso, en el tiempo, del ejercicio económico a que la Cuenta se refiera.

Precisamente, en torno a la Cuenta General del Estado, hay que destacar dos importantes **Mociones** del Tribunal, una relativa a la problemática de rendición de cuentas del sector público estatal y al contenido y ámbito de la Cuenta y otra a los procedimientos de formación, alcance y contenido y a las posibilidades de su consolidación. Desde luego, podemos afirmar que resultaron determinantes para conseguir, aunque no a velocidad de crucero, que, tras el cambio normativo correspondiente, desde el ejercicio 2014, la Cuenta se rinda como Única Consolidada.

Permítanme también, porque ayuda a recordar cómo eran los marcos jurídicos del sector público y por economía de tiempo, que junto a estas Mociones, traiga a colación otras muy importantes, como las Mociones sobre:

- Atenciones de carácter social y representativo de altos cargos.
- La supresión de prácticas irregulares en la gestión de tesorería de Organismos Autónomos de carácter administrativo.
- Percepciones satisfechas a los conductores del Parque Móvil.
- Justificación y control de subvenciones.

- Modificaciones de los créditos de los Presupuestos Generales del Estado.
- Los conceptos de Sociedad Estatal y Empresa Pública.
- La modificación de la normativa de financiación y fiscalización de los partidos políticos (materia que, seguro, abordaremos hoy en la Mesa redonda).
- La rendición de cuentas de las Entidades Locales.
- El control interno de dichas Entidades.
- Principios y normas contables uniformes en el sector público.
- La necesidad de evitar que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración se conviertan en personal laboral en virtud de sentencias judiciales.
- Convenios de colaboración y encomiendas de gestión.
- El perfeccionamiento de la regulación legal del deber de colaboración con el Tribunal de Cuentas.

Ha habido que esperar a la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos (por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de financiación de los mismos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas), para que se diera nueva redacción al artículo 7 de esta. Tras añadir, en el artículo 4, que, además de la del sector público -en sentido funcional, por la naturaleza pública de los fondos-, corresponde al Tribunal la fiscalización de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos, así como la de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos, establece en el artículo 7 citado, que el Tribunal podrá exigir la colaboración de todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que estarán obligadas a suministrarle cuantos datos, estados, documentos, antecedentes o informes solicite relacionados con el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional; un hito, desde luego en las posibilidades del Tribunal.

Tiene también interés citar la Moción incluida en el Programa de Fiscalizaciones en curso, relativa a la modificación del régimen contable y de control interno de los Órganos Constitucionales y de relevancia constitucional. El Tribunal realizó un Informe de fiscalización relativo al Consejo General del Poder Judicial, importante antecedente de la Moción.

Por hacer una brevísima referencia a las **Notas**, las primeras se refirieron al Banco de España, al Banco de Crédito Industrial, al Parque Móvil Ministerial, a Aeropuertos Nacionales, a la contratación de diversas Direcciones Generales,

al Fondo de Investigación Sanitaria, al Consorcio para la construcción de un centro de minusválidos de la Rioja, a los Centros mancomunados de las Mutuas, a las causas de no rendición de cuentas de determinadas Entidades Locales, a cuestiones pendientes de liquidar entre SEPI y Air Comet y al Fondo para el Aseguramiento Colectivo de los cooperantes. En el Programa en curso, figura la Nota correspondiente a la liquidación del Patronato de Viviendas de la Guardia Civil.

Como es lógico, **el Tribunal ha fiscalizado**, con carácter permanente, a lo largo de los años, lo que podemos denominar **la gestión ‘ordinaria’**, pero también **la ‘extraordinaria’** en el conjunto del sector público -que va cambiando de fisonomía en el tiempo-, con importantes conclusiones y recomendaciones en una y otra; si bien, es frecuente que a la opinión pública trasciendan más las que se vinculan a la segunda (nacionalizaciones, intervenciones, crisis, grandes eventos, privatizaciones, actuaciones públicas relativas a sectores privados de relevancia social,¹...)

Muy numerosos han sido a lo largo de estos años de andadura del Tribunal los Informes sobre grandes áreas de gestión ordinaria de la **Administración General del Estado** (inmovilizado, avales...) y de la **Seguridad Social**; sobre la **contratación y las subvenciones** en todos los subsectores públicos (estatal, autonómico y local -podemos encontrar Informes referidos a la financiación y construcción de grandes infraestructuras, como las ferroviarias y líneas de alta velocidad, o de desarrollo y gestión de tranvías, o la importante actividad contractual, en general, en los informes anuales de Corporaciones Locales y de Comunidades Autónomas-). Muy numerosos han sido, asimismo, los Informes referidos a organismos y entes públicos individuales de todo tipo, empresas públicas, consorcios, universidades y fundaciones.

Y junto a ellos, fiscalizaciones desde la referida al Real Comité Organizador de la Copa Mundial de fútbol, pasando por la de la actividad económico-financiera del V Centenario del Descubrimiento de América y la Exposición Universal de Sevilla, hasta las de EXPOAGUA Zaragoza o el Consorcio del II Centenario de la Constitución de 1812.

Encontramos destacados resultados en la fiscalización de los ya pretéritos procesos de privatización, como los referidos a Retevisión, Argentaria,

¹Piénsese en el interés que pueden suscitar fiscalizaciones como la relativa a las actuaciones de la Agencia Tributaria y de la Seguridad Social respecto de las deudas contraídas por los clubes de fútbol, solicitada por las Cortes e incluida, a su iniciativa, en el Programa 2017.

Telefónica, Red Eléctrica Española, Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias militares o la reordenación del sector público de la construcción naval -antes se habían fiscalizado el INI o las entidades integrantes de la entonces banca pública, como la Caja Postal, el Banco Hipotecario, el Banco de Crédito Local, o el Banco Exterior de España, entre otros-, lo que nos da idea de un sector público de un muy elevado porcentaje del PIB, procedente de una economía muy intervenida, con marcos de gestión de importante discrecionalidad y dificultad para asir responsabilidades. Y, desde esos procesos, hasta las recientes reordenaciones y reestructuraciones en los **ámbitos empresarial estatal y de fundaciones**, que nos aproximan a la gestión actual y a la fiscalización solicitada por las Cortes con referencia a la aplicación del Informe CORA.

Y tratándose del **sector público financiero**, además de las fiscalizaciones periódicas de los supervisores (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), de la organización y procedimientos de supervisión sobre las entidades de crédito, de seguros y de servicios de inversión, coordinación entre ellos y con la Agencia Tributaria, destacan las relativas a gestiones extraordinarias relacionadas con anteriores crisis, como la de Rumasa y su grupo de empresas, con su *holdig* bancario, las actuaciones del Fondo de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito en el caso Banesto, o las referidas a las crisis en el ámbito asegurador (actuaciones de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras -CLEA- y del Consorcio de Compensación de Seguros). Hemos tenido ocasión de estudiar esta mañana el proceso de reestructuración bancaria consecuencia de la última crisis o la fiscalización de la legalidad y procedimientos de supervisión del Banco de España, que bien podríamos calificar de gestiones extraordinarias, toda vez que, además de la naturaleza de la primera, la segunda se realiza en plena época del Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y cuando casi en simultáneo el Tribunal de Cuentas Europeo fiscalizaba la instauración y organización de la labor de dicho Mecanismo en el Banco Central Europeo. Estas actuaciones han brindado una visión nueva de los resultados de este y del Tribunal de Cuentas de España, al tratar de dicho Banco Central y de una de las Autoridades Nacionales de Control, ambos integrantes del MUS y que, como saben, tienen asignadas funciones y competencias supervisoras en función de la importancia de las entidades supervisadas. Un hito, sin duda, por la visión supranacional de los resultados de control externo, que no ha hecho más que iniciarse, en ámbitos avanzados de integración europea, que anticipan ya los que podrán producirse en el ámbito del Mecanismo Único de Resolución (MUR) y de las actuaciones de las

Autoridades nacionales consiguientes².

También relacionados con la **última crisis**, el Tribunal ha fiscalizado el Fondo de Adquisición de Activos Financieros, el Fondo Estatal de Inversión Local, los gastos ejecutados por las Entidades Locales sin crédito presupuestario, las medidas adoptadas para adaptarse a la disminución de ingresos, fundamentalmente, de los procedentes de la gestión urbanística, y las actuaciones de las Comunidades y Ciudades Autónomas en relación con los planes económico-financieros, de reequilibrio y de ajuste previstos en la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, así como la gestión del plan de pago a proveedores.

En el **ámbito de la Seguridad Social**, además de los muy numerosos Informes respecto de las entidades del sistema, el Pleno ha aprobado Informes sobre la formación continua de trabajadores, las prestaciones por desempleo, el Fondo de Garantía Salarial y, en el ámbito sanitario, destacan fiscalizaciones de gestión hospitalaria y de diagnóstico y sobre la problemática de la adquisición de medicamentos y productos farmacéuticos en muestras de hospitales del Servicio Nacional de Salud.

En el **ámbito local**, no puede dejar de hacerse mención a los Informes relativos al Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades mercantiles -el Tribunal concatenó diversos Informes cubriendo el periodo 1990-2007-, al Ayuntamiento de Estepona y sus sociedades mercantiles o al de Majadahonda, que nos refieren toda una época.

Y, tratándose de **ingresos públicos**, nos encontramos con las ya numerosas y destacadas fiscalizaciones de la Agencia Tributaria (grandes contribuyentes, Plan de Prevención del fraude, actividad para el cobro efectivo de las deudas tributarias), sobre gestión y control de tasas en el sector público estatal, en el Consejo de Seguridad Nuclear y en la Comisión Nacional de la Energía; como resultan también relevantes los numerosos Informes de gestión recaudatoria en Ayuntamientos de municipios con diversos tramos de población.

Crecientes han sido las actuaciones fiscalizadoras de **seguimiento de recomendaciones del Tribunal y de resoluciones de las Cortes**. Tienen todos los resultados disponibles en la web.

Por tanto, y como es natural, se han ido jalonando en el tiempo resultados de todo tipo -buenas prácticas, irregularidades, deficiencias, propuestas de

² Precisamente en relación con esta materia he incluido un trabajo reciente en la bibliografía remitida para este curso y que se les ha facilitado.

mejora, indicios de todo tipo de responsabilidades...-, consecuencia de la gestión pública ordinaria y de la extraordinaria, a medida que ha ido cambiando la fisonomía del sector público y, en esta perspectiva, vemos cómo el Tribunal traslada a las Cortes y a la ciudadanía, al Gobierno y a los gestores, sus resultados fiscalizadores sobre la dinámica y compleja gestión pública en los distintos momentos, con características diversas; y a la Sección de Enjuiciamiento, a la Agencia Tributaria y a la jurisdicción penal los indicios de responsabilidades detectados en relación con actuaciones mucho más amplias que las que pudieran tener relación solo con el fraude y la corrupción; si bien, estas revisten, qué duda cabe, especial trascendencia. En ellas concurrirnos, y es deseable que lo hagamos con eficacia, con la actuación de Órganos especializados al efecto.

Aunque no se trate del sector público, sino de importantes asociaciones privadas, no podemos dejar de mencionar los ya muy numerosos Informes -y los muchos recursos empleados- en la **fiscalización de partidos políticos y procesos electorales** desde que en 1987, hace 30 años, se atribuyó esta tarea al Tribunal, como ustedes conocen. Y ¡hay que ver cuánto ilustran los nombres!, en estos momentos, en la Comisión para la auditoría de la calidad democrática, la lucha contra la corrupción y las reformas institucionales y legales, la problemática de la financiación y control de los partidos políticos y las propias competencias del Tribunal en esta materia han adquirido gran relevancia, como también en la Subcomisión relativa al régimen y la financiación de los partidos políticos, la imparcialidad e independencia de autoridades independientes y la protección de los denunciantes de los casos de corrupción. Solo los nombres de ambas informan, por sí mismos, de hacia dónde se orientan las preocupaciones en el ámbito parlamentario en estas materias en la XII Legislatura. En relación con ello, no hago más que este apunte, por si surgiera algún interés para la Mesa redonda de esta tarde.

Pues bien, **en la actualidad**, con la ejecución del Programa de Fiscalizaciones del Tribunal para el año en curso, que contiene, como hemos indicado, 113 fiscalizaciones³, me atrevo a decir que **cerraremos una época**, por las razones que inmediatamente explicaré.

Se va a cerrar, efectivamente, en primer término, el ciclo de la primera **“Planificación de la actividad fiscalizadora 2015-2017”** con la ejecución del Programa en curso. El Documento de la Planificación fue aprobado por el Pleno en septiembre de 2015 (cuando se iniciaba el proceso de elaboración del Programa de Fiscalizaciones para 2016) y trae su causa de las Normas de

³ De ellas, 44, el 39%, ‘procedentes’ de Programas anteriores (2014, 2015 y 2016).

Fiscalización (Técnicas y de Procedimiento) aprobadas por el Pleno en diciembre de 2013⁴. En el citado Documento se contenían los 3 objetivos estratégicos, los 6 objetivos específicos y las 17 medidas adoptados en relación con el ámbito fiscalizador, como parte integrante del Plan estratégico -marco general de planificación de la Institución- en la que se señalan los objetivos de la actividad fiscalizadora, los medios para lograrlos y los criterios para la formulación de las propuestas a integrar en los correspondientes Programas Anuales de Fiscalizaciones.

El vínculo en las Normas entre el Plan estratégico, el Documento de la planificación a medio y largo plazo de la actividad fiscalizadora y los correspondientes Programas Anuales de Fiscalizaciones reproduce la relación estrecha habitual entre la planificación estratégica (a medio y largo plazo) y la operativa (secuencial a corto) en cualquier ámbito de gestión, también en el de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de INTOSAI y EUROSAI (por sus siglas en inglés, respectivamente, Organizaciones Internacionales y de Europa de Entidades Fiscalizadoras Superiores).

Como saben, las **decisiones estratégicas** son direccionales, y las **operativas**, que les dan vida en el ciclo correspondiente, se refieren, generalmente, a actividades o proyectos año a año. La planificación operativa sin planificación estratégica encierra a la organización en una gerencia puramente cotidiana, sin orientación a largo plazo; y, sin planificación operativa, la estratégica no es capaz de generar una acción sistemática ni de adaptarse a los cambios del entorno. El **plan operativo** -para nosotros, el Programa Anual de Fiscalizaciones- ha de orientar a todos los Departamentos y Unidades en la misma dirección, en una comprensión común de hasta dónde hay que avanzar, a qué ritmo y cómo⁵.

Los **indicadores de gestión** del Plan estratégico permiten a la Institución de Control Externo evaluar sus logros, sus impactos, y comunicarlos al Parlamento, a la ciudadanía, al Gobierno, a los fiscalizados y a los medios, en el correspondiente Informe de Desempeño. El seguimiento de la planificación a medio y largo plazo se concibe como un proceso que consiste, fundamentalmente, en constatar la situación de su implantación -evaluar los resultados acumulados de la aplicación en función de los indicadores de

⁴ El actual Pleno aprobó e implantó las Normas de Fiscalización, los Manuales de procedimientos de fiscalización de regularidad y operativa, o de gestión, y de estilo.

⁵ La decisión, en una Institución como la nuestra, de adoptar un enfoque auditor basado en el riesgo es estratégica, mientras que la relativa al número de entidades a auditar es operativa. Son las decisiones operativas las que garantizan que el Plan estratégico se implante de manera coordinada y eficaz.

gestión previamente identificados- y la necesidad, en su caso, de actualización de los objetivos y medidas, por cambios relevantes producidos en el entorno de la actividad planificada (normativos, competenciales, en las demandas de las partes interesadas -Parlamento, ciudadanía,...-), así como en reconocer las medidas o ajustes que es preciso adoptar en el corto plazo para mejorar la aplicación en lo que resta de vigencia. Quiero, en este sentido, llamar aquí su atención sobre la importancia de este aspecto cualitativo de considerar el **Programa Anual de Fiscalizaciones** como elemento esencial de decisión a corto, con margen para adaptarse a la realidad de la gestión pública, ordinaria y extraordinaria; por ejemplo, ante las posibles demandas por **prácticas relacionadas con el fraude y la corrupción**. En el próximo Programa para 2018, ya aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas, el 29 de junio pasado, el Documento Base del Plan estratégico y una vez que se definan los indicadores, se comienza una época en la que se podrá valorar si, en el ámbito concreto de la fiscalización, el Tribunal logró los resultados previstos y lo hizo con una base suficientemente amplia, es decir, en el conjunto de los subsectores públicos.

En el periodo 2015-2017, la Planificación de la actividad fiscalizadora y los Programas Anuales de Fiscalizaciones empezaron a contemplarse, y ello constituyó un hito, no solo desde la perspectiva jurídica⁶, sino, además, desde la **perspectiva de gestión que nace en las Normas de Fiscalización aprobadas por el Pleno en 2013**. Dio lugar, por primera vez, al establecimiento de objetivos a medio y largo plazo, a la evaluación de su actualización en el Informe de seguimiento, previo a la elaboración de cada Programa y, en concreto para el Programa de 2017 en curso, a la adopción de criterios, entre ellos, la consideración, en lo posible, de su naturaleza anual y la vinculación de cada propuesta de fiscalización de los Miembros del Pleno a los objetivos de la Planificación, mediante tramitación electrónica de las propuestas, debidamente motivadas; si bien, con la limitación de la carencia

⁶ El ejercicio de la función fiscalizadora compete al Pleno, que aprueba el Programa de Fiscalizaciones de cada año y lo eleva a la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, incluyendo las fiscalizaciones a realizar a iniciativa de las Cortes y, en su ámbito, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; acuerda la iniciación de los procedimientos de fiscalización de los distintos subsectores del sector público -los procedimientos para el ejercicio de la función fiscalizadora se impulsan de oficio en todos sus trámites-; establece las Directrices Técnicas a que deben sujetarse, toma conocimiento de su desarrollo e incidencias, aprueba las Memorias, Informes, Mociones o Notas a que dan lugar los procedimientos y, además de las conclusiones, propone, en su caso, las medidas a adoptar, normativas o no, para la mejora de la gestión pública, que eleva a las Cortes y, en lo que les afecte, a las Asambleas de las Comunidades Autónomas y a los Plenos de las Corporaciones Locales, sin perjuicio de cuanto pueda actuarse por posibles responsabilidades contables y de cualquier naturaleza.

de indicadores cuantitativos y cualitativos y pendiente aún la consolidación de un sistema completo de control de calidad. En los Programas del ciclo indicado, que está a punto de agotarse, se han ido afianzando los que denominamos objetivos “transversales” (los que, por Acuerdo del Pleno, se introducen con los otros objetivos de fiscalización en todas, o en parte, de las Directrices Técnicas; hasta ahora, los relativos a igualdad de género y transparencia, siempre que tengan relación con la fiscalización planteada).

Pues bien, ¿qué objetivos estratégicos se planteó el Tribunal en el periodo 2015-2017?: En síntesis -y fíjense el énfasis en el término “calidad”-, contribuir a la mejora de la calidad de la actividad económico-financiera pública y al buen gobierno; desempeñar una actuación fiscalizadora de calidad y fortalecer la posición del Tribunal como supremo órgano fiscalizador del sistema de control económico-financiero español⁷. No entro en el detalle de las medidas de cada uno de estos objetivos porque están esencialmente recogidas en el Plan estratégico, como inmediatamente abordaremos. Únicamente quiero subrayar que ya se recogía, **como rasgo de la actuación fiscalizadora de calidad**, el especial hincapié, al seleccionar las áreas de fiscalización, en las **prácticas que pudieran propiciar el fraude y la corrupción**.

La planificación no llegó a tener indicadores de gestión, como ya indiqué anteriormente, y se partió de la hipótesis de que se contaría con similares medios personales y mejores herramientas informáticas, y así ha sucedido. Aunque las Normas de Fiscalización de 2013 previeron la elaboración del Plan estratégico de la Institución, no ha sido hasta el 29 de junio pasado cuando el Pleno ha aprobado el **Documento Base del primer Plan estratégico**, pendiente, entre otros, de los indicadores para evaluar su implantación. El Plan, como es propio de su naturaleza, además de contemplar la misión, visión y valores institucionales, configura, tanto para la función fiscalizadora como para la jurisdiccional y la de gobierno del Tribunal, 4 objetivos estratégicos, 21 específicos y 80 medidas, utilizando la terminología de la cultura del Gobierno Abierto (buen gobierno, transparencia, posición social...).

⁷ En la actualidad, y pendiente aún de completar el sistema de control de calidad, compete al Pleno promover la mejora de la calidad y adoptar buenas prácticas en la planificación y ejecución de la función de fiscalización, y ello, verificando, en los procedimientos correspondientes, si el trabajo se ha realizado de conformidad con las normas legales aplicables y con las Normas de Fiscalización y, en particular, si se han alcanzado todos los objetivos de la fiscalización y si la evidencia obtenida es suficiente y adecuada para sustentar las conclusiones del correspondiente Informe.

Los **objetivos estratégicos**, en síntesis, se concretan en contribuir al buen gobierno y a la mejora de la actividad económico-financiera del sector público; fortalecer la posición institucional y el reconocimiento social del Tribunal de Cuentas; implantar un sistema global de garantía de calidad y reforzar la gestión de los recursos humanos y materiales del Tribunal, bajo los principios de eficiencia, economía, igualdad y transparencia.

Permítanme, en primer término, una breve mención a este último objetivo. Como es propio de un Plan estratégico, ya no se hacen hipótesis de similares **medios**, sino que, previendo, como es lógico, el análisis de la adecuación de la organización de los Departamentos y Unidades a los cambios de la legislación y de las Administraciones Públicas, se contempla, entre otras actuaciones -y me refiero ahora a la actividad fiscalizadora-, la necesidad de determinar la composición en número y preparación técnica de los recursos humanos. Quiero posicionarme al respecto. Estimo sustanciales la sede adecuada, los profesionales suficientes en número y especialización, el presupuesto -en esta materia, será muy importante la comunicación con las Cortes, donde, en las citadas Comisiones, se pregunta abiertamente por la necesidad de medios-, y la asistencia, cuanto antes, a los Auditores con el apoyo de ingenieros informáticos para validar los sistemas de información de las entidades fiscalizadas y la realización de auditorías de los sistemas informatizados e, incluso, para ir prescindiendo, cuando sea posible, de la utilización de muestras.

Considero que los Directivos especialistas en control externo en la Institución ha de hacerlos la propia Institución y han de poder dirigir un importante número de fiscalizaciones, con un valor añadido, por sus conocimientos específicos en control externo y la capacidad para involucrar técnicamente a los equipos, lo que les hace, en mi apreciación, auténticamente irremplazables, como el capital más importante de la Institución, que goza, no lo olvidemos, de competencia exclusiva para el gobierno, régimen interior y personal a su servicio. En este sentido, tenemos que recordar que ningún Plan estratégico se configura ajeno a los medios humanos y materiales ni, desde luego, al necesario presupuesto, en el que habrá de considerarse el nivel exigible de excelencia y la correspondiente retribución, por ser determinantes en el logro de los objetivos que se planteen.

En cuanto a los restantes objetivos, quisiera resaltar, **por lo que se refiere a la actividad fiscalizadora**, algunos rasgos del Plan estratégico de especial importancia:

En primer lugar, integra, en lo fundamental, los objetivos y medidas que se contenían en el Documento de la Planificación a medio y largo plazo, que no están agotados.

En segundo término, se contemplan como medidas, en el objetivo específico de realizar actuaciones que sirvan a las Cortes y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para conseguir un sector público más razonable y eficiente, promover reuniones de trabajo con la Comisión Mixta para identificar ámbitos de mutuo interés que pudieran ser incorporados a la programación de fiscalizaciones, así como articular mecanismos que posibiliten la efectividad de las recomendaciones; implantar un sistema electrónico de seguimiento de recomendaciones del Tribunal y de resoluciones de las Cortes;⁸ contribuir a la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas mediante la realización de actuaciones fiscalizadoras relativas al buen gobierno del sector público; promover que el Tribunal disponga de la información de las cuentas públicas en términos de Contabilidad Nacional, para su eventual fiscalización, e instar la participación de la Institución en el Comité Técnico de Cuentas Nacionales.

En tercer lugar, interesa subrayar que se mantiene el objetivo del Documento de la Planificación que se concreta en fomentar las buenas prácticas de organización, gestión y control de las entidades públicas, a través de fiscalizaciones en las que se determinen irregularidades, deficiencias, progresos y buenas prácticas; se aborden las áreas de fiscalización con mayores incumplimientos o entidades que no rindan cuentas; se realicen fiscalizaciones de actuaciones económico-financieras de relevancia y actualidad y se fomenten la rendición de cuentas y la máxima colaboración.

La permeabilidad del entorno se aprecia al contemplar el Plan, como **objetivo específico**, el de identificar y fiscalizar las principales áreas de riesgo, con especial hincapié en las prácticas que puedan propiciar **el fraude y la corrupción**. Se concretan, como medidas, el desarrollo de fiscalizaciones en las que pueda apreciarse la existencia de irregularidades que den lugar a la

⁸ Entre las Resoluciones recientes dirigidas al Tribunal y que habrá que abordar destacan la relativa a cumplir los plazos de la Ley Orgánica en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado y promover reformas legislativas en el acortamiento de plazos de aprobación de la Declaración. También, entre otras, hacer fiscalizaciones de la aplicación de medidas del Informe CORA o relativas al análisis de otra información relevante de empresas y fundaciones, como informes de Gobierno corporativo, de sostenibilidad o de gestión (posible fiscalización de lo que denominamos, más allá de la información de los estados financieros, fiscalización de la “información integrada”).

exigencia de cualquier tipo de responsabilidad, no solo la contable; la fiscalización sistemática de contratación y subvenciones, así como los volúmenes más significativos de ingreso y gasto público y reforzar la coordinación con los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas (OCEX) sobre los criterios de elaboración de los programas anuales de fiscalización en lo que atañe a las Entidades Locales y a las Comunidades Autónomas.

Al abordar el objetivo específico de incrementar las **fiscalizaciones operativas**, se prevé impulsar la realización de auditorías de sistemas informáticos y de fiscalizaciones medioambientales.

Se incluye, además, como objetivo específico, **agilizar la tramitación de los procedimientos fiscalizadores** y se concretan las medidas consistentes en acortar los plazos de ejecución de las fiscalizaciones, proponer medidas legislativas tendentes a la reducción de plazos de rendición de cuentas en los distintos subsectores públicos y reducir el tiempo empleado en examinar y comprobar la Cuenta General del Estado y aprobar la correspondiente Declaración.

Se integra, asimismo, en el Plan, como objetivo específico, el de **contribuir al fortalecimiento del control interno** -dentro del estratégico de fortalecer la posición institucional y el reconocimiento social- y se concretan las medidas de fiscalizar regularmente los sistemas y procedimiento de control interno, además de incrementar la colaboración y de aprovechar las sinergias a la hora de programar y ejecutar las fiscalizaciones del Tribunal.

En el objetivo específico de **facilitar el acceso a la información de la Institución**, resalta la medida consistente en facilitar la comprensión de los Informes de fiscalización, a través de un lenguaje claro y accesible, y la inclusión de un resumen de los objetivos, hallazgos y recomendaciones que facilite su difusión pública.

Y, finalmente, quisiera subrayar que en el objetivo estratégico de establecer un **sistema global de garantía de la calidad** (insisto, para todos los ámbitos de la actuación del Tribunal, fiscalización, enjuiciamiento y gobernanza de la Institución) se prevé implantar medidas que garanticen la calidad y coordinación de actuaciones fiscalizadoras desarrolladas por todos los Departamentos de la Sección de Fiscalización; constituir órganos, comisiones y unidades de evaluación, seguimiento y control de los diferentes procedimientos del Tribunal; desarrollar de forma continuada controles de calidad en los procedimientos fiscalizadores; evaluar el cumplimiento de

normas y manuales y, periódicamente, la gestión de los procedimientos y controlar los tiempos de tramitación y la carga de trabajo. Y, por supuesto, someter periódicamente al Tribunal a procedimientos de revisión externa del conjunto de su actividad y las cuentas anuales, y efectuar el seguimiento de la aplicación de las recomendaciones formuladas con anterioridad, incluyendo en la Memoria Anual los datos más significativos referidos al cumplimiento de los aspectos de calidad de la Institución.

En definitiva, se presenta a la Institución en el Plan estratégico perfectamente anclada en el sistema de controles, en un entorno permeable y con una estrategia de comunicación.

Permítanme unas **reflexiones finales** en torno a cómo podemos reencontrar nuestro sitio, resituarse en este tiempo el control externo, cerrada prácticamente una época y ya alumbrada la siguiente, después de un proceso en el que la evolución técnica del Tribunal es incuestionable, y hacerlo elevando la mirada y apuntando otra perspectiva.

Estimo que el **Programa de Fiscalizaciones para 2018**, con los medios disponibles y mientras se aborda la cuestión del personal como se ha previsto en el Plan, podría, enmarcado ya en este, lograr la máxima capacidad en contenido de fiscalizaciones, por el camino de atender las iniciativas de los Plenos del Congreso y del Senado en cuanto a los plazos en el procedimiento de la Cuenta General, las de la Comisión Mixta referidas al Informe CORA y a las fiscalizaciones integradas a las que anteriormente se ha hecho mención; evitando incluir fiscalizaciones antiguas (ámbitos temporales pretéritos y/o materias no relevantes) y sin realizar programaciones ‘a futuro’ (es decir, más allá del año natural al que, esencialmente, ha de referirse el Programa), avanzando rápidamente en el sentido de los criterios acordados para la elaboración del Programa en curso.

En lo que atañe a nuestra **relación con las Cortes**, no es fácil mantener, si se aprecia la actividad de la Comisión Mixta en esta XII Legislatura y las de la Comisión y Subcomisión que anteriormente he citado, que nuestra Institución sea ignorada o no se demanden sus resultados puntuales con el mayor interés. No recuerdo una época de mayor actividad; bien es cierto que había sido precedida de otra en que ocurrió todo lo contrario, por el devenir de las anteriores Legislaturas.

Pero, si me preguntan por un hilo conductor, una inquietud, una solicitud, una crítica reiterada, en determinados casos, y, también, por qué no decirlo, una razón de ser esencial que yo aprecie de interés cuando se alude en el ámbito

parlamentario a los resultados de nuestra Institución, es siempre la misma, la demanda de su utilidad para el Parlamento, para la toma de decisiones, normativas o no, y superando las conclusiones (deficiencias, defectos, incumplimientos) y recomendaciones recurrentes, al punto de haber recomendado recientemente al Tribunal la práctica -común entre entidades de nuestro entorno, como el Tribunal de Cuentas Europeo- de ponerle fecha límite de aplicación a las recomendaciones. Ello favorecería, sin duda, su seguimiento efectivo por parte del Tribunal y, me permito apuntar, para futuras reformas, que entiendo acertado que la publicación de los resultados del Tribunal -Supremo Órgano Fiscalizador- en el BOE no tenga que retrasarse hasta que se adopten Resoluciones en Comisión Mixta, condicionante que estableció la Ley de Funcionamiento. Añado, también, la necesidad de que las recomendaciones resulten muy claras y concisas. Recientemente, se ha preguntado al Presidente del Tribunal qué se quería decir con determinada recomendación o cuáles eran las causas de los reiterados incumplimientos de las recomendaciones del Tribunal.

Entiendo que hemos de **resitu**ar la perspectiva ‘IGAE/ Ejecutivo/ Tribunal/ Parlamento’, como consecuencia de que el control interno cuenta ya con marcos jurídicos que permiten resultados a un nivel superior. La perspectiva podría ser la de preguntarnos por qué contando, como contamos, con magníficos resultados de los controles de la IGAE, no se solventan, en muchas ocasiones, los fallos de los gestores. Aunque parezca obvio, tenemos que apuntar que la eficacia del control interno público no se agota en sí mismo, requiere la actuación del Ejecutivo. Incluir esta en el ámbito de la fiscalización es esencial para la efectividad del control externo, le permite otro nivel de resultados, abarcar en la fiscalización actividades y gestiones públicas en procesos completos, obtener más rápidamente y trasladar a las Cortes resultados ‘de conjunto’ sobre el sector público estatal o de distintos grupos de entidades del mismo, y al Parlamento disponer de resultados técnicos que faciliten la adopción de decisiones para el control del Ejecutivo, del que dependen, no hay que olvidarlo, la IGAE y los gestores.

En este sentido, considero de interés en el ámbito del sector público estatal que el Tribunal evite, al máximo, duplicidades con el control interno gubernamental y ponga el énfasis en la programación de fiscalizaciones y evaluación de la eficacia de la actuación de dicho control, **verificando por qué no se han conseguido solventar, en su caso, los defectos** que haya detectado en la gestión económica y financiera del mismo. Recordemos, al efecto, que corresponde a dicho control gubernamental verificar el cumplimiento de la normativa de gestión por las entidades del sector, la vigilancia del adecuado registro y contabilización, con especial atención allí

donde no se han rendido cuentas o se ha hecho con retraso o sin solventar las salvedades⁹; tiene competencias para realizar actuaciones encaminadas a la mejora de los procesos de gestión económico-financieros y de contabilización, y de establecimiento de medidas para reforzar su propia supervisión. Como le corresponde el control de gestión y la comprobación del cumplimiento de los objetivos asignados a las entidades. Sin olvidar sus competencias como centro directivo y gestor de la contabilidad pública, en la elaboración de cuentas nacionales y del informe del grado de cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, en el seguimiento del equilibrio financiero de las entidades integrantes del referido sector y de los planes de saneamiento derivados de su incumplimiento.

Estimo que, en el futuro inmediato, **la fiscalización por parte del Tribunal de la eficacia en el ejercicio de todas las competencias del control gubernamental** resultará determinante para la mejora de la gestión pública, sin olvidar las posibles propuestas a las Cortes de cambios normativos para que, partiendo del evolucionado estadio en que se encuentran las técnicas contables e informáticas, puedan acortarse, con carácter general, todos los plazos de rendición de cuentas en el sector público estatal y en el conjunto del sector público.

Está pendiente, asimismo, que el Tribunal valore la eficacia de la evaluación realizada por la IGAE sobre los Planes de Acción elaborados por los Departamentos ministeriales (tanto de su gestión como de los organismos y entidades dependientes) para subsanar las deficiencias e incumplimientos puestos de manifiesto en los Informes de control financiero permanente de aquella y del seguimiento que haya hecho de las medidas correctoras, antes y después de la elevación de los informes correspondientes al Consejo de Ministros, en el marco de las últimas novedades en la normativa presupuestaria. Esta actuación del Tribunal coadyuvará a subsanar las reiteradas deficiencias en el sector público estatal, y, lo que no es menos importante, reforzará al propio control interno y facilitará al Parlamento resultados sobre la acción o inacción del Ejecutivo con relación a los gestores.

Consideramos, asimismo, relevante la evaluación por el Tribunal de la promoción atribuida a la IGAE en la coordinación y colaboración con los equivalentes órganos autonómicos de control y con los de las entidades que integran la Administración local en el ejercicio de las funciones contables y de

⁹ La falta de rendición, como los informes de auditoría de la IGAE con opinión denegada o desfavorable son, y deberán ser en el futuro, cada vez más excepcionales.

control, poniendo de manifiesto al Parlamento en los Informes de fiscalización los posibles fallos normativos o de otro tipo en el funcionamiento del sistema de controles gubernamentales en cada subsector y en el conjunto del sector público.

En este sentido, revisten especial importancia **los fallos que el Tribunal pueda detectar en los controles gubernamentales de los ámbitos territoriales**, cuya normativa y garantías de funcionamiento han de reforzarse. Piénsese, en concreto, en los resultados del Tribunal respecto al cumplimiento de las previsiones de colaboración entre la IGAE y las Intervenciones locales para reforzar la autonomía y eficacia de los órganos responsables del control de fiscalización interna de la gestión económico-financiera, contable y presupuestaria de las Entidades locales, área de riesgo constatada.

Otro ámbito de actuación donde podremos resituar la fiscalización para reforzar la importancia de nuestros resultados se refiere a la **verificación del cumplimiento de principios como el de igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en cualquier parte del territorio del Estado**, que consagra el artículo 139 de la Constitución. El Supremo Órgano de control externo técnico, que concurre, donde existen, con otros Órganos de Control Externo en los correspondientes subsectores públicos autonómicos, es, además, el único que puede trasladar a las Cortes resultados de utilidad para la adopción de decisiones en el ámbito nacional en materias como la sanidad o la educación, entre otras. Similar consideración puede hacerse respecto a las previsiones del artículo 135 de la Constitución, en lo que atañe a déficits, endeudamiento, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de los distintos integrantes del conjunto de sector público.

Y, desde que contamos con **nueva normativa del régimen jurídico del sector público**, interesa enfatizar lo importante de que el Tribunal intensifique la fiscalización de los Departamentos Ministeriales, no solo en actuaciones como la anteriormente apuntada respecto a los Planes de Acción, sino, además, por tener ellos atribuido el ejercicio del control de eficacia de las entidades del sector público institucional, como tiene el de su supervisión continua el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. El control de eficacia de las entidades que cada Departamento tiene adscritas se centra en el cumplimiento de los objetivos propios de la actividad de aquellas, según su plan de actuación y las actualizaciones anuales. Respecto a este control y al ejercicio de la supervisión continua para verificar la pervivencia de las razones que justificaron la creación de una entidad y su sostenibilidad futura podrá el Tribunal fiscalizar las evaluaciones de los Ministerios de adscripción y del de

Hacienda y Administraciones Públicas -que se plasman en informes- y las recomendaciones y propuestas de mejora o de transformación o supresión de la entidad. Como sabemos, la más exigente normativa de creación de nuevos organismos (análisis de eficiencia, planes de actuación, razones que fundamentan su creación y forma jurídica, la determinación de los objetivos a cumplir y la calidad de los indicadores para medirlos y, en su caso, la acreditación de la existencia de duplicidades,...) va a permitir al Tribunal un nivel superior de resultados respecto a la organización, gestión y control del sector público estatal.

O, en fin, **fiscalizar la evaluación que realice el Gobierno de la calidad normativa** cuando se trate de normas de gestión económico-financiera pública y de control interno, también derivada del nuevo marco jurídico del sector público (en concreto, de la modificación que ha producido de la Ley del Gobierno). El Tribunal, a partir del Informe en el que se incluyan las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas -de su eficacia, en tanto medida en que se hayan conseguido los fines pretendidos con su aprobación; de su eficiencia, como identificación de las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias, y de las recomendaciones sobre modificación y, en su caso, derogación-, podrá trasladar al Parlamento conclusiones de interés para la mejora de la gestión pública.

Por otra parte, las fiscalizaciones sobre **sostenibilidad ambiental** y de **información integrada**, en cualesquiera ámbitos del sector público, jalonarán, sin lugar a dudas, los futuros Programas Anuales de Fiscalización del Tribunal.

Desde luego, cuanto más '**horizontales**' sean las fiscalizaciones y '**transversales**' los objetivos (siempre abiertos y cambiantes) que decida el Pleno, más fácil resultará resituarnos para que el ejercicio de la función fiscalizadora referida a las más representativas áreas de riesgo produzca resultados técnicos trascendentes para la adopción de medidas por el Legislativo y para la mejora de la gestión pública en **conjuntos de entidades o en actividades públicas de significación y relevancia** -principales Ayuntamientos del ámbito nacional; gestiones como la educativa o la sanitaria en los principales subsectores autonómicos; determinados Ministerios o gestiones prioritarias, cuantitativa o cualitativamente, de grupos de ellos; principales volúmenes de ayudas, subvenciones y contrataciones públicas; organismos, entidades y empresas públicas de los distintos ámbitos, estatal, autonómico y local con problemáticas de gestión comunes, entre otros-.

Y, finalmente, constituye también un reto la **comunicación de nuestros resultados** en los futuros Informes de Desempeño, que habrán de recoger el

cumplimiento de objetivos y los impactos logrados, normativos y de todo tipo, con destino al Parlamento, a la ciudadanía, a los fiscalizados, al Gobierno y a los medios, que, por la solvencia de la Institución y las mejoras conseguidas en la gestión económico financiera pública fiscalizada, mantendrán la confianza en su funcionamiento y verán justificada nuestra mayor potenciación y atribución de medios, en la dimensión adecuada para una gestión fiscalizadora plenamente adaptada a las exigencias de nuestro tiempo.

Bibliografía

Informes, Memorias, Mociones y Notas aprobadas por el Pleno. (www.tcu.es).

MORAL MORAL, M^a del Carmen:

- “*El control de la financiación de los partidos políticos*”. Revista Española de Control Externo, N°3.
- Tribunal de Cuentas. Documento tras el Curso de Verano de la Universidad Complutense, en San Lorenzo de El Escorial, “*El Tribunal de Cuentas ante la corrupción*”. 1999. (www.tcu.es).
- “*Crisis de gestión de la solvencia de las entidades de crédito, consecuencias para los fondos públicos y en el marco normativo*”. Revista Española de Control Externo n° 47. (www.tcu.es)
- “*El Informe Especial de Fiscalización n° 29/2016 del Tribunal de Cuentas Europeo sobre el Mecanismo Único de Supervisión*”. Revista Española de Control Externo n° 56. (www.tcu.es).

MORAL MORAL, M^a del Carmen y CORRAL PEDRUZO, F. Javier: “*Crónica de las intervenciones del Presidente del Tribunal en las comparecencias en la Comisión Mixta para presentar los resultados de fiscalización*”. Revista Española de Control Externo n° 23, 26 y 27. (www.tcu.es)

- Normas y Manuales de Fiscalización del Tribunal de Cuentas. (www.tcu.es).

EL PROCESAMIENTO FISCALIZADOR Y SU RELACIÓN CON EL ENJUICIAMIENTO CONTABLE

José Antonio Pajares Giménez

*Vocal Asesor de la Presidencia de la Sección de Fiscalización
Tribunal de Cuentas*

¿QUÉ ES EL PROCEDIMIENTO FISCALIZADOR?

1. CONCEPTO Y CARACTERES

El procedimiento fiscalizador o, por mejor decir, los procedimientos fiscalizadores aparecen por primera vez expresamente mencionados en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, en concreto en el Capítulo II de su Título V, que presenta la denominación de “*Los procedimientos fiscalizadores*”.

Con la legalidad anterior a la Orgánica de 1982, aunque el Tribunal actuaba unas veces en función meramente fiscal y otras en función jurisdiccional, lo cierto es que resultaba muy difícil, incluso casi imposible, diferenciar cuando actuaba en una función o en otra, dado que en el ejercicio de la primera le correspondía poner en conocimiento del Jefe del Estado y de las Corte la opinión que formara acerca de los términos en que hubieran sido cumplidas las Leyes de Presupuestos y las demás de carácter fiscal, y la actividad cuasi-jurisdiccional o administrativa-judicial del Tribunal se plasmaba en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado, expidiendo la certificación de su resultado, en el también examen, comprobación y fallo de las cuentas parciales, a través del juicio de cuentas, en el conocimiento y resolución de los expedientes de alcance y reintegro, y en los expedientes de cancelación de fianzas. El juicio de cuentas no entrañaba naturaleza jurisdiccional alguna, dado que el examen de las cuentas reflejaba una actuación netamente fiscalizadora, asentada principalmente en la observancia de la legalidad y regularidad de las operaciones contables y en el control riguroso de los justificantes. Pero al tratase *ex lege* del ejercicio de una función jurisdiccional era necesario que todas las cuentas fueran comprobadas (sin posibilidad de muestreo) y, acto seguido, o bien fallarlas de conformidad si no se detectaban reparos o bien proceder a la condena de los responsables, que tenía lugar cuando se advirtiera algún perjuicio al Tesoro por la conducta de los cuentadantes, y, en definitiva, cuando, según la terminología legal, había un “alcance dentro de la cuentas”.

No existía, por tanto, un procedimiento para que el Tribunal desarrollara su función meramente fiscal. Tan solo se regulaban unos procedimientos -

los tres antes citados- para los casos en que actuaba en función jurisdiccional. De ahí la afirmación inicial de que el procedimiento fiscalizador surge con la Ley Orgánica de 1982 y, en efecto, el artículo 45 describe los procedimientos fiscalizadores como aquellos establecidos “*para el ejercicio de la función fiscalizadora*” del Tribunal de Cuentas, añadiendo que se impulsarán de oficio en todos sus trámites y que su iniciativa corresponde al propio Tribunal, a las Cortes Generales y, en su ámbito, a las Asambleas Legislativas de la Comunidades Autónomas.

Así pues, el procedimiento fiscalizador se puede definir como el conjunto de trámites y actuaciones, ajustados a las prescripciones de la LOTCu y de la LFTCu, por los que el Tribunal de Cuentas, con audiencia de los responsables de los órganos o entidades fiscalizados, evalúa las cuentas y la gestión económico-financiera de un área, programa o entidad del sector público bajo diferentes perspectivas (cumplimiento de la legalidad; adecuada representación por parte de las cuentas de la imagen fiel de la situación financiera y patrimonial, de los resultados y de la ejecución de los presupuestos; correcta definición y aplicación de los sistemas y procedimientos; adecuación a los principios de buena gestión financiera: economía, eficacia, eficiencia y observancia de la transparencia, así como de la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género); determinándose asimismo, en su caso, si existen hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidad contable o de otra naturaleza, para lo cual se pone de manifiesto el resultado de tales actuaciones al Ministerio Fiscal y al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal. Los resultados de fiscalización se exponen generalmente en Informes, aunque también pueden recogerse en forma de Memorias, Mociones y Notas, aprobándose todos estos documentos por el Pleno del Tribunal de Cuentas.

A partir de este concepto podemos deducir los caracteres propios de los procedimientos fiscalizadores:

- Se trata de unos trámites que están predeterminados por la Ley y que tienen como resultado un documento, generalmente un Informe.
- Tiene carácter contradictorio, puesto que los responsables de la entidad fiscalizada y quienes ostentaban dicha responsabilidad durante el tiempo a que se extiende la fiscalización tienen derecho a formular sus alegaciones.
- Tiene una finalidad principal: verificar las cuentas y la adecuada gestión económico-financiera de la entidad fiscalizada desde distintos puntos de vista (de legalidad, financiero, de sistemas y procedimientos

y de economía, eficiencia y eficacia), sin perjuicio de que permitan detectar la existencia de presuntas responsabilidades contables o de otra naturaleza.

2. NATURALEZA

Por lo que se refiere a su naturaleza, el proceso fiscalizador es un procedimiento especial de informe para el Parlamento, que no tiene naturaleza administrativa. En efecto, es importante señalar que el procedimiento fiscalizador no participa en sentido estricto de la naturaleza del procedimiento administrativo, porque este se encuentra exclusivamente contemplado desde el punto de vista de la resolución que le pone término y en aquel, en cambio, no se producen decisiones o resoluciones administrativas.

Hay que partir de la base de que el procedimiento administrativo, tal y como lo regulaban las Leyes de 1958 y 1992 y actualmente la Ley 39/2015, está constituido por un conjunto ordenado de actuaciones, trámites y documentos que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa. Es decir, el procedimiento administrativo está exclusivamente contemplado desde el punto de vista de la resolución que, lógicamente, le pone término. Inclusive el concepto de acto administrativo que profesan dichas Leyes es el restringido de resolución o decisión administrativa que incide en la esfera de derechos o intereses legítimos de sus destinatarios.

En función, pues, de esta realidad se arbitra a los interesados en la Ley de Procedimiento administrativo la posibilidad de intervención y de impugnación, tanto en vía administrativa como, ulteriormente y en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero en un procedimiento fiscalizador no hay decisiones o resoluciones administrativas. Por imperativo de la Ley 2/1982, artículo 12, *“el resultado de la fiscalización se expondrá por medio de informes o memorias ordinarias o extraordinarias y de mociones o notas que se elevarán a las Cortes Generales y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado (y) cuando la actividad fiscalizadora se refiera a las Comunidades Autónomas o a Entidades que de ellas dependan, el informe se remitirá, asimismo, a las Asambleas Legislativas de la respectiva Comunidad y se publicará también en su Boletín Oficial”*. Inclusive cuando se trata de la Cuenta General del Estado, el Tribunal de Cuentas se limita a emitir, como dice el artículo 10 de la Ley

acabada de citar, *“la declaración definitiva que le merezca para elevarla a las Cámaras con la oportuna propuesta”*, del mismo modo que propuestas son las que formula para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público -artículo 14-.

Si los instrumentos en que se materializa la función fiscalizadora del Tribunal han de ser elevados a las Cortes Generales o, en su caso, a las Asambleas Legislativas u órganos de representación análogos de las Comunidades Autónomas, es porque unas y otras son las que, en definitiva, habrán de entender de las propuestas y conclusiones formuladas y adoptar las disposiciones necesarias para su aplicación. No cabe interpretar, consiguientemente, que la remisión a las Cortes de los informes o memorias, mociones o notas tenga sólo por finalidad hacer posible un debate sobre su contenido sin mayor trascendencia o, lo que es más inconcebible, su simple custodia o archivo. Por ello, si bien la emisión de la declaración o informe, o la formulación de mociones o notas -términos equivalentes y suficientemente expresivos acerca de su carácter medial y no final-, terminan el cometido fiscalizador asignado al Tribunal, no puede decirse que por esta circunstancia los mencionados instrumentos adquieran la condición de actos definitivos susceptibles de producir consecuencias jurídicas per se. Ni siquiera la necesidad de que los resultados de la fiscalización del Tribunal tengan que ser publicados en el Boletín Oficial del Estado, según establece el artículo 12.1 de la Ley 2/1982, cambian su naturaleza, puesto que el régimen de publicidad que se establece en el ante citado precepto no constituye otra cosa que una garantía de que las conclusiones a que aquél haya podido llegar accederán al general conocimiento además de ser analizadas por las meritadas Cortes o Asambleas.

De esta naturaleza, y de la necesidad de que no quede rota la intermediación que ha de existir entre el Tribunal de Cuentas y las Cortes Generales cuando de la función fiscalizadora se trata, deriva, como consecuencia, la imposibilidad de admitir la intervención de interesados, al modo como los configura la Ley de Procedimiento Administrativo, en un procedimiento fiscalizador, y de que éstos puedan desviar, mediante el ejercicio de recursos administrativos y jurisdiccionales, el lógico destino de los informes o memorias, mociones o notas emitidos por aquél. Inclusive ha de mantenerse la mencionada imposibilidad impugnatoria aun cuando se trate de la vía contencioso-administrativa previa al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por la elemental razón de que los instrumentos en que se plasma la función fiscalizadora del Tribunal ni son actos de una

Administración pública sujetos a Derecho administrativo conforme exige el artículo 6º de la Ley 62/1978, de 26 de Diciembre, ni pueden ser disposiciones, actos jurídicos o vía de hecho de poder público alguno como requiere el artículo 41.2 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional: carecen de fuerza para imponer unilateralmente consecuencias jurídicas, como es consustancial a los actos de todo poder público.

3. REGULACIÓN

Los procedimientos fiscalizadores se regulan principalmente del siguiente modo:

- La **regulación general** del ejercicio de la función fiscalizadora se recoge en los arts. 9 a 14 LOTCu y se desarrolla en los arts. 27 a 30 LFTCu, abordando estos últimos determinadas cuestiones como la extensión de dicha función, las relaciones del Tribunal con los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas (OCEX) o el deber de colaboración con el Tribunal de Cuentas.
- Con respecto a la **normativa concreta** relativa a los procedimientos de fiscalización, el artículo 44 LOTCu señala que *“el Tribunal de Cuentas ajustara su actuación a los procedimientos establecidos en su Ley de Funcionamiento, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley Orgánica”* y el artículo 45 LOTCu se refiere principalmente a su iniciativa y tramitación. Por su parte, la LFTCu desarrolla en sus arts. 31 a 44 la regulación de cada uno de los procedimientos de fiscalización, así como su terminación.
- **Derecho supletorio.** En caso de defecto de regulación en las normas del Tribunal de Cuentas (LOTCu y LFTCu) se aplica supletoriamente, de conformidad con la Disposición Final Segunda de la LOTCu y el artículo 32 LFTCu, la Ley de Procedimiento Administrativa, actualmente Ley 39/2015, de 1 de octubre, excepto en lo referente a las disposiciones que determinan el carácter de parte o legitiman para la interposición de recursos en vía administrativa o jurisdiccional, sin perjuicio del derecho a interponer recurso ante el Pleno (sin posibilidad de ulterior recurso contra la resolución del Pleno) por las personas o entidades fiscalizadas, en los supuestos de omisión del trámite de audiencia (recurso previsto en el artículo 44.5 LFTCu). Por tanto, los acuerdos de

fiscalización que adopte el Tribunal tienen naturaleza técnica, no administrativa, y no son susceptibles de recurso en vía administrativa o jurisdiccional (como reconoce el Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2000), salvo en el caso concreto citado de recurso ante el Pleno por omisión del trámite de audiencia.

Además, el Pleno del Tribunal de Cuentas ha aprobado, el 23 de diciembre de 2013, las Normas de Fiscalización del propio Tribunal, cuyo contenido consta de dos partes diferenciadas, una de Normas Técnicas y otra de Normas de Procedimiento, al que se acompaña un glosario.

4. CLASES

Desde el punto de vista de su objeto, los artículos 10 a 14 LOTCu y el artículo 31 LFTCu distinguen los siguientes tipos de procedimientos fiscalizadores, cuya regulación se desarrolla en la propia Ley de Funcionamiento. Según el citado artículo 31, el ejercicio de la función fiscalizadora del Tribunal se llevara a cabo mediante:

- **El examen y comprobación de la Cuenta General del Estado**, que da lugar a que el Pleno dicte la Declaración definitiva sobre la misma para elevarla a las Cortes con la oportuna propuesta, dando traslado al Gobierno.
- **El examen y comprobación de las cuentas** (generales y parciales) de todas las **entidades y organismos** integrantes del **sector público** y de las que deban rendir los perceptores o beneficiarios de ayudas procedentes del mismo sector, tales como subvenciones, créditos o avales.
- **El examen de los expedientes** referentes a los **contratos** celebrados por la Administración del Estado y de las demás entidades del sector público.
- El **examen** de la situación y variaciones del **patrimonio del Estado** y demás entidades del Sector Público.
- El **examen** de los **expedientes** sobre créditos extraordinarios y suplementarios, así como sobre las incorporaciones, ampliaciones, transferencias y demás modificaciones de los créditos presupuestarios iniciales.

- Y cualesquiera **otros** que resultaren **adecuados al cumplimiento** de su función.

El artículo 12 LOTCu, a que antes se ha hecho referencia, señala que *“el resultado de la fiscalización se expondrá por medio de Informes o Memorias, ordinarias o extraordinarias, y de Mociones o Notas que se elevarán a las Cortes Generales y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado”*. Además, *“cuando la actividad fiscalizadora se refiera a las Comunidades Autónomas o a Entidades que de ellas dependan, el Informe se remitirá, asimismo, a la Asamblea Legislativa de la respectiva Comunidad y se publicará también en su Boletín Oficial”*.

5. TRAMITACIÓN

Los trámites por lo que discurre un procedimiento fiscalizador se encuentran recogidos en la Ley Orgánica, Ley de Funcionamiento y también en las Normas de Fiscalización, si bien el primer aspecto que vamos a examinar es el de la **INICIATIVA FISCALIZADORA**:

El artículo 45 LOTCu define quienes tienen atribuida la iniciativa para que el Tribunal de Cuentas realice sus actuaciones fiscalizadoras, señalando que dicha iniciativa corresponde únicamente al propio Tribunal, a las Cortes Generales y, en su ámbito, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Por su parte, el artículo 32.2 LFTCu añade que no se dará curso por el Tribunal de Cuentas a ninguna petición de fiscalización que no provenga de las instancias citadas.

El fundamento de esta solución no puede ser más claro: si el Tribunal de Cuentas hubiera de actuar a impulsos de la voluntad de cualquier persona, organismo o entidad, podría ver paralizada su actuación fiscalizadora y bloqueada o desviada su función de información o exposición a las Cortes Generales en beneficio de esas personas o entidades que se erigirían así en guía o motor de la función fiscalizadora que aquél tiene encomendada.

Precisamente este precepto de la Ley Orgánica constituye un claro argumento demostrativo de la profunda diferencia que existe entre un procedimiento administrativo y un procedimiento fiscalizador. La iniciación de los procedimientos fiscalizadores nunca podrá tener lugar a instancia de parte, sin perjuicio, como es lógico, de la posibilidad de que cualquier iniciativa particular al respecto pueda ser asumida por el Tribunal, las

Cortes Generales o la Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Pero entonces no se tratará ya de ninguna iniciativa particular, sino del ejercicio de la facultad de iniciar, por los órganos que legalmente la tienen atribuida, la actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas. Este es el significado y alcance del artículo 32.2 LFTCu.

En este punto conviene referirse al Programa Anual de Fiscalizaciones, que es aprobado por el Pleno, de conformidad con el artículo 3.a) de la Ley de Funcionamiento, incluye todas las actuaciones que el Tribunal prevé realizar durante el ejercicio correspondiente, a partir de las iniciativas fiscalizadoras formuladas, y se eleva para su conocimiento a la Comisión Mixta.

El programa anual de fiscalizaciones recoge, para cada ejercicio, las iniciativas fiscalizadoras del Tribunal de Cuentas, las fiscalizaciones que emanan de los demás órganos señalados en el artículo 45 de la LOTCu y las que deban realizarse por mandato legal.

Veamos ahora las **diferentes fases** por la que pasa el procedimiento fiscalizador.

- A. INICIO.** En la misma reunión en la que se apruebe el programa anual de fiscalizaciones, el Pleno acordará la designación de ponentes para cada una de las fiscalizaciones previstas en el mismo, que formularán al Pleno del Tribunal una propuesta formal de acuerdo para la iniciación del correspondiente procedimiento fiscalizador y, una vez adoptado por el Pleno el acuerdo de iniciación [artículo 3.b) Ley de Funcionamiento], dirigirán un escrito al titular de la entidad o entidades que vayan a ser específicamente fiscalizadas, en el que se indicará la apertura del procedimiento fiscalizador.
- B. DIRECTRICES TÉCNICAS.** El artículo 3.g) de la Ley de Funcionamiento atribuye al Pleno la facultad de *“establecer las directrices técnicas a que deben sujetarse los diferentes procedimientos de fiscalización”*.

Las directrices técnicas constituyen el documento que conforma la voluntad del Pleno en relación con los diferentes extremos que pudieran afectar a la realización de la fiscalización que se prevé efectuar. La **estructura** y el **contenido** de las directrices técnicas deberán contemplar, por separado, los siguientes aspectos:

- Iniciativa de la fiscalización.
- Ámbitos subjetivo, objetivo y temporal de la fiscalización que se vaya a realizar.
- Resultados de los trabajos preliminares.
- Tipo de fiscalización y objetivos generales. Se indicará el tipo de fiscalización, de acuerdo con la clasificación definida en las normas técnicas 6 y 7, se definirán los objetivos generales de la fiscalización y se concretarán los objetivos transversales que el Pleno hubiera determinado en el programa anual de fiscalizaciones.
- Áreas de trabajo y procedimientos.
- Medios personales.
- Calendario.
- Otras consideraciones. Dentro de este apartado adicional se expondrán cuantos hechos se consideren relevantes para la adecuada planificación de los trabajos fiscalizadores.

C. EJECUCIÓN DEL TRABAJO. Una vez aprobadas las directrices técnicas del procedimiento fiscalizador procede ejecutar el trabajo, para lo cual es de aplicación el apartado 5 de las normas técnicas.

En la etapa de ejecución se obtendrá la evidencia necesaria para fundamentar los resultados de las actuaciones fiscalizadoras mediante la realización de las pruebas previstas en los programas de trabajo de la fiscalización. Los trabajos de fiscalización serán organizados y documentados debidamente. Por último, en esta etapa se llevarán a cabo los procedimientos de supervisión del trabajo.

Precisamente, durante la etapa de ejecución del trabajo pueden encontrarse hechos supuestamente constitutivo de responsabilidad contable o de otra naturaleza, siendo aplicables al respecto las normas técnicas 41 a 43, que contienen las **reglas** siguientes:

- Los resultados de las pruebas realizadas podrán poner de manifiesto hechos o circunstancias que tengan la consideración de limitaciones al alcance de la fiscalización, incertidumbres, deficiencias o irregularidades.
- Cuando en el desarrollo de la fiscalización cualquiera de los integrantes del equipo fiscalizador aprecie irregularidades supuestamente constitutivas de responsabilidad contable, documentará las actuaciones realizadas y las elevará de forma

inmediata a sus superiores jerárquicos, haciendo constar esa circunstancia, para su traslado por la dirección técnica a la consejera o consejero.

- En caso de que cualquiera de los integrantes del equipo fiscalizador aprecie irregularidades cuyo conocimiento pudiera corresponder a una instancia especializada distinta del Tribunal de Cuentas (como las de carácter penal, tributario o administrativo, entre otras) y aquellas sean de especial significación y magnitud, documentará las actuaciones realizadas y las elevará a sus superiores jerárquicos, para su traslado por la dirección técnica a la consejera o consejero. El consejero o consejera ponente, a tenor de lo previsto en el artículo 3.b) de la LFTCu, valorará la oportunidad de elevar la información y documentación detallada de tales actuaciones al Pleno, en cuyo caso lo realizará sin dilación indebida, al objeto de que decida sobre su traslado a la instancia especializada que corresponda.

D. TERMINACIÓN. La terminación de los procedimientos fiscalizadores se regula en el Capítulo X del Título IV de la Ley de Funcionamiento, que se encuentra constituido solamente por el artículo 44.

La fase a que nos estamos refiriendo se produce una vez ejecutado el trabajo fiscalizador, es decir cuando se dispone de las actuaciones practicadas y se formula el anteproyecto del resultado de la fiscalización.

Dentro de esta fase podemos distinguir diferentes trámites: el de audiencia o alegaciones, el de informe del Ministerio Fiscal y Servicio Jurídico del Estado, al que hay que unir el de observaciones de los miembros del Pleno previsto en las normas de procedimiento de las de Fiscalización del Tribunal, la deliberación por la Sección de Fiscalización, el sometimiento a la aprobación del Pleno, la remisión a las Cortes Generales y demás instancias que haya lugar y la publicación en el BOE y, si procediera, en el Diario o Diarios correspondientes de las Comunidades Autónomas.

1. Trámite de audiencia o alegaciones

Figura establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la Ley de Funcionamiento y garantiza la contradicción en el procedimiento fiscalizador.

Los dos apartados citados disponen:

“Una vez tramitados por el Tribunal los procedimientos de fiscalización a que se refiere el presente Título, tanto si deben ser integrados en las Memorias o Informes anuales a que se refiere el artículo 28.1 de la presente Ley, como si deben ser objeto de Memoria extraordinaria con arreglo al número 4 del mismo precepto, e inmediatamente antes de que por el Departamento correspondiente del Tribunal, se redacte el oportuno proyecto de Informe, se pondrán de manifiesto las actuaciones practicadas a los responsables del Sector o Subsector público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadas. En este último supuesto se pondrán de manifiesto a través de sus legítimos representantes para que, con observancia de las normas legales o reglamentarias reguladoras de la adopción de acuerdos en las entidades correspondientes, y en un plazo no superior a treinta días prorrogable con justa causa por un periodo igual, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinente.

La misma audiencia se conferirá a quienes hubieren ostentado la representación del Subsector fiscalizado, o, en su caso, la titularidad del órgano legalmente representante de la entidad del sector público de que se trate durante el período a que se hubiere extendido la fiscalización realizada.

Si a la vista de las alegaciones y justificaciones presentadas de acuerdo con lo establecido en el número anterior, se acordaran otras comprobaciones o diligencias, se concederá nueva audiencia en los términos y plazos establecidos en el número 1 de este artículo”.

La audiencia en un procedimiento de esta naturaleza y por lo dicho anteriormente, tiene por finalidad que la entidad, organismo o persona auditada o fiscalizada pueda realizar alegaciones y, en su caso, presentar documentos y justificantes en relación con las observaciones o reparos que no hayan sido solventados a lo largo de la fiscalización, pero no en función de una resolución, que no va a producirse evidentemente, sino para que el Pleno del Tribunal, que es a quien incumbe la aprobación del resultado de la fiscalización, y ulteriormente las Cortes Generales o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas puedan valorar, con conocimiento de

todos los puntos de vista sobre el caso, los informes o memorias, mociones o notas de que Conozcan. Esta es la razón por la que la Ley de Funcionamiento regula el trámite de audiencia con la necesaria flexibilidad y amplitud de plazos, prevé que las alegaciones y justificaciones presentadas puedan determinar la necesidad de nueva audiencia, exige que las producidas se incorporen al proyecto de informe para su deliberación plenaria y remisión posterior a las Cortes Generales, y, por último, excluye que dicha audiencia pueda determinar la interposición de recursos administrativos y jurisdiccionales.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, no podemos olvidar que el apartado 5 del artículo 44 de la Ley de Funcionamiento advierte que *“la omisión del trámite de audiencia a las personas o entidades a que se refieren los números 1 y 2 del presente artículo, con independencia de lo que sobre tal omisión pueda acordar la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, podrá dar lugar a la interposición de recurso ante el Pleno del Tribunal, contra cuya resolución, en este trámite, no se dará recurso alguno”*.

Anteriormente hemos indicado que, conforme a las normas técnicas 41 a 43, si en el curso de la ejecución del trabajo fiscalizador se apreciaban irregularidades supuestamente constitutivas de responsabilidades, entre ellas la contable, se debía de actuar de una forma concreta para su traslado al Consejero de Cuentas ponente de la fiscalización.

Pues bien, el Consejero puede ya desde el momento en que tenga conocimiento de las supuestas responsabilidades darles la tramitación que proceda, pero lo más prudente sería esperar a la culminación de este trámite de audiencia o alegaciones y, a la vista de lo que alegue y de los documentos y justificantes que presente el fiscalizado, tomar la decisión que corresponda. Es más, una lectura atenta y literal de los artículos 45.1 y 46.1 de la Ley de Funcionamiento permitiría deducir que si los hechos supuestamente constitutivos de responsabilidad contable reúnen los caracteres de alcance o de la malversación se pueden pasar inmediatamente a la Sección de Enjuiciamiento -el artículo 46.1 dice textualmente *“se pasarán”*-, pero si son distintos del alcance o de la malversación

habrá de estar concluido el procedimiento fiscalizador, es decir acabado o finalizado.

2. Informe del Ministerio Fiscal o del Servicio Jurídico del Estado.

El apartado 3 del artículo 44 de la Ley de Funcionamiento preceptúa que *“una vez cumplido cuanto se establece en los apartados anteriores, el Departamento en que se siga el procedimiento formulará un proyecto de resultado de la fiscalización y lo pondrá de manifiesto al Ministerio Fiscal y Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas, al objeto de que, dentro de un plazo común no superior a treinta días, formulen lo que estimen pertinente en relación con sus respectivas competencias”*.

Al respecto, el artículo 16.2 de la Ley de Funcionamiento determina, como funciones especiales de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, entre otras, las siguientes:

“.....

- b) *Ser oído en los procedimientos de fiscalización del Tribunal antes de su aprobación definitiva y solicitar la práctica de las diligencias que estime convenientes en orden a la depuración de las responsabilidades contables que de aquéllos puedan resultar.*
- c) *Tomar conocimiento de todos los procedimientos fiscalizadores y jurisdiccionales que se sigan en el Tribunal a efectos de esclarecer las posibles responsabilidades contables que de ellos puedan derivarse.*
- d) *Ejercitar la acción de responsabilidad contable y deducir las pretensiones de esta naturaleza en los juicios de cuentas y procedimientos de reintegro por alcance”*.

Por su parte, el artículo 20.1 de la Ley de Funcionamiento señala que *“el Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas tendrá las funciones reconocidas en la Ley Orgánica 2/1982 ...”* y el 48.2 de esta última dispone que *“la representación y defensa del Estado y de sus Organismos autónomos en las actuaciones a que se refiere la presente Ley corresponderá a los Abogados del Estado (y que) la de las Comunidades Autónomas, provincias y municipios a sus propios Letrados, a los Abogados que designen o a los Abogados del Estado”*.

Así, entre las competencias legalmente atribuidas al Fiscal y al Abogado del Estado en el Tribunal de Cuentas se encuentran las de ejercitar la acción de responsabilidad contable y deducir pretensiones de esta naturaleza, siendo este trámite aquel en que tanto uno como otro, ante hechos supuestamente constitutivos de responsabilidad contable derivados de un proyecto de resultado de la fiscalización, pueden solicitar del Consejero de Cuentas ponente de la misma que los pase a la Sección de Enjuiciamiento, si pudiesen ser alcance o malversación, para se actúe conforme al artículo 46 de la Ley de Funcionamiento, o bien que acuerde la formación de la pieza separada que regula el artículo 45 de dicha Ley, si tales hechos no son alcance o malversación pero sí indiciariamente supuestos de responsabilidad contable.

3. Observaciones de los miembros del Pleno

Además de los dos trámites a que hemos hecho referencia (alegaciones del fiscalizado y audiencia del Fiscal y Servicio Jurídico del Estado), las normas de procedimiento 69 a 75 establecen un trámite de observaciones de los miembros del Pleno, que se ajustará a las siguientes reglas:

- Al tiempo de remitir el proyecto de informe junto con las alegaciones al ministerio fiscal y al servicio jurídico del Estado, el departamento ponente lo enviará a los restantes miembros del Pleno a fin de que, en el mismo plazo fijado para aquellos - no inferior a diez días-, realicen por escrito las observaciones que consideren convenientes. Este plazo podrá prorrogarse, a instancia de cualquiera de los miembros del Pleno, por un periodo no superior a la mitad del inicialmente señalado y sin que el plazo total pueda exceder de treinta días.
- En los escritos de remisión del proyecto de informe previstos en las normas anteriores, la consejera o consejero ponente indicará que están disponibles para consulta de los miembros del Pleno los documentos y antecedentes que han servido de fundamento al resultado que se acompaña. Igualmente se dará acceso a estos documentos al servicio jurídico del Estado en lo que afecta al ejercicio de sus competencias.
- Las observaciones formuladas por los miembros del Pleno se

enviarán al departamento ponente y a la Presidencia de la Sección de Fiscalización.

- El departamento ponente redactará un escrito de contestación a las observaciones recibidas en el que expondrá de forma motivada la posición del departamento respecto de cada una de ellas.
- El plazo para la remisión del escrito de contestación por el departamento ponente a las observaciones recibidas será de diez días contados a partir del siguiente a aquel en que venza el plazo señalado para formular las observaciones. Este plazo podrá ampliarse por el departamento ponente por cinco días más cuando circunstancias excepcionales así lo exigiesen, previa comunicación al Presidente o Presidenta de la Sección de Fiscalización, que lo pondrá en conocimiento de los restantes miembros del Pleno.
- El escrito de contestación a las observaciones, acompañado en su caso de la propuesta de modificaciones del proyecto inicialmente distribuido, será remitido por el consejero o consejera ponente, además de al departamento que formuló la observación, al Presidente o Presidenta de la Sección de Fiscalización, indicando si solicita que se incluya el análisis del proyecto en el orden del día de la siguiente reunión de la Sección de Fiscalización.
- El Presidente o Presidenta de la Sección de Fiscalización distribuirá a todos los miembros del Pleno las observaciones formuladas, el escrito de contestación del departamento ponente junto con las páginas del proyecto cuya modificación se propone, y los dictámenes emitidos, en relación con sus respectivas competencias, por el ministerio fiscal y el servicio jurídico del Estado.

4. Deliberación por la Sección de Fiscalización

A este trámite alude expresamente el inciso primero del artículo 44.4 de la Ley de Funcionamiento y las normas de procedimiento 76 y 77 sientan las siguientes reglas:

- Si al analizarse y deliberarse en la Sección de Fiscalización el proyecto de informe y la documentación complementaria se hubiese acordado la modificación del texto inicial, el departamento ponente elaborará el nuevo texto y lo remitirá al Presidente o Presidenta de la Sección de Fiscalización, que procederá a su distribución a todos los miembros del Pleno. La elaboración y distribución del nuevo texto podrá limitarse a las páginas afectadas por la modificación.
- La Sección de Fiscalización elevará al Pleno del Tribunal el proyecto de informe, incluyendo las modificaciones acordadas en su caso.

5. Sometimiento a la aprobación del Pleno

El repetido artículo 44 de la Ley de Funcionamiento se refiere a este trámite en su apartado 5, en perfecta coherencia con el artículo 3.c) de la misma Ley que atribuye al Pleno *“aprobar las Memorias o Informe, Mociones o Notas a que puedan dar lugar los procedimientos de fiscalización”* y el 21.3.a) de la Ley Orgánica, según el cual *“corresponde al Pleno... ejercer la función fiscalizadora”*.

6. Remisión a las Cortes Generales y demás instituciones que haga lugar

El artículo 12 LOTCu determina que los informes, memorias, mociones y notas *“se elevarán a las Cortes Generales y se publicarán en el BOE”*, añadiendo que *“cuando la actividad fiscalizadora se refiera a las Comunidades Autónomas o a entidades que de ellas dependan, el Informe se remitirá, asimismo, a la Asamblea Legislativa de la respectiva Comunidad y se publicará también en su “Boletín Oficial”*.

Los artículos 3.a) y 44.4 LFTCu contienen la remisión a los mismas instancias parlamentarias antes citadas, así como al Pleno de la correspondiente Entidad Local, y el artículo 28 también incluye, en su apartado 3, el envío al Gobierno de la Nación y a los Consejos de Gobierno de la Comunidades Autónomas.

El apartado 1 del artículo 28 LFTCu, en referencia a los resultados de la fiscalización de carácter ordinario, dispone que *“los Informes o*

Memorias, Mociones o Notas aprobados por el Pleno del Tribunal como resultado de su función fiscalizadora, así como las alegaciones y justificaciones a que se refiere el artículo 44 de la presente Ley que hubiesen sido aducidas en cada procedimiento de fiscalización, se expondrán integrados en el Informe o Memoria anual que el Tribunal debe remitir, para su tramitación parlamentaria a las Cortes Generales y, en lo que les afecte, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a los Plenos de las Corporaciones Locales, todo ello en cumplimiento de los artículos 136.2 de la Constitución y 13 de la Ley Orgánica 2/1982 y sin perjuicio de cuanto se establece en los apartados 4 y 6 del presente artículo”, y el apartado 4 del mismo, respecto de los informes o memorias extraordinarios, advierte que “cuando las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas así lo acuerden, o cuando, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal de Cuentas lo considere pertinente, éste pondrá en conocimiento de aquéllas el resultado de cualesquiera procedimientos fiscalizadores, mediante Informes o Memorias extraordinarias y que el Tribunal dará traslado de estas Memorias a los Gobiernos correspondientes, sin perjuicio de su tramitación parlamentaria, separadamente de la Memoria o Informe anual, siguiéndose en todo caso el procedimiento establecido en el apartado 2 de este artículo”.

A pesar de lo dispuesto en este artículo, en la práctica todos los Informes tienen un tratamiento independiente y, por tanto, no integrado en el Informe o Memoria Anual. La remisión a las Cortes o Asambleas Legislativas se hace separadamente para cada Informe, Moción o Nota, con independencia de que, posteriormente, los resultados se incluyan en la Memoria de Actuaciones del Tribunal de Cuentas.

7. Publicación en el BOE y, si procediera, en el Diario o Diarios correspondientes de las Comunidades Autónomas

Además de lo expuesto en el punto 6 que precede, el artículo 28.2 de la Ley de Funcionamiento establece que “conocido por la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas el resultado de las actuaciones fiscalizadoras, y una vez que dicha Comisión haya procedido a su examen, se publicarán en el

“Boletín Oficial del Estado” las resoluciones que se aprueben, conjuntamente con el Informe o Memoria”.

6. CONCLUSIONES

De todo cuanto antecede se puede concluir:

- Que durante la tramitación de un procedimiento fiscalizador hay dos momentos esenciales para dar curso a los hechos supuestamente constitutivos de responsabilidad contable o de otra naturaleza apreciados y suficientemente documentados en el desarrollo de dicho procedimiento: el de ejecución del trabajo fiscalizador, previsto en las normas técnicas de las de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, y el informe del Ministerio Fiscal y el Servicio Jurídico del Estado, regulado en el artículo 44.3 de la Ley de Funcionamiento.
- Que en el primero de los citados todavía no se ha materializado el principio de contradicción que rige el procedimiento fiscalizador, que es de general observancia en todo procedimiento de fiscalización o auditoría y que, conforme a la Ley de Funcionamiento, permite al fiscalizado formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinente.
- Que en ambos casos será el Consejero ponente de la Fiscalización el que adopte la decisión que, a su juicio, proceda.
- Que el Ponente, si se trata de supuestas responsabilidades contables por alcance o malversación, podrá esperar al resultado del trámite de audiencia o alegaciones, o bien trasladar los hechos debidamente documentados a la Sección de Enjuiciamiento en el momento que juzgue más oportuno.
- Que cuando se trate de supuestas responsabilidades contables distintas del alcance o de la malversación, el Ponente deberá esperar a que concluya el procedimiento fiscalizador para, bien de oficio, bien a instancia del Fiscal o del Abogado del Estado, acordar, en su caso, la formación de pieza separada.

- Que si los hechos supuestamente constitutivos de responsabilidad corresponden a una instancia especializada distinta del Tribunal de Cuentas, el Ponente podrá esperar al resultado del trámite de audiencia o alegaciones, o bien elevar la información y documentación correspondiente al Pleno, al objeto de que decida sobre su traslado a la instancia especializada que sea competente.

7. PROPUESTAS

Se pueden enunciar las siguientes:

- Intensificar la flexibilidad y rapidez de la puesta en conocimiento de la Sección de Enjuiciamiento de los hechos supuestamente motivadores de responsabilidad contable o la adopción de las medidas necesarias para el inicio de la actividad jurisdiccional contable o de las actuaciones por el órgano competente en cada caso para las materias propias de otras eventuales responsabilidades.
- Analizar si proceden reformas legislativas concretas para conseguir lo propuesto anteriormente, de forma que el Consejero Ponente de una fiscalización tan pronto tenga la convicción y acreditación de que existen hechos supuestamente motivadores de responsabilidad contable o de otra naturaleza tenga los medios, el procedimiento e incluso la obligación de ponerlos en conocimiento de la Sección de Enjuiciamiento, o bien de iniciar las actuaciones pertinentes de su competencia o bien de trasladarlos a la autoridad o jurisdicción competente.

FUNCIÓN FISCALIZADORA, FRAUDE Y CORRUPCIÓN

Enrique Álvarez Tolcheff

*Director Técnico de la Presidencia de la Sección de Fiscalización
Tribunal de Cuentas*

1. EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: UNA RELACIÓN CLÁSICA Y DISCUTIDA, QUE ADMITE INTERPRETACIONES TEÓRICAS Y SOLUCIONES PRÁCTICAS DIFERENTES

El debate acerca del papel que tenga que desempeñar el Tribunal de Cuentas (TCu) en la lucha contra la corrupción puede considerarse clásico y aparece, como el Guadiana, cada cierto tiempo; con más intensidad, sin duda, en períodos de crisis económica, política y social.

Las posturas son variadas y aun radicalmente opuestas. Así, se dice que los órganos de control externo son ajenos a este asunto y el combate contra el fraude y la corrupción no forma parte de su misión. En el otro extremo, se considera que las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) son instituciones fundamentales para luchar contra esta lacra. Y también hay lugar para quienes mantienen posiciones intermedias, menos tajantes, que distinguen entre la prevención, la detección, la investigación y la sanción de la corrupción, otorgando un papel más o menos relevante a los tribunales de cuentas en función de la actividad de la que se trate.

En una reciente comparecencia del Presidente del Tribunal de Cuentas (PTCu) en las Cortes Generales -ante la Comisión para la auditoría de la calidad democrática, la lucha contra la corrupción y las reformas institucionales y legales-, el 7 de junio de 2017, pudo advertirse la disparidad de enfoques de los grupos parlamentarios sobre esta cuestión.

En efecto, al hilo de la intervención del PTCu, quien indicaba que el TCu no tiene la naturaleza de un órgano anticorrupción ni cuenta con las atribuciones ni los instrumentos necesarios para actuar como tal, se produjeron diferentes intervenciones de los representantes de los grupos parlamentarios. Uno de ellos lamentaba las palabras del PTCu, indicando que sería interesante que el TCu pudiese adoptar alguna función en relación con la lucha contra la corrupción. Otro representante señalaba que el TCu juega un papel crucial en la fiscalización y en la prevención de la corrupción, aunque le faltan medios y facultades para esta tarea. Y un tercero planteaba si, con las competencias actualmente atribuidas, podían incorporarse análisis de riesgos de corrupción en los informes del TCu o si, por el contrario haría falta una unidad especializada para ello o habría que utilizar otro tipo de personal; concluyendo -tras la formulación de aquellos

interrogantes- que se trata de cuestiones que rodean el ámbito de la investigación de la corrupción, lo que es distinto de la actividad del TCu.

Ese interés que la cuestión suscita en la doctrina y las partes interesadas (diputados y senadores, ciudadanos, medios de comunicación) se traslada a la propia comunidad internacional de las EFS, como lo prueban tres botones de muestra tomados del final del siglo pasado: en 1996, el 12 Seminario Naciones Unidas/INTOSAI, celebrado en Viena bajo el título *“El papel de las EFS en la lucha contra la corrupción y la mala gestión”*; en 1998, el XVI INCOSAI, que se desarrolló en Uruguay, uno de cuyos temas llevaba por rótulo precisamente *“El papel de las EFS en la prevención y en la detección del fraude y de la corrupción”*; y en 1999, el Curso de verano organizado en San Lorenzo de El Escorial por la Universidad Complutense de Madrid, en colaboración con el Tribunal de Cuentas, titulado *“El Tribunal de Cuentas ante la corrupción”*¹.

Vistos el interés y la variedad de posturas sobre el asunto, una manera sencilla y directa de aproximarse al debate puede ser la de acudir a la definición de la corrupción y, partiendo de la misma, exponer los diferentes modos de relación que sea dable establecer entre la fiscalización y la corrupción.

2. PRECISIONES NECESARIAS SOBRE EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN: EL SIGNIFICADO «FUERTE» DE CORRUPCIÓN

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (DLE, 23 edición) define la corrupción (cuarta acepción) de la siguiente manera:

“En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y de los medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.

Esta cuarta acepción coincide básicamente con la definición más extendida en la doctrina, que es la de Transparencia Internacional (TI), según la cual la corrupción es *“el abuso de poder para beneficio propio”*.

La corrupción viene a ser, así, la práctica consistente en el abuso de medios encomendados y de una posición de poder con miras a la obtención

¹ El número 3 de la Revista Española de Control Externo, de septiembre de 1999 se ocupó monográficamente de la corrupción y recogió gran parte de las ponencias que se dieron en el curso.

ilegítima de un beneficio, ya sea para quien ostenta esos medios y esa posición, ya sea para sus allegados.

Esta definición describe una práctica ilegítima pero sobre todo ilegal y, por ello, tipificada como delito en el Código Penal. Simplificando mucho, podría decirse que hay corrupción en el sector público cuando alguien comete un ilícito y se aprovecha de su cargo o puesto en beneficio propio.

Es cierto que el delito de corrupción, así denominado, no aparece en este código²; sin embargo, en el título XIX (*“Delitos contra la Administración pública”*) se encuentran tipificados determinados delitos -el cohecho, principalmente, pero también la prevaricación, el tráfico de influencias, la malversación y los fraudes y exacciones ilegales-, que guardan conexión con la corrupción entendida como abuso de poder para beneficio propio.

Por lo tanto, cabe considerar un primer significado de corrupción asociado al derecho penal -un significado «fuerte» de corrupción, pudiera decirse-, que se traduce en la tipificación como delictivas de determinadas acciones y omisiones, que se persiguen -policía, fiscalía- y se enjuician y castigan -juzgados y tribunales- por agentes y órganos específicos, a través de cauces procedimentales -proceso penal- establecidos al efecto.

En este ámbito de la corrupción en sentido fuerte, es fácil comprender que el papel que juega el Tribunal de Cuentas es forzosamente limitado, escaso y, como mucho, indirecto. La función de fiscalización se ejerce siempre sobre la gestión pasada, por medio del control a posteriori de una actividad -la económico-financiera pública- que ya ha tenido lugar. La prevención de lo ocurrido, por tanto, es imposible -más allá del efecto disuasorio y preventivo que tiene la propia existencia de un órgano fiscalizador externo como el TCu.

Pero es que, además, el TCu carece de poderes de investigación, no realiza escuchas autorizadas ni entra en domicilios para registrarlos, no interroga ni envía a prisión preventiva. El TCu actúa sobre las cuentas rendidas y

² La reforma del CP operada por la L.O. 1/2015 introduce una sección cuarta denominada *“Delitos de corrupción en los negocios”*, arts. 286 bis, 286 ter y 286 quater, dentro del capítulo XI (Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores) del título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico). Aquí se comprenden delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, se trate de corrupción en el sector privado (286 bis) o de agente público extranjero (286 ter), aunque en todo caso relacionados con los negocios, con previsión de agravaciones específicas en el 286 quater, aplicables a unos u otros delitos.

sobre la documentación que le proporciona el titular de la actividad fiscalizada, cuya colaboración es esencial para que pueda llevar a cabo la fiscalización sin limitaciones.

Precisamente el deber de colaboración está sujeto a constricciones que no favorecen la actuación del TCu. Así lo puso de manifiesto la moción aprobada por el Pleno de aquel órgano el 24 de febrero de 2011³. Y las dificultades para acceder a datos con trascendencia tributaria u obtenidos por la Administración de la Seguridad Social, dado el carácter reservado de los mismos, siguen desde entonces, incluso a pesar de la reforma del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, referido precisamente a la obligación de colaboración con el TCu.

Por último, no hay que olvidar que el Tribunal de Cuentas fiscaliza el sector público mientras que los casos de corrupción involucran por lo general a terceros privados, que obtienen un sobreprecio en la venta de bienes y servicios a cambio de comisiones a las autoridades o funcionarios corrompidos. Al carecer el Tribunal de cualquier facultad para fiscalizar a esos sujetos privados que más se benefician de la corrupción en el sector público⁴, resulta imposible que el Tribunal de Cuentas juegue un papel inmediato y directo en la lucha contra la corrupción, entendida como la comisión de aquellos delitos que tienen por finalidad el lucro personal o de allegados, abusando de la posición pública que se ocupa.

³ La moción, que el PTCu ha presentado en la Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, el 26 de septiembre de 2017, una vez celebrados estos *Encuentros*, se titula “*Moción sobre el perfeccionamiento de la regulación legal del deber de colaboración de las personas jurídicas públicas y privadas, con el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función fiscalizadora, con la finalidad de mejorar la eficacia del control de la gestión económico-financiera del sector público por parte del Tribunal*”.

En ella se pone de manifiesto la dificultad que tiene el Tribunal para acceder a datos con trascendencia tributaria u obtenidos por la Administración de la Seguridad Social, para utilizarlos en las fiscalizaciones, salvo que se trate de fiscalizar a la propia Agencia Tributaria o a la Administración de la Seguridad Social (lo que contrasta, por cierto, con la facilidad con la que se ceden esos mismos datos a la IGAE o a la IGSS cuando tienen que realizar funciones de control financiero o de auditoría).

A la vista de la misma, la Comisión Mixta ha acordado (resolución de 10 de octubre de 2017) “*instar a las Cortes Generales a que, en el marco de las conclusiones de la iniciativa aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas, actualizadas a la situación jurídica actual, se haga una propuesta de mejora de la colaboración en el marco de un Plan consensuado con los organismos, acorde con todas las limitaciones normativas de transparencia y protección de datos*”

⁴ No se entra ahora en el caso particular de los partidos políticos y fundaciones y entidades a ellos vinculados porque ello constituiría de por sí otra ponencia.

Dicho lo anterior, tampoco cabe desconocer que el TCu desempeña cierto papel en la represión de la corrupción penal (lo que aquí se viene llamando «sentido fuerte» de la corrupción).

Así, por ejemplo, las actuaciones fiscalizadoras y los informes de fiscalización en que aquellas se concretan pueden tener puntualmente utilidad y servir de apoyo en la persecución de delitos relacionados con la corrupción. Aunque no sea frecuente, la Fiscalía ante el TCu ha solicitado la expedición de testimonio de los particulares que detalla para poder instar su persecución ante la jurisdicción penal, cuando en el proyecto de informe de fiscalización se relatan hechos que, en su opinión, permiten fundamentar la existencia de sospechas de la comisión de infracciones penales.

En el período comprendido entre 2014 y lo que va de 2017, esto ha ocurrido en 52 ocasiones⁵, sin que se tengan datos relativos al curso seguido por las actuaciones penales como consecuencia de la actuación del fiscal.

También es posible que los órganos de la jurisdicción penal soliciten la información que conste como consecuencia de las competencias fiscalizadoras del TCu. Así, los juzgados de instrucción han solicitado determinados expedientes de contratación, como antecedentes en las diligencias preliminares, en aquellos casos en los que investigaban las adjudicaciones de contratos públicos a sociedades mercantiles.

Por último, tampoco puede olvidarse que las propias Normas de Fiscalización del TCu, de 23 de diciembre de 2013, prevén y regulan los trámites que el equipo fiscalizador tiene que seguir cuando aprecie irregularidades cuyo conocimiento pudiera corresponder a una instancia especializada distinta del TCu, como es el caso de las de carácter penal⁶; prueba de que en ocasiones la fiscalización revela hechos en apariencia constitutivos de responsabilidad penal.

Hechas estas puntualizaciones, sigue siendo válido que el TCu no desempeña un papel estelar en la lucha contra la corrupción penal y que su contribución principal se realiza en el ámbito que se dirá a continuación.

⁵ 35 en 2014, 11 en 2015, 3 en 2016 y 3 en 2017.

⁶ Norma Técnica 43.

3. EL SIGNIFICADO «DÉBIL» DE CORRUPCIÓN: LA CORRUPCIÓN COMO MALA GESTIÓN

En realidad, la primera acepción que el DLE ofrece de la corrupción es la de *“acción y efecto de corromper o corromperse”*. Por su parte, *“corromper”* tiene las acepciones de *“alterar y trastocar la forma de algo”* (1), *“echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo”* (2), y *“hacer que algo se deteriore”* (5).

Aplicado a la gestión del sector público, corrupción, en este que pudiera denominarse -por contraposición al anterior- significado «débil» de la misma, equivale a la alteración de los fines de la Administración o al desvío o deterioro de los mismos. Como consecuencia, la Administración queda impedida o dificultada para servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, como ordena la Constitución española⁷.

La corrupción de la que ahora se trata equivale a una gestión que no respeta adecuadamente la normativa que le es de aplicación; una gestión ineficaz, ineficiente y antieconómica; una gestión perjudicial al interés general. En definitiva, la corrupción se produce también cuando hay una mala gestión⁸.

Aquí, las posibilidades de las EFS para combatir la corrupción, en el ejercicio de la función auditora o de fiscalización, son enormes.

El XVI INCOSAI (1998) consideraba como áreas públicas particularmente vulnerables a la corrupción la recaudación de impuestos y otras fuentes de ingresos; la contratación pública; las subvenciones y la concesión de permisos y licencias; el área de personal (contratación, administración); las aduanas, y los procesos de privatización.

Y son estas áreas de riesgo o puntos débiles en la gestión pública las que deben ser -y lo son- objeto de escrutinio permanente mediante la realización de fiscalizaciones que culminen en informes puntuales y pertinentes, claros y concisos, en los que se expongan las conclusiones ordenadas y se efectúen las recomendaciones oportunas para mejorar la

⁷ Art. 103.1.

⁸ Como se ha recordado antes, el 12 Seminario Naciones Unidas/INTOSAI de 1996 se tituló *“El papel de las EFS en la lucha contra la corrupción y la mala gestión”*, asociando así ambos conceptos.

gestión; unas recomendaciones que deben ser objeto de seguimiento continuo hasta que se pongan en práctica y respecto de cuyo no seguimiento el ordenamiento prevea alguna clase de reacción, cuando el gestor no esgrima razones convincentes o justificaciones de la no puesta en práctica de las mismas.

En esa línea iban las recomendaciones del citado XVI INCOSAI a las EFS, como por ejemplo las de asumir un papel activo en la evaluación de los sistemas de control interno; realizar un seguimiento enérgico de las recomendaciones; concentrar las fiscalizaciones en áreas y operaciones proclives al fraude y la corrupción; divulgar pública y eficazmente los informes y establecer una buena relación con los medios de comunicación; realizar informes oportunos, comprensibles y fácilmente utilizables; utilizar el código de ética de la INTOSAI y crear un código de ética para el servicio público; y estudiar el establecimiento de un sistema para la recepción y procesamiento de denuncias públicas sobre las irregularidades observadas, que tenga una adecuada difusión.

Ahondando en el papel crucial que -esta vez sí- juegan las EFS en la lucha contra la corrupción, entendida como mala gestión, cabe mencionar el documento base del Plan Estratégico 2017-2021, del TCu, cuyo objetivo estratégico 1 es el de “*contribuir al buen gobierno y a la mejora de la actividad económico-financiera del sector público*”.

De entre los objetivos específicos en que se desagrega el objetivo estratégico 1, el segundo de ellos (“*fomentar buenas prácticas de organización, gestión y control de las entidades públicas*”) se despliega en una serie de medidas, entre las que están “*desarrollar fiscalizaciones en las que se determinen las irregularidades y deficiencias detectadas en la organización, gestión y control de las entidades públicas fiscalizadas, así como los progresos y buenas prácticas de gestión observadas*”; y “*fiscalizar las áreas con mayores incumplimientos o entidades que no rinden cuentas*”.

El tercer objetivo específico del objetivo estratégico 1 es “*identificar y fiscalizar las principales áreas de riesgo, con especial hincapié en las prácticas que puedan propiciar el fraude y la corrupción*”. Aquí sí es posible una acción preventiva del TCu contra el riesgo de toda clase de corrupción, en sentido fuerte o en sentido débil. La primera de las medidas que se establecen para el cumplimiento de este objetivo específico tercero es la de “*desarrollar fiscalizaciones en aquellos ámbitos en los que, a la vista de las actuaciones desarrolladas, entre otros, por los órganos de*

control interno, pudiera apreciarse la existencia de irregularidades que pudieran dar lugar a la exigencia de cualquier tipo de responsabilidad”.

En fin, un gran número de los informes aprobados por el TCu estudian y evalúan el sistema de control interno de las entidades fiscalizadas y fiscalizan la contratación o la actividad subvencional. Precisamente la contratación es objeto de permanente atención y se debate acerca de las malas prácticas, como por ejemplo la del fraccionamiento de los contratos para eludir los requisitos de publicidad o el procedimiento de adjudicación que corresponda, así como acerca de la manera de combatirlas, poniéndolas de manifiesto y efectuando recomendaciones que contribuyan a la mejora de esta actividad pública.

Si a ello añadimos las perspectivas que ofrece la fiscalización de esta nueva manera de gobernar y de gestionar que se conoce como «*buena gobernanza*», cuyas notas principales son las de transparencia, rendición de cuentas e integridad, se comprende que las EFS y, entre ellas, el TCu, tienen una misión importantísima que cumplir, en cuanto institución suprema de control, para mejorar la gestión pública y, de paso, hacer frente a la corrupción.

4. CONCLUSIÓN

El Tribunal de Cuentas no tiene que sufrir una transformación radical que lo convierta en lo que no es -un órgano de lucha contra la corrupción- ni deben atribuírsele nuevas funciones que seguramente no añadirían nada nuevo y podrían entorpecer el correcto ejercicio de las tradicionales.

En definitiva, no se trata de inventar sino de profundizar y perseverar en el cumplimiento de las funciones propias.

Preguntado por la contribución de las EFS en el combate contra el fraude, uno de los intervinientes en el 12 Seminario Naciones Unidas/INTOSAI (Viena, 1996) antes mencionado decía lo siguiente:

“Si consideramos entonces cada sistema nacional, la primera aportación -y sin duda la más importante- que una EFS puede realizar a la lucha contra la corrupción consiste en hacer bien su trabajo normal -en saber ser la piedra angular del dispositivo orientado a asegurar una gestión regular y eficiente de la hacienda pública. De esa forma, la EFS participa en una

prevención eficaz e indispensable para luchar contra la corrupción. Y esta aportación de la EFS a la lucha contra la mala gestión y la corrupción es tanto mayor cuanto más eficaz es la EFS”⁹.

Hacer bien el trabajo normal, ser la clave del sistema que asegura la buena gestión financiera pública; en otras palabras, ejercer las funciones atribuidas en la Constitución y en las leyes, realizar las actividades y cumplir las tareas asignadas -todos y cada uno en su nivel, desde directivos a empleados- de manera profesional. En eso consiste la misión primordial y ahí está, seguramente, la principal garantía del éxito en todos los terrenos -incluido el de la lucha contra la corrupción- de instituciones como el Tribunal de Cuentas.

Nada más que eso, cabe decir; pero, también, ¡nada menos!

⁹ MIGNOT, G., "La función de las EFS en la lucha contra la corrupción y en la promoción de la buena gestión", 12º Seminario Naciones Unidas/INTOSAI, «El papel de las EFS en la lucha contra la corrupción y la mala gestión», Viena, 21-25 de octubre de 1996.

TERCERA JORNADA: LOS PROCEDIMIENTOS



TERCERA JORNADA: LOS PROCEDIMIENTOS

Los recursos contra las resoluciones de los órganos de la jurisdicción contable.

M^a Paz Hernández Valero. Subdirectora Técnica Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento.
Tribunal de Cuentas.

Nuevas perspectivas del enjuiciamiento contable: el control casacional.

César Tolosa Tribiño. Magistrado del Tribunal Supremo.
Sala de los Contencioso-Administrativo.

Las subvenciones públicas: reintegro de ingresos indebidos y la figura del *extraneus* en el procedimiento de jurisdicción contable.

Luis Rueda García. Teniente-Fiscal.
Tribunal de Cuentas.

Propuestas de reforma de la normativa reguladora de la jurisdicción contable.

Carlos Cubillo Rodríguez. Director Técnico del Departamento 1º de la Sección de Enjuiciamiento.
Tribunal de Cuentas.

LOS RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN CONTABLE

M^a Paz Hernández Valero

*Subdirectora Técnica del Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas*

La **Jurisdicción Contable** aparece configurada en el Ordenamiento Jurídico Español, como una auténtica **potestad jurisdiccional** atribuida al Tribunal de Cuentas para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia de responsabilidad contable.

La **competencia para ejercer dicha jurisdicción**, se atribuye por el artículo 52 de la ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, a los Consejero/as de Cuentas, a la Sala de Justicia del citado Tribunal y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

En materia de recursos, el legislador de 1988, reguló un **sistema de medios de impugnación** contra las resoluciones dictadas en el orden jurisdiccional contable que **NO ES UNIFORME Y CARECE DE NORMATIVA PROCESAL PROPIA Y ESPECIFICA**.

La sistemática que utiliza se resume en dos **categorías**:

a) **Regulación general**. Los recursos contra las providencias, autos y sentencias de los órganos de la Jurisdicción Contable se recogen en el Capítulo IX, título V de la ley de Funcionamiento (arts. 80 a 84 de dicha norma legal).

La legislación contable establece una remisión a los recursos previstos en la Ley reguladora del proceso contencioso administrativo.

El artículo 80.1 de la Ley de Funcionamiento así lo determina “*contra las providencias y autos de los órganos de la Jurisdicción Contable se darán los recursos previstos en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo*”.

b) **Regulación especial**. Las leyes contables también regulan otra serie de recursos, dentro del momento procesal en el que pueden interponerse: Recursos contra las resoluciones dictadas en fase de actuaciones previas, contra los autos de admisión de la acción pública, contra los autos que decreten el sobreseimiento del proceso.

Dado que es un tema complejo y árido y con objeto de conseguir la mayor claridad expositiva posible, me voy a referir a los recursos contra las

resoluciones de la jurisdicción contable, no de forma general, sino en relación con las diferentes fases de tramitación de las pretensiones para la exigencia de responsabilidad contable.

Vamos a analizar los diferentes recursos que proceden contra las resoluciones dictadas en el procedimiento de reintegro por alcance, en el juicio de cuentas y en el expediente administrativo de responsabilidad contable.

1. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO POR ALCANCE

Es el procedimiento del que conoce la jurisdicción contable, cuando los hechos son constitutivos de alcance o malversación de caudales públicos en los términos establecidos en el artículo 72 de la Ley de Funcionamiento.

Se desarrolla a través de **las siguientes FASES:**

A. DILIGENCIAS PRELIMINARES

Se regulan en el **artículo 46 de la LFTCU.**

Son el conjunto de actuaciones rápidas orientadas a servir de filtro para casos que, manifiestamente, no revistan caracteres de alcance puedan archivarse, evitándose que pasen a una fase procesal posterior.

El Consejero/a de Cuentas al que por turno haya correspondido, previa tramitación de las mismas, puede adoptar una de las **dos decisiones:**

- Si los hechos revisten indicios suficientes de alcance o malversación nombrará un Delegado Instructor para que los investigue. En este caso, **contra la resolución que se dicte cabe interponer el recurso del artículo 48 de la LFTCU.**

En relación con este recurso la Ley de Funcionamiento no determina los presupuestos para su interposición ni las fases procesales de tramitación, únicamente dice que se debe interponer ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en el plazo de cinco días, y que contra su resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del posible recurso en el proceso jurisdiccional contable

correspondiente. (Posteriormente nos referiremos a él de modo más detenido).

- Si los hechos objeto de las mismas no revisten manifiestamente los caracteres de alcance, o cuando no fuera éste individualizado con referencia a actos concretos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos se dictará resolución en la que se decretará el archivo de las diligencias.

Contra dicha resolución cabe interponer el recurso del **artículo 46.2 de la LFTCU**, ante la Sala de Justicia de este Tribunal en cinco días, sin que quepa ulterior recurso y sin perjuicio de lo que procediere en el proceso jurisdiccional contable correspondiente.

Al margen de los recursos determinados en la Ley de Funcionamiento, en la tramitación de las Diligencias Preliminares tanto providencias como autos, dictados por los Consejero/a de Cuentas, como contra las resoluciones que dicten los Directores Técnicos de los Departamentos de Enjuiciamiento, Diligencias de ordenación o Decretos, podrá interponerse el recurso de reposición, en los términos legalmente previstos. (Posteriormente al tratar la fase jurisdiccional me referiré a él con más detalle).

B. ACTUACIONES PREVIAS

Es la fase de investigación de los hechos orientada a decidir de forma previa y provisional y sin carácter vinculante para las partes procesales o para los órganos de la Jurisdicción Contable, si las presuntas irregularidades presentan indicios racionales de alcance o malversación contable.

El recurso que se regula en la ley para esta fase instructora **es el del artículo 48 DE LA LFTCU**.

La Ley contable se limita a determinar que deberá promoverse ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el plazo de cinco días, pero no contiene norma alguna sobre el procedimiento a seguir, lo que llevó a la **Sala de Justicia del citado Tribunal**, a delimitar las resoluciones susceptibles de impugnación y a adoptar un procedimiento lo más adecuado posible a la naturaleza especial y sumaria de este recurso jurisdiccional contable.

- Tiene un **carácter especial y sumario**.
- Tiene sus **motivos tasados**, sólo procede contra las actuaciones previas en que no se accediere a completar las diligencias solicitadas por los comparecidos o en las que se causara indefensión.

En relación con la apreciación de indefensión el Tribunal Constitucional ha venido considerando en el **auto de 16 de diciembre de 1993**, a propósito de un recurso de amparo contra un Auto de la Sala de Justicia del Tribunal que denegaba el recurso del artículo 48.1, que para poder apreciar adecuadamente si se produce o no indefensión real es preciso tener en cuenta la totalidad del proceso, sin que resulte aceptable alegar indefensión respecto de fases o incidencias aisladas del mismo.

La Sala de Justicia en doctrina reiterada ha venido manifestando, **auto de 21 de diciembre de 2016**, que para apreciar indefensión se ha de producir un perjuicio real y efectivo en la posición jurídica e intereses de los afectados.

- Su **finalidad** es la de ofrecer a los intervinientes en las actuaciones previas un medio de impugnación de las resoluciones que puedan minorar o menoscabar sus posibilidades de defensa. La Sala no puede entrar a conocer de la calificación jurídica de los hechos ni del fondo del asunto.

Ante la falta de regulación legal, la Sala de Apelación del citado Tribunal, en dos autos de **23 de febrero de 1995**, vino a suplir la laguna legal y señaló como **fases de tramitación** las siguientes:

- Interpuesto el recurso, el órgano que dictó la resolución recurrida lo tiene por interpuesto y lo eleva a la Sala con emplazamiento a las partes por cinco días.
- La Sala lo admite o inadmite. La admisión es en un solo efecto. Se otorga al recurrente un plazo de cinco días para instrucción y alegaciones.
- Transcurrido dicho plazo, se hayan formulado o no alegaciones se da traslado de lo actuado a las demás partes por plazo común de cinco

días para la impugnación o para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

- Finalizado el trámite resuelve la sala. Contra dicha resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo que se acordase al respecto, en el procedimiento jurisdiccional y de lo que en su día procediere respecto al recurso de casación.

C. FASE JURISDICCIONAL CONTABLE DE PRIMERA INSTANCIA

Es la fase del juicio plenario y discurre por los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía según la LEC aunque con algunas especialidades contempladas en la LFTCU.

Contra las resoluciones de los Consejero/as de Cuentas que actúan en primera instancia, así como contra las resoluciones de los Directores Técnicos de cada uno de los Departamentos de Enjuiciamiento **caben los siguientes recursos:**

1. Recurso de Reposición y/o Súplica

El artículo 80.1 de la LFTCU determina que contra las providencias y autos de los órganos de la Jurisdicción Contable se darán los recursos previstos en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo. La redacción originaria de la Ley 29/98 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se refería al recurso de súplica como el instrumento para impugnar las providencias y autos que no fueran susceptibles de ser recurridos en apelación o casación.

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, introdujo cambios en la LJCA, atribuyendo nuevas competencias a los Secretarios Judiciales, Directores Técnicos en los Departamentos de Enjuiciamiento en el TCU, lo que implicaba la necesidad de articular un sistema de recursos que permitiera que éstos tuvieran competencia para resolver el recurso interpuesto contra sus resoluciones, se instauró el novedoso recurso de revisión contra sus resoluciones, que es resuelto por el Juez o Tribunal competente, y a su vez se determinó la necesidad de unificar la denominación de los recursos contra providencias y autos no definitivos en la jurisdicción civil, social y contenciosa, desapareciendo la referencia al recurso de

súplica en las dos últimas en favor del término reposición, y aunque a lo largo del articulado de la LJCA se hace referencia al recurso de súplica, se introdujo la **Disposición Adicional Octava** que establecía que *“las referencias en el articulado de esta Ley al recurso de súplica se entenderán hechas al recurso de reposición”*.

Puede interponerse contra providencias y autos dictados por el Consejero/a de Cuentas así como contra diligencias de ordenación y decretos dictados por los Directores Técnicos de los Departamentos de Enjuiciamiento.

Ello debido a que la Ley 13/2009 de reforma procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial añadió una nueva Sección Séptima al artículo 102, **el artículo 102 bis** referido a **los recursos contra las Resoluciones del Secretario Judicial**, en el que se determina que contra las Diligencias de Ordenación y Decretos no definitivos cabe **recurso de reposición** ante el Secretario que dictó la resolución recurrida en el plazo de cinco días desde el siguiente a la notificación de la resolución recurrida.

Dicho recurso podrá ser inadmitido mediante Decreto, sino cumple los requisitos legales, resolución recurrible directamente en revisión o admitido en cuyo caso se tramita con traslado a las partes por si quieren impugnarlo, transcurrido dicho plazo, el Secretario judicial resolverá mediante Decreto

El apartado 2º del citado precepto determinaba que **Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva**. Dicho apartado fue declarado inconstitucional y nulo en la **Sentencia 58/2016, de 17 de marzo**.

Considera el Tribunal Constitucional que dicho apartado incurre en insalvable inconstitucionalidad al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la reserva de jurisdicción a los jueces y Tribunales integrantes del poder judicial.

Por ello, en tanto el legislador no se pronuncie, el recurso judicial procedente frente al Decreto del Director Técnico resolutivo de la

reposición **ha de ser el directo de revisión** a que se refiere el propio artículo 102.bis 2 LJCA.

EL recurso de reposición es un **recurso ordinario, no devolutivo, no suspensivo**, que ha de interponerse en el **plazo** de cinco días desde el siguiente a la notificación de la resolución impugnada, plazo al que resulta de aplicación la previsión contenida en el **artículo 135.5 de la LEC** que permite que la presentación de un escrito pueda efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.

Para la **presentación** de escritos en los procesos contables deben observarse las **previsiones contenidas en el artículo 63 de la LFTCU**, en el Registro General del Tribunal de Cuentas o en el Juzgado de Guardia o de Primera Instancia o Instrucción del lugar de residencia del interesado o de su representante procesal.

Legitimación, las partes en el proceso y el Ministerio Fiscal que ostenta la legitimación activa en todos los procesos contables.

Su **interposición y tramitación** se sustanciará y decidirá en la forma prevenida para el recurso de la misma naturaleza en la ley reguladora del proceso contencioso administrativo, lo cual remite al contenido de los artículos 80 y ss de la Ley 29/1988, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Recurso de Apelación

En el ámbito contable, el recurso de apelación, como determina el **artículo 80.3 de la LFTCU** se sustanciará y decidirá en la forma prevenida para el recurso de la misma naturaleza en la ley reguladora del proceso contencioso administrativo, lo cual remite al contenido de los artículos 80 y ss. de la Ley 29/1988, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El recurso de apelación en el orden contencioso administrativo fue suprimido por la reforma operada por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, aunque con carácter temporal, hasta el momento en que se establecieran los Juzgados de lo Contencioso administrativo que habían sido creados por la LOPJ, para conocer de

los asuntos no atribuidos a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia.

La desaparición del recurso de apelación en el ámbito contencioso administrativo no debería haber incidido en el ámbito jurisdiccional contable, pero la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas no lo entendió así, y en varias resoluciones en las que cabe señalar el **Auto dictado el 28 de julio de 1993** consideró, que ante el vacío o laguna legal existente sufrida por la norma de remisión a la apelación no quedaba más remedio que acudir a las normas aplicables de la LEC de aplicación supletoria, conforme a lo preceptuado para la Jurisdicción Contable en la DF Segunda de la L.O 2/1982, de 12 de mayo, en relación con lo dispuesto en la D.A 6ª de la LJCA.

La nueva Ley 29/1998 reguladora de la JCA, que entró en vigor el 15 de diciembre, reimplantó el recurso de apelación y consecuentemente se restauró la remisión a dichas normas en la jurisdicción contable.

Es un recurso ordinario, por el que un órgano jurisdiccional diferente, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, revisa a instancia de parte la sentencia dictada por el Consejero o Consejera de Cuentas, extendiendo su función revisora tanto a aspectos de hecho como de derecho.

Por lo que se refiere a los efectos, rige la regla general del artículo 83 de la LJCA, en caso de impugnación de sentencias se admite en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, sin perjuicio de la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia.

Contra los autos conforme a lo dispuesto en el artículo 80 de la LJCA la apelación será en un solo efecto, sin suspender la ejecución de la resolución impugnada.

Resoluciones recurribles en apelación. En el ámbito contable son recurribles en apelación:

- Las sentencias dictadas por los Consejero/as de Cuentas en los procesos contables.
- Los siguientes autos:

- De inadmisión de demanda y de la acción pública del (artículo 56 de la LFTCU).
- De sobreseimiento (artículo 79 LFTCU).
- Deciden la no incoación de juicio contable del artículo 68 de la LFTCU
- Dictados en la ejecución de sentencia.
- Los que pongan fin a la pieza de medidas cautelares
- Los que resuelvan los incidentes de nulidad de actuaciones.

Competencia para conocer del Recurso. Sala de Justicia del TCU. La interposición y admisión del recurso se desarrolla ante el Consejero/a que hubiera dictado la sentencia o auto impugnado, siendo la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, formada por los tres Consejeros de la Sección que no han conocido del asunto en la instancia, la competente resolver el recurso de apelación presentado.

Legitimación. Serán parte legitimada para interponer el recurso los que hayan sido parte en la instancia, demandante y demandada, y cuyos derechos o intereses legítimos resultasen afectados por la sentencia.

En los procesos contables debe destacarse la especial posición del Ministerio Fiscal, éste ostenta legitimación activa en todos los procesos de la jurisdicción contable, pudiendo formular en las mismas pretensiones de responsabilidad contable, bien adhiriéndose total o parcialmente a demandas planteadas por otros legitimados o bien presentando una demanda propia.

Interposición del recurso. En los lugares y a través de los medios que se determinan en el artículo 63 de la LFTCU., en el Registro General del Tribunal de Cuentas o en el Juzgado de Guardia o de Primera Instancia o Instrucción del lugar de residencia del interesado o de su representante procesal.

Aunque la Ley contable no lo prevé se admite que la presentación de escritos dirigidos a los procesos contables pueda realizarse por medios telemáticos.

Así lo ha venido interpretando la Sala de Justicia y en la sentencia nº21, de 5 de diciembre de 2013 , en relación con la presentación por fax de una demanda por el Ayuntamiento de Marbella, la Sala

desestimó las alegaciones de inadmisibilidad realizadas por el apelante, al considerar, que al no regular las Leyes del Tribunal de Cuentas y la LJCA la presentación de escritos ante los Tribunales por medios técnicos **era de aplicación el artículo 135.5 de la LEC**, precepto que dispone que los escritos y documentos podrán ser enviarse por medios técnicos cuando las oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de dichos medios que permitan el envío y la normal recepción de los mismos, de tal forma que esté **garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción integra y de la fecha en que se hicieron.**

Tiempo. La interposición del recurso de apelación contable debe realizarse en el plazo de quince días contados desde la notificación de la resolución recurrida.

Para la interposición del recurso de apelación contable es de aplicación lo dispuesto en el artículo 135.1 de la LEC.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en alguna ocasión ha estimado la solicitud de suspensión del plazo para la interposición del recurso de apelación por la concurrencia de causa mayor, imposibilidad de visionar la grabación de las actuaciones de instancia, cuando esta circunstancia sea alegada por la parte por medio de recurso de revisión contra la diligencia del Secretario que denegaba la solicitud inicial de suspensión.

Interposición. La Sala de Justicia del TCU exige que el escrito de interposición del recurso de apelación no se limite a reproducir las alegaciones formuladas en la instancia sino que contenga una motivación suficiente en forma de crítica a la resolución apelada.

El artículo 85.3 de la LJCA abre la posibilidad de que en los escritos de interposición del recurso de apelación o de oposición al mismo, las partes puedan pedir el recibimiento a prueba, para la práctica de las que fuesen denegadas o no fuesen debidamente practicadas en la primera instancia por causas que no les fuesen imputables.

La jurisprudencia contable es constante al declarar que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba es competencia del juez de instancia, siendo necesario desvirtuar los hechos declarados probados en la instancia con medios que acrediten la inexactitud de

los mismos y la veracidad de los alegados en contrario, constituyendo la revisión de la valoración de las pruebas realizadas en la instancia o la práctica de nuevas pruebas en la apelación una circunstancia excepcional.

La Sala de Justicia del TCU mantiene que sólo podrán aportarse en la segunda instancia documentos nuevos junto al escrito de interposición del recurso siempre que sean de fecha posterior a la demanda y no fuese posible acceder a ellos antes de la interposición del recurso o tratándose de documentos de fecha anterior a la demanda, se justifique no tener conocimiento previo de los mismos o se demuestre la imposibilidad de aportación en la instancia.

Tramitación. En cuanto a la tramitación del recurso, el Director Técnico de cada uno de los Departamentos de Enjuiciamiento es el que declara su admisión, y contra dicha resolución no cabe recurso, si estima que concurre algún motivo de inadmisión lo pondrá en conocimiento del Consejero que dictará un Auto de inadmisión contra el que cabe recurso de queja, o una providencia de admisión contra la que no cabe recurso alguno.

Del escrito de admisión se da traslado a las partes para que en el plazo de quince días formulen oposición.

Transcurridos los plazos se elevan los autos a la Sala de Justicia y emplazando a las partes para que comparezcan a la Sala en el plazo de 30 días.

La Sala resolverá el recurso.

La sentencia o auto resolutorio del recurso de apelación deberá también pronunciarse sobre las costas.

Las sentencias y autos dictados en apelación son recurribles en casación ante la Sala 3^a del TS (artículo 81 de la LFTCU).

3. Recurso de Queja

Se regula en el artículo 54.2 a) de la LFTCU. Es el recurso del que conoce la Sala de Justicia, por inadmisión de la apelación acordada

por los Consejero/as de Cuentas en asuntos propios de su competencia jurisdiccional.

La LFTCU no regula la tramitación de este recurso por lo que será la establecida en el artículo 85.2 de la LJCA, precepto legal que se remite a lo previsto en la LEC. Recientemente en el Departamento 3 de Enjuiciamiento se inadmitió recurso de apelación de la parte demandante por fuera de plazo y presentó recurso de queja, que fue desestimado por la Sala de Justicia mediante Auto de 6 de junio de 2017, que confirmó en su totalidad el Auto que inadmitió el recurso.

D. FASES ANTE LA SALA DE JUSTICIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Conforme a lo establecido en el artículo 54 de la LFTCU la Sala de Justicia del TCU conocerá:

- En **única instancia** de los recursos que se formulen contra las resoluciones dictadas por las Administraciones Públicas para resolver los expedientes administrativos de responsabilidad contable.
- En **segunda instancia** de las apelaciones contra las Sentencias dictadas por los Consejeros de Cuentas de cada uno de los Departamentos de Enjuiciamiento.
- También conocerá:
 - De los recursos de queja por inadmisión de la apelación.
 - De los recursos de los artículos 46 y 48 de la LFCU.
 - De los recursos contra las resoluciones que decretan el sobreseimiento.
 - Recursos contra la inadmisión del escrito en que se ejercita la acción pública del artículo 57 de la LFTCU.
 - De los recursos de reposición contra resoluciones de la propia Sala.

RECURSO DE CASACIÓN

Se regula en los artículos 81, 82 y 84 de la LFTCU.

El artículo 12.2 b) de la LJCA determina la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS para conocer de los recursos de casación y revisión contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas.

El recurso de casación se rige por la LJCA, el artículo 84.1 LFTCU remite a dicha Ley, todo lo referente a la preparación, interposición, sustanciación y decisión del recurso de casación.

El recurso de casación contencioso administrativo ha sufrido una profunda reforma por la D.F tercera de la LO 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ.

- Elimina la cuantía de 600.000 € para recurrir y se sustituye por interés casacional que abarca:
 - Sentencias que incluyen a un gran nº de afectados
 - Sentencias contradictorias que dañen gravemente el interés general
 - Sentencias que se apartan deliberadamente jurisprudencia existente.
- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS tendrá que estimar que el recurso presenta interés casacional para la formación de jurisprudencia, lo que deberá motivar el auto de admisión.
- Se amplía el plazo para la presentación del escrito de preparación de 10 a 30 días.
- La Sala de Gobierno del TS ha aprobado recientemente unas normas que establecen la extensión máxima formato y estructura del escrito de interposición, que se aplican también al escrito de oposición.
- La Sentencia fijará doctrina jurisprudencial.

En el ámbito contable el Auto reciente dictado por el TS, de 31 de mayo de 2017 en el caso Cooperación de Valencia ha venido a resolver las dudas existentes en la aplicación de los preceptos determinados en los artículos 81, 82 de la LFTCU o en la

observancia de los preceptos de la LJCA tras la modificación operada por la ley 7/15 de 21 de julio, y ha establecido expresamente las resoluciones que son susceptibles de recurso, la eliminación de la cuantía necesaria para recurrir y la necesidad de observar los preceptos de la LJCA, determinó que se retrotrajeran las actuaciones para que el representante de uno de los declarados responsables contables interpusiera el recurso en debida forma con observancia de los preceptos de la LJCA.

RECURSO DE REVISIÓN

El órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la revisión contable es la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS.

El recurso de revisión que regula la LFTCU tiene también el carácter de extraordinario sólo cabe contra sentencias firmes dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (artículo 52.2 LFTCU).

Sólo procede por los motivos que enumera el artículo 83 de la citada Ley y los motivos para la interposición del recurso son los que se determinan en el citado artículo 83, que coinciden parcialmente con los previstos para la revisión contencioso-administrativa, en el artículo 102 de la ley 29/98 de 13 de julio reguladora de la Jds Contencioso Administrativa.

La Ley 17/2015 también modificó en su disposición final Tercera el artículo 102 de la LRJCA sobre el procedimiento de revisión de sentencias, e introdujo un nuevo motivo para interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que la resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos.

2. RECURSOS EN EL JUICIO DE CUENTAS

Se inicia con la pieza separada del art.45 de la LFTCU que se forma por el Consejero/a de Cuentas de la Sección de Fiscalización, y también pueden los OCEX cuando los hechos son constitutivos de responsabilidad contable distinta del alcance o malversación.

En dicha pieza se fijan de manera previa y provisional los daños y perjuicios y se identifican a los posibles responsables contables. Contra las resoluciones que se adopten cabe interponer el **recurso del artículo 48** que ya hemos visto.

La Sala de Justicia en Autos de 29 de junio de 2001 y de 2 de julio de 1998 ha estimado los recursos del artículo 48. 1 presentados por el AE contra la denegación de formación de pieza separada por el Consejero de Cuentas del Departamento de Fiscalización y entendió que la pieza solicitada estaba justificada en la naturaleza de los hechos reflejados en el Informe de Fiscalización y revisten caracteres de una presunta responsabilidad contable al haberse producido un perjuicio a los fondos públicos que debía ser investigado.

Concluida la pieza separada se inicia la fase de primera instancia que constituye el juicio plenario dónde se ejercita la pretensión contable y se formula la contestación a la misma. Su tramitación se ajusta a las normas reguladoras del recurso contencioso administrativo con las especialidades previstas en la LFTCU.

Los recursos que proceden contra las providencias, autos, y sentencias de los Consejeros de Cuentas y contra las Diligencias de Ordenación y Decretos de los Directores Técnicos son los mismos que la ley prevé para el procedimiento de reintegro por alcance que antes hemos analizado.

3. RECURSOS EN LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD CONTABLE

Son procedimientos, de naturaleza administrativa, que se instruyen y resuelven por órganos de las A. Públicas, cuando se ponen de manifiesto infracciones de las relacionadas en los apartados b) al g) del número 1 del artículo 177 de la Ley General Presupuestaria, y pueden ser avocados por el TCU.

Contra las resoluciones que ponen fin al procedimiento cabe recurso ante la Sala de Justicia del TCU (art. 41.2 LOTCU). La Sala de Justicia en sentencia de 24 de febrero de 2009 mantiene que por vía de este recurso se ejerce la función revisora no sólo en cuanto al contenido de las resoluciones administrativas impugnadas sino también en cuanto al

sometimiento a derecho de la tramitación de los expedientes administrativos en los que éstas se hubieren dictado.

Contra las resoluciones dictadas por el Consejero o Director Técnico rigen las mismas normas que en el procedimiento de reintegro o de cuentas.

También es preciso referirse a los **recursos que pueden interponerse contra los actos y resoluciones dictados por el TCU en el ejercicio de sus funciones gubernativas y en materia de personal.**

En la **D.A 1. 4** de la **LFTCU** se determina que los actos y resoluciones dictados por el TCU en el ejercicio de sus funciones gubernativas y en materia de personal

Serán impugnables en alzada ante el Pleno y las resoluciones de éste recurribles en vía contencioso administrativa ante la Sala 3ª del T.S.

De otro lado, la Ley 19/2013, de 9 de dic de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno, que regula e incrementa la transparencia de la actividad de todos los sujetos que ejercen potestades administrativas, incluyen en su ámbito de aplicación a los órganos constitucionales, y por tanto al TCU. Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles ante la Jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de la interposición potestativa de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el apartado 2.1.f de la Ley en la que se encuentra el TCU sólo cabe recurso contencioso administrativo.

La LO 8/2007 de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos determina la competencia del T.Cu sobre el control de la activ económica financiera de los partidos políticos y la fiscalización de las cuentas de los partidos que perciban algún tipo de subvenciones públicas. El TCU puede iniciar procedimiento sancionador e imponer multas. La resoluciones sancionadoras que adopte el TCU serán susceptibles de recurso contencioso administrativo ante el TS, tiene efecto suspensivo, toda vez que la interposición del recurso suspenderá la ejecución de la resolución adoptada por el TCU.

4. REFLEXIONES

El sistema de recursos contra las resoluciones dictadas por los órganos de la Jurisdicción contable, es complejo, como fiel reflejo de los procedimientos para la exigencia de responsabilidad contable de los que deriva, en los que, ante la falta de regulación legal se recurre a la aplicación supletoria de las normas procesales, encontrándonos con recursos, como el contenido en el artículo 46.2 de la LFTCU, cuando el Consejero declara el archivo de las diligencias preliminares que no se sabe si es el de apelación u otro, pues permanece innominado, y al que se aplican por analogía los trámites de apelación como recurso devolutivo.

Por ello, una reforma de la Ley también debería afectar al sistema de recursos que ayudaría a una mayor simplificación procesal.

**NUEVAS PERSPECTIVAS DEL ENJUICIAMIENTO CONTABLE:
EL CONTROL CASACIONAL**

César Tolosa Tribiño
*Magistrado Sala Tercera
Tribunal Supremo*

1. LA CONFIGURACIÓN Y NATURALEZA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

El artículo 136 de la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, definen al Tribunal de Cuentas como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público, de forma tal que la jurisdicción específica del Tribunal de Cuentas queda vinculada a una infracción de derecho y a una mala gestión económica, generadora de responsabilidad, que conocemos como responsabilidad contable.

Consecuentemente, el núcleo esencial de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y el objeto que delimita su actividad es el concepto de responsabilidad contable, y ello va a suponer una especificidad característica, dado que el ámbito de intervención del Tribunal es, esencialmente, el sector público del Estado, en cuanto tal responsabilidad implica la presencia de las Administraciones Públicas en la utilización y manejo de los caudales públicos.

En definitiva, estamos ante un órgano imparcial, cuya competencia se extiende a relaciones jurídicas de naturaleza pública, por lo que sus similitudes con la jurisdicción contencioso administrativa son evidentes, sin perjuicio de que su competencia esté, como se ha dicho, notablemente delimitada.

La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, viene adornada también por las notas de independencia e inamovilidad, algo que no resulta incompatible con su vinculación directa a las Cortes Generales vinculación de carácter orgánico, que en lo funcional, afecta a la actividad fiscalizadora, para el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado, en la que actúa el Tribunal por delegación del Parlamento (art. 136.1 de la Constitución).

Por último, el referido precepto constitucional y en lo referente a sus componentes, establece que *“Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces”*.

Como señala la STS de 28 de noviembre de 2012 *“La jurisprudencia constitucional ha declarado en repetidas ocasiones -al interpretar el artículo 136.2 CE y los artículos 1, 2 y 15 de la LOTCu- que, en los ámbitos que les son propios, tanto la jurisdicción del Tribunal de Cuentas como la jurisdicción del Tribunal Constitucional constituyen excepciones previstas en la propia Constitución al principio de exclusividad de la función jurisdiccional (artículo 117.3 CE) que la Norma Fundamental encomienda, en forma exclusiva, a los jueces y Tribunales que integran el poder judicial”*[sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2.].

En el mismo sentido la STC 126/2011, de 18 de julio, recuerda que: *“además de las funciones de fiscalización atribuidas al Tribunal de Cuentas por el art. 136 CE, éste tiene también relevantes funciones de enjuiciamiento contable que poseen un indudable carácter jurisdiccional reconocido por este Tribunal (STC 215/2000, de 18 de septiembre). Es precisamente el reconocimiento de tal carácter lo que dota de sentido a la previsión incorporada al art. 49 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, según el cual “[l]as resoluciones del Tribunal de Cuentas, en los casos y en la forma que determine su Ley de Funcionamiento, serán susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo”. Y es también la naturaleza jurisdiccional de las funciones de enjuiciamiento contable que tiene atribuidas dicho Tribunal la razón que explica que el art. 31.2 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, considere a los órganos de la jurisdicción contable como comprendidos, a estos efectos, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo” [...]* *“Se constata así la doble naturaleza de las funciones ejercidas por el Tribunal de Cuentas. Pues mientras que el Tribunal de Cuentas ejerce funciones de fiscalización actúa como órgano constitucional dependiente de las Cortes Generales (art. 136.1 CE), cuando ejerce funciones de enjuiciamiento contable lo hace como órgano jurisdiccional, y sus resoluciones son recurribles ante el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, esto es, ante el Tribunal Supremo (art. 123.1 CE)”* (FJ 10).

Esa misma naturaleza la declaró, en forma inequívoca, la ya citada STC 215/2000, de 18 de septiembre, en un caso en el que se ponía en duda precisamente su carácter jurisdiccional, afirmando que: *“El enjuiciamiento contable que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas constituye el ejercicio de*

una función jurisdiccional, plena y exclusiva, en un proceso especial por razón de la materia”.

De las notas precedentes podemos concluir que estamos ante un órgano, al margen de la estructura de la Administración Pública, que no se integra en el Poder Judicial, pero que ejerce una actividad asimilable a la propia de la jurisdicción, perfectamente deslindable de la jurisdicción ordinaria civil y penal y de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, como señala la STS de 28 de noviembre de 2012, diferenciando la jurisdicción contable de la jurisdicción contencioso administrativa: *“En definitiva, lo que corresponde al TCu es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y de juicio de cuentas que, debe observarse, no se articulan como procesos de impugnación de una decisión administrativa previa, sino que se ejercen directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas (art. 15 LOTCu). En modo alguno ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción del orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 LRJCA). [En el mismo sentido, por todas, Sentencias de 27 de octubre de 2011 (Casación 5494/2009) y de 29 de marzo de 2012 (Casación 2517/2008)]”.*

No obstante, algunos autores continúan realizando una asimilación. Así Gimeno Sendra, al preguntarse acerca de la naturaleza del Tribunal de Cuentas, señala que *“a naturaleza del TCu hay que reconducirla, al igual que el TC y los Tribunales consuetudinarios, a la categoría de Tribunales especiales. Nos encontramos ante un Tribunal especial, cuyas sentencias, al poder ser impugnadas ante la Sala de lo contencioso-administrativo del TS (art. 49 LOTCu, permiten encuadrarlo dentro de dicho orden jurisdiccional contencioso-administrativo y así lo conceptúa el art. 31.2 LO 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, cuando establece que “A los efectos de los conflictos de competencia y cuestiones de competencia regulados en los capítulos II y III del título III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los órganos de la jurisdicción contable se entenderán comprendidos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.*

Estamos ante una jurisdicción especial que se ejerce en materia administrativa y que la doctrina italiana denomina de justicia financiera.

De tal calificación se deriva, tal y como pone de relieve González Rivas, una serie de **características** que sirven para individualizar su perfil en el sentido de que:

1. Su tarea está predeterminada y no depende de acontecimientos aleatorios, por lo que se puede considerar como auténticamente necesaria.
2. La voluntad de los interesados carece de eficacia para excluir, condicionar o paralizar su actuación, por lo que estamos ante un ámbito de actuación que puede cualificarse como improrrogable, y
3. Puesta en conexión la cláusula general de competencia formulada en el artículo 136.1 de la Constitución, las responsabilidades del manejo de los caudales públicos permiten atribuir al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de los alcances y, además, el conocimiento y competencia de las responsabilidades contables.

Estos contenidos, dentro del ámbito de su competencia objetiva, permiten conocer a dicho Tribunal tanto de las cuestiones fácticas como de las cuestiones jurídicas, por lo que ha de reconocérsele la plenitud de conocimiento en el ejercicio de su función jurisdiccional.

2. CONEXIÓN ENTRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS Y EL TRIBUNAL SUPREMO

Caracterizado así el Tribunal de Cuentas como órgano jurisdiccional, su conexión con la jurisdicción contencioso administrativa, deriva de la competencia del Tribunal Supremo, en su Sala Tercera, para conocer en sede casacional de las decisiones adoptadas, si bien, como ya se ha señalado, conviene destacar, a estos efectos, que el Tribunal de Cuentas lleva a cabo dos **funciones diferenciadas**, que son:

1. La de fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público, que tiene carácter externo, permanente y consultivo conforme a los principios de legalidad, eficacia y economía, en relación a la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos, función que culmina en la presentación ante las Cortes Generales de la Memoria o Informe anual, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 136.2 de la Constitución y en el 13 de su Ley Orgánica, sin perjuicio de las

Memoria extraordinaria, Mociones y Notas, concretas y singulares que sean procedentes

2. La función estrictamente jurisdiccional de responsabilidad contable, que consiste en el conocimiento de las pretensiones que las distintas Administraciones deduzcan contra quienes, teniendo a su cargo el manejo de caudales y efectos públicos, hayan incurrido en tal responsabilidad contable por dolo, culpa o negligencia grave, exigencia esta derivada de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley General Presupuestaria, siempre que dichas conductas originen menoscabo en los caudales y efectos públicos, como consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes y normas reguladoras del régimen presupuestario y de la contabilidad aplicable a las entidades del sector público.

En este sentido es revelador el contenido del Auto TS de 3 de marzo de 2000, que declaró la incompetencia del citado tribunal para conocer de la impugnación de la actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, señalando que: *“Es notorio que el Tribunal de Cuentas tiene atribuidos dos órdenes de funciones: la fiscalizadora y la jurisdiccional. Por mor de la primera comprueba el sometimiento de la actividad económica y financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía (Art. 9º-1 de su Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982), exponiendo su resultado a las Cortes Generales por medio de informes o memorias, ordinarias o extraordinarias, mociones y notas. En el desempeño de esta actividad no ejerce ninguna clase de jurisdicción, ni tampoco realiza propiamente una función administrativa desde el momento que actúa por exclusivo mandato e interés del Parlamento, a quien rinde el resultado de su fiscalización, manteniendo una dependencia directa del Poder Legislativo. Por el contrario, en el ejercicio de su función jurisdiccional se constituye como un Tribunal inscrito en la órbita del Poder Judicial al que se vincula merced al sometimiento de sus resoluciones al recurso de casación ante el Tribunal Supremo. De esta forma, el Art. 1º-1 de la Ley citada le atribuye el carácter de «supremo órgano fiscalizador», carácter que en absoluto tiene como órgano jurisdiccional sometido al Tribunal Supremo de Justicia”*.

La citada resolución, corrige la doctrina sentada en una anterior sentencia de 18 de octubre de 1986, donde también en un supuesto de actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se admitió la posibilidad

de revisión jurisdiccional, partiendo de que la Disposición Final Segunda-1 de la Ley Orgánica 2/1982 dispuso que *“La Ley de Procedimiento Administrativo será supletoria de las normas reguladoras de los procedimientos fiscalizadores”*, de donde la sentencia derivaba la recurribilidad jurisdiccional de los informes fiscalizadores por considerar que participan *“de las características de la actividad administrativa ... y, por ello, es una actividad sometida a recursos administrativos y jurisdiccionales”*.

Según el Auto que estamos analizando justo es reconocer que tal razonamiento era sostenible en la fecha que se produjo (1986) pero no en la actualidad, y no porque la Sala cambie de criterio sino porque el 5 de abril de 1988 se promulgó la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, donde claramente se establece que *“La tramitación de los procedimientos de fiscalización se ajustará a las prescripciones de este Título y, en su defecto, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, a excepción de las que determinan el carácter de parte o legitiman para la interposición de recursos en vía administrativa o jurisdiccional”* (Art. 32-1), y la Disposición Adicional Primera-1 remacha que *“En todo lo que no se halle previsto en esta Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de las disposiciones y actos de los órganos del Tribunal de Cuentas no adoptados en el ejercicio de sus funciones fiscalizadora y jurisdiccional, en cuanto resulten aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo”*.

Como señala la Profesora Agulló Agüero *“La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, el enjuiciamiento contable, se relaciona estrechamente con la función fiscalizadora que corresponde al propio Tribunal en la medida en que se dirige a depurar las responsabilidades contables en que pudiesen incurrir quienes manejan fondos públicos y, por tanto, a depurar responsabilidades que en gran parte han sido puestas de manifiesto por el propio Tribunal en el ejercicio de su función fiscalizadora. Pero dicha relación, por razón de la materia, e incluso por razón de la identidad del órgano que las ejerce, no es obstáculo para la identificación de dos funciones perfectamente diferenciadas y de diferente naturaleza cuyo ejercicio se somete en cada caso a principios y reglas muy diferentes”*.

3. EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Como he señalado, las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y la Sala Tercera, se articulan a través del mecanismo del recurso de casación, por lo que, a la vista de la entrada en vigor del nuevo régimen casacional contencioso, considero pertinente aprovechar esta ocasión para reflexionar sobre este nuevo escenario, no sin poner de relieve los problemas que en la aplicación de la nueva regulación, se pueden plantear.

Estas reflexiones son independientes del mantenimiento de la previsión, por la cual, los actos y disposiciones del Tribunal de Cuentas están sometidos, en cuanto órgano de máxima relevancia constitucional, al control directo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, de conformidad con el art. 12.1.c) LJCA, tiene atribuido el control jurisdiccional en relación con las materias de personal, administración y gestión patrimonial.

Por su parte, el art. 12.2.b) LJCA establece que la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación (y revisión) contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas, con arreglo a lo establecido en su Ley de Funcionamiento, esto es, la LFTCu (Ley 7/1988).

Por otro lado, el art. 84.1 LFTCu formula una remisión a la LJCA en todo lo que se refiere a la preparación, interposición, sustanciación y decisión del recursos de casación (*“de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo”*, dice el precepto).

Por fin, el nuevo art. 86.4 se remite a la LFTCu para determinar en qué casos serán susceptibles de recurso de casación las resoluciones que en materia de responsabilidad contable dicte el Tribunal de Cuentas.

Sobre este juego de mutuas remisiones normativas, se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de veintiuno de marzo de dos mil trece, por el que se inadmitió un recurso de casación contra una resolución del Tribunal de Cuentas por defectuosa preparación.

El citado Auto, tras sostener que el recurso *“carece de los requisitos mínimos precisos para ser admitido, al no discurrir por los cauces legales de imperativa observancia a que la ley procesal subordina la válida y*

eficaz interposición, ya que la confusión y el desviado planteamiento de los motivos en que aquél debe fundarse”, aclara, en lo que aquí nos interesa que, “La citada exigencia, de igual modo, es igualmente predicable cuando el recurso de casación se dirige contra resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas a tenor de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, que regula el funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al establecer que los recursos de casación contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas se prepararán, interpondrán, sustanciarán y decidirán de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo, tal y como ya tuvimos la ocasión de señalar en la sentencia de 11 de febrero de 2009, RC 5584/2007. Por tanto, los mismos requisitos que se deben cumplir, tanto en la preparación como en la interposición, respecto de las resoluciones procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional son exigibles en el supuesto de que el recurso se formule frente a resoluciones del Tribunal de Cuentas, salvo las especialidades previstas en su Ley de funcionamiento”.

En idéntico sentido y reforzando la doctrina que exige para el recurso de casación contra resoluciones en materia de responsabilidad contable, el cumplimiento de los requisitos de forma del recurso de casación, se pronuncia el Auto de la Sala Tercera de 15 de julio de 2010, cuando señala que *“Sobre la causa de inadmisión apreciada en la Providencia de la Sala, hemos de expresar en primer término que el artículo 84.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, dispone que “los recursos de casación y revisión se prepararán, interpondrán, sustanciarán y decidirán de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, sin que sea necesaria garantía de depósito alguno”, añadiendo que “Pues bien, aun cuando el artículo 89.1 de la Ley Jurisdiccional no establece un listado de los requisitos de forma cuya concurrencia ha de plasmarse en el escrito de preparación, este Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en multitud de resoluciones la necesidad de hacer constar ya en dicho escrito, primero, el carácter recurrible de la resolución que se intenta impugnar; segundo, la legitimación de la parte recurrente; tercero, el cumplimiento del plazo legalmente fijado para presentar el escrito de preparación, y cuarto, la intención de interponer el recurso de casación contra la sentencia o auto impugnados”* (AATS de 11 y 18 de julio de 2007, y 16 de octubre de 2008, recursos de casación 9741/2003, 2132/2004 y 4184/2007, entre otros muchos).

Y a esos requisitos ha de añadirse la necesidad de anticipar en el mismo escrito de preparación los concretos motivos -de entre los previstos en el artículo 88.1 LJCA- en que se fundamentará el escrito de interposición (cualesquiera que sean en cada caso dichos motivos). *De ahí que sea carga del interesado en recurrir en casación proporcionar ya en el escrito de preparación los datos indispensables para comprobar el cumplimiento de esos requisitos; sin que, por lo demás, esta carga procesal que sólo al recurrente afecta pueda ni deba ser cumplida o completada por la Sala, de oficio y en perjuicio de la parte procesal enfrentada a quien pretende recurrir.*”

Esta mutua remisión, se ha venido utilizando de forma pacífica y con escasos problemas, excepto en materia de determinación de la cuantía y sobre la posibilidad de revisión de las cuestiones de hecho, utilización que se basaba en la identidad de modelos casacionales tanto de la Ley de la jurisdicción, como de la Ley de Funcionamiento. Los problemas surgen porque dicha homogeneidad se ha roto, con la entrada en vigor del nuevo recurso de casación.

Sobre el nuevo modelo, lo primero que procede destacar es que la cuantía del asunto judicial, que en el modelo casacional que se deroga se configuraba como un límite o excepción cuantitativo, desaparece completamente en la nueva redacción como criterio de acceso al recurso de casación ante el Tribunal Supremo siendo, a estos efectos, por tanto indiferente y siendo sustituido por el criterio del denominado “*interés casacional objetivo*”, lo que de forma indirecta, va a permitir el acceso a la casación de un conjunto de resoluciones dictadas en primera instancia que hasta el momento tenían vedado su acceso al recurso.

En segundo lugar, y en un análisis necesariamente sintético, el nuevo modelo del recurso de casación en el orden contencioso administrativo, descansa sobre un concepto fundamental, el del denominado “*interés casacional objetivo*”, concepto jurídico de compleja definición, que se convierte en la clave determinante de la apertura al recurso de casación, haciendo desaparecer el tradicional sistema de articulación del recurso basado en motivos tasados.

Siendo esto así, se nos plantean **dos problemas fundamentales**. En primer lugar determinar qué resoluciones y bajo qué criterio van a tener acceso a la casación las decisiones del Tribunal de Cuentas. En segundo lugar habrá que esclarecer si se mantiene el sistema de motivos tasados para estos

recurso y si la respuesta fuera afirmativa, determinar cómo adaptar la nueva configuración y requisitos, tanto del escrito de preparación, como el de interposición.

Antes de avanzar en la solución a ambos interrogantes, no puedo dejar de poner de relieve que el legislador parece haberse olvidado de la existencia del recurso de casación contra este tipo de sentencias, manteniendo la mención a los supuestos de posibilidad de acceso a la casación, pero obviando la problemática a la que estoy haciendo referencia, nada extraño si reparamos en los problemas que una regulación exigua y deficiente está planteando en relación con el recurso de casación autonómico.

Basta citar **dos ejemplos** para poner de relieve que la confusión creada es real y no forzada.

En el libro publicado por Fco. García Gómez de Mercado y otros, sobre el nuevo recurso de casación, podemos leer que *“...Ahora bien, puesto que la nueva normativa elimina la cuantía mínima para la casación ha de entenderse que el recurso de casación contra resoluciones del Tribunal de Cuentas queda sujeto al régimen general en función de la existencia o no de interés casacional puesto que no tiene sentido aplicar la cuantía obsoleta de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas ni la cuantía establecida en el art. 477 LEC para la casación civil”*. Consecuentemente según estos autores, la entrada en vigor de la nueva casación supone su aplicación global y total a la casación contra las sentencias del Tribunal de Cuentas.

Por el contrario, Eduardo Hinojosa Martínez, en una publicación similar, va a mantener el criterio contrario, al señalar que *“...En definitiva, frente a la inexistencia de una categorización de motivos, que caracteriza el nuevo recurso de casación en la Ley Jurisdiccional, en este ámbito contable se mantiene la división en los cuatro tradicionales motivos casacionales, con el añadido del error evidente en la apreciación de la prueba”*, añadiendo que *“En el plano procedimental, sin embargo, la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas se remite íntegramente a lo establecido por la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo (art. 84.1).*

Sobre este aspecto debe tenerse en cuenta, de un lado, que frente a lo sucedido precisamente para la casación contencioso-administrativa, cuyo efectivo funcionamiento tuvo que esperar su regulación específica en la Ley 10/1992, de 30 de abril, para este otro caso la espera no fue necesaria

al contemplarse dicho procedimiento en la propia Ley 7/1988 (disposición transitoria 3ª), regulación que en términos generales se hizo coincidir con la de la casación civil y cuya observancia se previó en tanto no fuese regulado el recurso de casación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por lo tanto, desde la Ley 10/1992 el procedimiento de la casación en materia contable coincide con el de la casación común, aunque (como establece el mismo art. 84 de la Ley 7/1988), sin que su interposición se someta a garantía de depósito alguno.

De otro lado, el hecho de prescindir la casación contable del presupuesto del interés casacional así como la diversa consideración y tratamiento que tras la reforma de 2015 se da a los escritos de preparación y de interposición del recurso, elementos sobre los que en gran medida gira también el procedimiento de la casación contencioso-administrativa, impondrán sin duda ciertas modulaciones en su tramitación.

Así, los diversos motivos del recurso deberán articularse a través de aquellos escritos de preparación e interposición en la medida establecida por la Ley Jurisdiccional para la nueva casación, aunque manteniendo la estructuración en las cinco categorías establecidas por la ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. De igual forma, el escrito de preparación deberá justificar en todo caso la relevancia que las diversas infracciones en que se sustentan los motivos del recurso, han tenido sobre la decisión recurrida, incluyendo el resto de las indicaciones que la Ley Jurisdiccional establece (art. 89.2 LJCA), aunque, como es natural, sin necesidad de fundamentar la concurrencia en el caso de interés casacional alguno.

Al prescindirse de este presupuesto, el primero de los trámites de admisión no habrá de llevarse a cabo en ningún caso con audiencia de las partes personadas.

Además, por la misma razón, la elección del tipo de resolución, providencia o auto, que ha de emplearse en la resolución del trámite de admisión tampoco puede basarse en aquel presupuesto, como se hace en general para el recurso de casación. Por ello, a falta de otro criterio, parece lo más correcto acudir en este caso supletoriamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que emplea a tal fin la forma de auto (art. 483 LEC).

En lo demás, la tramitación habrá de seguir los nuevos cauces marcados por la reforma de la Ley Orgánica 7/2015”.

Para este autor, deben seguir manteniéndose tanto la cuantía como elemento determinante de la admisión del recurso, como los motivos casacionales, si bien tratando de incardinarlos en el contenido actualmente previsto para los escritos de preparación y de interposición.

Por último y con una posición intermedia, los magistrados Ramón Castillo, Pedro Escribano y Juan Pedro Quintana, ponen de relieve que *“cabe entender tal remisión a la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de dos maneras distintas, que conducen a resultados muy diferentes:*

- *la primera, que dicha remisión opera del mismo modo que lo hacía en la anterior redacción, es decir, que se produce una remisión integral a lo establecido en los arts. 81, 82 y 84 de dicha Ley 7/1988;*
- *la segunda, que la remisión a la Ley 7/1988 se hace únicamente para determinar en qué casos cabe dicho recurso, es decir, qué resoluciones son susceptibles de recurso de casación”.*

Según estos autores, *“Así las cosas, la única forma de considerar vigente y aplicable de forma coherente e inteligible el sistema de la Ley 7/1988, en sus arts. 81, 82 y 84 precitados, pasaría por entender que respecto de las resoluciones del Tribunal de Cuentas sigue vigente el antiguo modelo casacional inicial de la LJCA; pero no parece fácil sostener tal cosa dada la inexistencia de respaldo legal para afirmarlo así, desde el momento que ese antiguo modelo quedará derogado sin matices o salvedades una vez entre en vigor el nuevo”.*

Por el contrario *“estas dificultades a que conduce la primera tesis hermenéutica apuntada se solventan si optamos por la segunda tesis también anotada, consistente en que el nuevo art. 86.4 no hace una remisión global e incondicionada a la Ley 7/1988 en cuanto al régimen jurídico de la impugnabilidad casacional de las resoluciones del Tribunal de Cuentas, sino que tan sólo se remite a dicha Ley para la determinación de los casos en los que cabe recurso de casación. Esto es, en la segunda posibilidad interpretativa que ahora*

apuntamos, el nuevo art. 86.4 se limita a regular de manera específica la recurribilidad de las resoluciones del Tribunal de Cuentas, pero no establece ninguna regla singular en cuanto a la dinámica del recurso (preparación, admisión, interposición, oposición y resolución por el Tribunal Supremo). De este modo, las resoluciones del Tribunal de Cuentas serán impugnables en los supuestos establecidos en el art. 81.2 de esa misma Ley 7/1988, pero en todo lo demás jugará el nueva régimen de la casación establecido en la LJCA; debiéndose tener Pues por implícitamente derogada, en este concreto aspecto, la Ley 7/1988 en cuanto se oponga a la LJCA reformada por la LO. 7/2015”.

Sentado lo anterior, considero que esta segunda tesis, resulta ser la correcta. A mi juicio, conviene distinguir, dentro de las remisiones normativas entre la LJCA y la LFTC, entre dos tipos de reenvíos, los de naturaleza material y las de naturaleza formal.

Desde una perspectiva material, establece el art.86.4, con idéntica redacción que el derogado 86.5, que también serán recurribles en casación las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento, previsión que ha de concretarse, según lo resuelto, entre otros en el Auto de la Sala Tercera de 5 de noviembre 2015, en el sentido de entender excluidas de ser impugnadas en casación, las sentencias recaídas en asuntos cuya cuantía, cualquiera que fuere la materia, no exceda de 600.000 euros (la derogación del art. 86.2 b) LJCA, hace recuperar vigencia a la remisión a la cuantía de la Ley de enjuiciamiento Civil).

Consecuentemente, habrá de concluirse que, en ningún caso, a virtud de dicha remisión material, podrán acceder a la casación las sentencias del Tribunal de Cuentas que no alcancen la referida cuantía. El problema surge cuando debemos dar respuesta a la misma cuestión pero en un sentido positivo, esto es, debemos preguntarnos, si puede sostenerse que como excepción a la regla general de la admisión del recurso de casación a partir del parámetro del interés casacional objetivo, respecto de las resoluciones del Tribunal de Cuentas, sigue rigiendo el criterio de la cuantía, esto es, debemos plantearnos si puede sostenerse que superado el límite cuantitativo citado, las sentencias del Tribunal de Cuentas tendrán, de forma reglada, acceso a la casación.

En todo caso, la respuesta debe ser la ya apuntada, partiendo de la consideración de que, desde una perspectiva formal, la LFTC remite en su integridad a los requisitos del recurso de casación recogidos en la LJCA, requisitos entre los que ahora destaca, como criterio de admisibilidad del recurso, la concurrencia del interés casacional objetivo.

Consecuentemente, una vez superado el umbral cuantitativo de acceso a la casación por mor de la remisión contenida en el art. 86.4 LJCA, habrá que aplicar en su integridad los requisitos formales del nuevo modelo casacional, entre los que destaca la necesidad de razonar adecuadamente en el escrito de preparación, la concurrencia del interés casacional objetivo.

En consecuencia, a mi juicio, rige para los recursos de casación en materia de enjuiciamiento contable los mismos requisitos y mecanismos de control de la admisibilidad del recurso, que, con carácter general, se establecen en la nueva regulación, para el conjunto de las resoluciones dimanantes de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

El **segundo de los problemas** parte de la actual redacción del art. 82 de la ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, según el cual:

- 1.** *“El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los motivos siguientes:*
 - a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción contable.*
 - b) Incompetencia o inadecuación del procedimiento.*
 - c) Quebrantamiento de las normas esenciales del proceso o de los principios de audiencia y defensa, siempre que, en este último caso, se haya producido efectiva indefensión.*
 - d) Error evidente en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en el procedimiento, que demuestren la equivocación del órgano del Tribunal sin resultar contradichos por otros elementos de prueba.*
 - e) Infracción de las normas de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las pretensiones de las partes.*

2. *La infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que producen indefensión requiere que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzcan en la segunda, con la salvedad, en cuanto a las faltas cometidas en segunda instancia, de que fuere ya imposible la reclamación”.*

Como ya hemos señalado, por el contrario, a partir del momento de la entrada en vigor de la reforma, el recurso de casación contencioso, podrá interponerse por cualquier *“infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia”*, esto es, desaparecen, los motivos tasados que enuncia el art. 88 LJCA.

Sustentar la tesis del mantenimiento de los motivos tasados en el recurso de casación contra sentencias del Tribunal de Cuentas, plantearía un problema de gran envergadura dado que, tanto el escrito de preparación del recurso, como el escrito de interposición, se diseñan para adaptarse al nuevo modelo, al tiempo que supondría aceptar el mantenimiento de un doble sistema casacional, dependiendo del órgano del que proceda la resolución recurrida, por los motivos, en caso del Tribunal de Cuentas, por el interés casacional objetivo, en el caso de los demás órganos judiciales.

Conviene aquí recordar que, la reforma mantiene el carácter bifásico del procedimiento y la dualidad de escritos de preparación e interposición, pero introduce una profunda transformación procedimental, con una regulación detallada del escrito de preparación del recurso, que pasa a desempeñar por sí solo un destacado papel, relegándose el escrito de interposición al momento posterior a la admisión del recurso.

Por otra parte, entre los requisitos del escrito de preparación, no hay referencia alguna a los motivos, debiendo, por el contrario *“fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo”*.

Consecuentemente, en mi opinión, interpretando la remisión que el art. 84.1 LFTCu formula a la LJCA, en todo lo que se refiere a la preparación, interposición, sustanciación y decisión del recursos de casación (*“de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso*

contencioso-administrativo”, dice el precepto), habrá de concluirse que la mención a los motivos del art. 82 de la citada Ley, ha de entenderse sustituida por la referencia al contenido formal del hoy ya vigente escrito de preparación.

Siendo esto así, es conveniente resaltar la dificultad de definir lo que deba considerarse como interés casacional, definido por la ley como “objetivo”, con el fin de clarificar su absoluta independencia del interés subjetivo de la parte, lo que ha llevado al legislador a tratar de facilitar la tarea mediante la confección de un doble listado, en el que se diferencia, por un lado, los supuestos en los que el Tribunal de casación podrá apreciar dicho interés (art. 88.1 2), de los supuestos en los que se presumirá dicho interés (art. 88.3), supuestos diferenciados cuya trascendencia va a influir en el posterior trámite de admisión.

Ahora bien, es necesario aclarar igualmente que la invocación efectiva de cualquiera de las causas previstas en el art. 88 no cumple la misma función que el vigente sistema de motivos, de forma tal que, invocando correctamente alguna de las causas de interés casacional objetivo, es posible que no se admita el recurso, en consecuencia, nos encontramos ante una carga procesal de parte que no vincula al tribunal que decidirá cuáles son los asuntos sobre los que quiere sentar jurisprudencia, también en materia de responsabilidad contable.

En el supuesto de que se cumplan los requisitos formales, la Sala de instancia, mediante Auto en el que se motivará suficientemente su concurrencia, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, así como la remisión a ésta de los autos originales y del expediente administrativo Y, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión.

Como puede observarse, la nueva regulación no sólo mantiene sino que fortalece el papel de la Sala de instancia en el trámite de admisión del nuevo recurso de casación, en cuanto no sólo se la confiere la potestad de verificar el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de escrito de preparación, requisitos que no se limitan, como hasta el presente a los meros requisitos formales, sino que, facultativamente, se le confiere la posibilidad de proceder a efectuar un informe acerca de su parecer sobre

la concurrencia del interés casacional, reconociendo así la posición privilegiada de las salas territoriales para avanzar una primera y fundada opinión, que, si bien, no resulta vinculante para el Tribunal Supremo, sí le impone, como veremos, un especial esfuerzo argumentativo para inadmitir el recurso al exigir, art. 90.3.a, Auto motivado.

En mi opinión, estas previsiones, son perfectamente aplicables al Tribunal de Cuentas, el cual está llamado a cumplir el papel de control que respecto de los tribunales de instancia acabamos de citar.

3. EL AUTO DE FECHA 31 DE MAYO DE 2017

Siendo esta la polémica planteada, muy recientemente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estos problemas optando, ya puede adelantarse por una aplicación total de la regulación del recurso de casación contenida en la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, prescindiendo, por tanto, de cualquier tipo de aplicación de la ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

El Auto de fecha 31 de mayo de 2017, acuerda admitir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2016, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, sentencia dictada en segunda instancia en el procedimiento de reintegro por alcance núm. C-192/13 como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2015.

Frente a la referida sentencia se prepararon **DOS RECURSOS**:

En el primero, la representación del declarado responsable contable, presentó escrito ante el Tribunal de Cuentas de **preparación de recurso de casación** contra la expresada sentencia. El referido escrito iba precedido de un antecedente referido a los *hechos de la sentencia*, y contenía los siguientes apartados:

- a) *Admisibilidad* (indicándose que el escrito se presentaba en el plazo de diez días y que el recurso iba a fundarse en *motivos casacionales* referidos a vulneraciones del ordenamiento constitucional y ordinario).

- b) *Juicio de relevancia* (referido a la compatibilidad jurisdiccional entre los hechos apreciados por la jurisdicción penal y su valoración en sede contable).
- c) *Motivos para la preparación del recurso de casación* (en el que se exponían seis, numerados a tenor del orden recogido en el artículo 82.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

Por su parte, el Fiscal interesó “*que se tenga por preparado recurso de casación*” frente a la citada sentencia mediante escrito en el que manifestó dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 89.2 LJCA, a cuyo efecto se ajustó a los apartados expresados en dicho precepto, esto es, señaló -además de lo relativo al cumplimiento de los requisitos reglados- cuáles eran las normas o la jurisprudencia que consideró infringidas, justificó su alegación en el proceso, efectuó el correspondiente juicio de relevancia y fundamentó la concurrencia de varios supuestos de interés casacional objetivo -concretamente, los apartados b) y c) del artículo 88.2 y el apartado a) del artículo 88.3, todos ellos de la Ley de esta Jurisdicción-.

Como puede observarse, las dudas generadas por la regulación legal dieron lugar a **dos recursos de casación** contra una misma sentencia preparados bajo invocaciones diferentes y cumplimentados requisitos de forma sustancialmente diferentes.

Siendo esto así, según el Auto que estamos analizando “*la compleja regulación que acaba de exponerse (la regulación contenida en la ley 7/1998) obliga a despejar varias incógnitas en punto al régimen actual del recurso de casación contra resoluciones del Tribunal de Cuentas*”.

- **La primera**, qué resoluciones son susceptibles de recurso de casación:

Según el Auto, son las previstas en el artículo 81.2 de la Ley de Funcionamiento, esto es, las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal en apelación o en única instancia y los autos a los que dicho precepto hace mención, esto es, el mismo no resulta admisible respecto de resoluciones de los Consejeros de Cuentas, pues éstos -según el artículo 53.1 de la Ley de Funcionamiento- solo actúan en materia de responsabilidad contable, única materia en la que cabe el recurso, *en primera instancia* (con posibilidad de apelación cualquiera que sea la cuantía del procedimiento).

En definitiva según el Auto, *“no cabe en ningún caso equiparar las sentencias de los Consejeros de Cuentas a las de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo pues para que éstas puedan acceder a la casación es preciso, como presupuesto esencial, que hayan sido dictadas en única instancia, circunstancia que no es posible -a tenor del precepto citado- en el caso de los Consejeros de Cuentas”*.

- **La segunda**, si éstas han de haber sido dictadas en procedimientos cuya cuantía supere un determinado umbral (en concreto, los 600.000 euros a los que se refiere actualmente el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil):

Según el Auto, *“Más compleja es la respuesta al segundo de los interrogantes mencionados, referido a la cuantía del procedimiento en el que la sentencia recurrida se dictó. A nuestro juicio, varias razones obligan a descartar el requisito de la cuantía como presupuesto necesario para que las sentencias del Tribunal de Cuentas accedan a la casación:*

1. Cuando se publica la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas el acceso a la casación civil requería que el asunto litigioso superara una determinada cuantía o que la sentencia recurrida en casación versara sobre filiación, maternidad, capacidad o estado civil de las personas (supuesto este -obvio es decirlo- de imposible aplicación en el ámbito de la jurisdicción contable). La posibilidad de que la cuantía litigiosa dejase de ser presupuesto esencial del acceso a la casación solo se produjo con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero (casi doce años después de la publicación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), que incorpora el concepto de *interés casacional*, criterio desconocido hasta entonces en nuestro sistema procesal.
2. La previsión relativa a la cuantía que establecía el artículo 81.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (*“se entenderá, en su caso, elevada o disminuida, sin necesidad de precepto legal que así lo exprese, en la medida en que lo sea para el recurso de casación en el proceso civil”*) venía referida, por tanto, a un régimen en el que -salvo procedimientos especiales *ratione materiae*- se contemplaba una cuantía mínima como presupuesto imprescindible para acudir a la casación.

3. No entendemos forzado considerar que la referencia legal a una posible modificación de la cuantía (entendiéndola “*elevada o disminuida*”) abarca también un supuesto en el que se suprime por completo ese concepto (para la casación civil) cuando el asunto presenta una relevancia (el *interés casacional*) desconocida en el momento en el que aquella previsión legal se dicta.
4. Carece de sentido mantener como presupuesto esencial de acceso al recurso un parámetro (el de la cuantía) que ya no es el único en el proceso civil (a cuya ley reguladora se remite el artículo 81.2 de la Ley del Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) y que ni siquiera está previsto en el nuevo régimen del recurso de casación contencioso-administrativo (siendo así que la preparación, interposición, sustanciación y decisión de tal recurso en relación con la jurisdicción contable debe atemperarse -por nueva remisión de aquella Ley- al proceso contencioso-administrativo).
5. Resulta difícilmente entendible, en definitiva, mantener un régimen diferenciado de acceso a la casación, en relación exclusivamente al Tribunal de Cuentas ,cuando en asuntos civiles la *cuantía* puede dejar de ser relevante cuando existe interés casacional y, sobre todo, cuando en el recurso de casación contencioso-administrativo (cuya preparación, interposición, sustanciación y decisión es, por decisión legal, insistimos, la aplicable a la impugnación de sentencias del Tribunal de Cuentas) dicho parámetro cuantitativo resulta ser absolutamente irrelevante, pues el acceso a la casación en esta jurisdicción -tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio- “*no está en modo alguno determinado por la cuantía del procedimiento en el que se dictó la resolución que pretende recurrirse*”.

Creo sinceramente que la solución es la más práctica, sin embargo, a mi juicio prescinde sin justificación suficiente de la remisión que la Ley de la jurisdicción en su actual redacción, esto es, una vez desaparecido el requisito de la cuantía para los recursos de casación, mantiene a lo previsto en la Ley de Funcionamiento, sin embargo ha de reconocerse que la clave está seguramente en el quinto de los razonamientos del auto, esto es, que “*Resulta difícilmente entendible, en definitiva, mantener un régimen diferenciado de acceso a la casación en relación exclusivamente al Tribunal de Cuentas*”, si bien no comparto las continuas referencias a la casación en los asuntos civiles, dado que la

referencia al recurso de casación en materia civil, sólo suponía una remisión cuantitativa, de la que incluso se llegó a prescindir.

- **La tercera**, si el recurso debe fundarse necesariamente en alguno de los motivos tasados establecidos en el artículo 82.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Según el Auto “*Como se sigue de la normativa aplicable al recurso de casación contencioso-administrativo*” -y a diferencia del régimen de *motivos* que prevé el artículo 82.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas- el actual recurso puede interponerse por “*cualquier infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia*” (artículo 88.1 LJCA), sin que se prevean en la nueva regulación motivos tasados como los recogidos en la legislación derogada o en aquel precepto de la Ley de Funcionamiento.

La práctica totalidad de los preceptos legales que regulan la admisión o la interposición del nuevo recurso aparecen referidos a un sistema en el que los *motivos* de casación (la esencia del régimen que se deroga) carecen por completo de sustantividad o relevancia. El modelo actual se sustenta en el *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*, la clave de bóveda del sistema, que resulta de todo punto incompatible con el encorsetamiento que el antiguo régimen de *motivos* implicaba y que, a nuestro juicio, no puede ser mantenido solo para el Tribunal de Cuentas so pena de mantener una regulación legal - con casi treinta años de vigencia sin modificación alguna- que, en este punto, resulta difícilmente conciliable con el régimen instaurado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

A ello cabría añadir que si se optara por un sistema de *motivos de casación* no sería posible dotar de eficacia a la remisión contenida en el artículo 84.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas al régimen del proceso contencioso-administrativo respecto de la preparación, interposición, sustanciación y decisión del recurso de casación que ahora analizamos, pues tales actos procesales, como es sabido, ya no se sustentan en la apreciación de si concurren o no aquellos motivos, sino en la presencia en el caso de un interés casacional que haga necesario un pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

- **Por último, la cuarta**, si los escritos de preparación, con o sin referencia a aquellos motivos, deben o no atemperarse a las exigencias contenidas en el actual artículo 89.2 LJCA, es respondida afirmando que “ la respuesta a la pregunta sobre la forma, alcance y contenido de los escritos de preparación está, en parte, contestada con anterioridad: si el nuevo régimen, al que debe atemperarse la impugnación en casación de las resoluciones recurribles del Tribunal de Cuentas, exige al recurrente que fundamente con singular referencia al caso *“que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo”*, es obvio que el escrito de preparación de los recursos de casación frente a resoluciones del Tribunal de Cuentas debe cumplir con tal exigencia - contenida en el artículo 89.2.f) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- porque solo de esa forma podrá entenderse que la preparación del recurso se ha efectuado -como el artículo 84.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dispone- *“de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo”*.”.

Para concluir señalar que, la nueva regulación del recurso de casación, ha supuesto la supresión de los recursos de casación en interés de ley y para la unificación de doctrina, con lo que las dudas que en algún momento se han planteado acerca de su aplicabilidad a la jurisdicción contable, carecen actualmente de trascendencia.

En cuanto al **recurso de revisión**, conviene tener en consideración que el art. 83 regula los supuestos específicos de procedencia de este recurso, en los siguientes **supuestos**:

1. Si después de pronunciada la sentencia apareciesen documentos nuevos, que resultaran decisivos para adoptar los pronunciamientos de la sentencia.
2. Cuando se descubra que en las cuentas que hayan sido objeto de la sentencia definitiva existieron errores trascendentales, omisiones de cargos importantes o cualquier otra anomalía de gran entidad.
3. Si la sentencia hubiere recaído en virtud de documentos declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

4. Si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.
5. Cuando la sentencia se funde en lo resuelto respecto a una cuestión prejudicial que posteriormente fuere contradicha por sentencia firme del orden jurisdiccional correspondiente.

Este precepto que sigue con plena vigencia, si tenemos en cuenta que el art. 102.4 LJCA, establece que el recurso de revisión en materia contable, procederá en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento.

Por otro lado, destacar como, el último supuesto, el recogido en el art. 83.6 LFTCU, establece que *“Si los órganos de la jurisdicción contable hubieren dictado resoluciones contrarias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad contable, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos”*, con lo que los supuestos de respuestas judiciales contradictorias, tiene, en el caso del Tribunal de Cuentas, su propia vía de impugnación.

**LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS: REINTEGRO DE INGRESOS
INDEBIDOS Y LA FIGURA DEL *EXTRANEUS* EN EL
PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN CONTABLE**

Luis Rueda García

*Teniente-Fiscal
Tribunal de Cuentas*

Buenos días a todos,

Es para mí un gran placer poder compartir esta sesión con ustedes, y deseo expresar mi reconocimiento al Tribunal de Cuentas, a la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, al director del Curso, Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano, y al Secretario del mismo, Don Manuel José Alonso Núñez, por la amable invitación me ha permitido encontrarme hoy aquí.

Antes de abordar el contenido de la ponencia, debo confesar que cuando empecé a pensar en ella me sentí tentado de introducir los puntos a examinar parafraseando un texto de Enrique Jardiel Poncela.

Seguramente, ustedes recuerdan que Jardiel prestó atención al derecho, y en especial al penal, con títulos como *“Los ladrones somos gente honrada”*, pero puede que no sean conscientes de que también escribió unos consejos *“Para ser un buen asesino”*, que empezaban diciendo: *Confesemos que en España se mata muy mal. Pésimamente mal. Pésimamente mal.*

Y, tuve la tentación de empezar mi intervención, parafraseando a Jardiel, diciendo: *“Señores, en España la responsabilidad contable se exige mal, muy mal, rematadamente mal”*.

Utilizando esta frase habría llamado su atención y habría procurado un comienzo alegre, fácil a mis palabras.

Sin embargo, aunque tal frase resulta verdadera, si confrontamos la realidad con el concepto ideal de lo que el Tribunal de Cuentas podría y debería ser, también es falsa, porque no vivimos en una fantasía, sino en el mundo real, con sus servidumbres y sus limitaciones.

Y, además, la idea totalmente negativa que trasmite esa frase con la que me había propuesto empezar mi intervención no se corresponde con el hecho de que, durante el año pasado, el trabajo realizado por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal tuvo como fruto más señalado, la tramitación de más de cuatrocientos procedimientos dirigidos a exigir responsabilidad contable, el levantamiento de actas de liquidación por más de seis millones y medio de euros, y el pronunciamiento de sentencias que ordenaron el reintegro de cantidades aún mayores.

De manera que mi intención es proporcionar a ustedes alguna información que pueda resultarles útil si desean formar criterio sobre las razones por las que la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas no alcanza a ser lo que podría y debería ser.

Y ello es así porque el título de la presente ponencia contiene, refiriéndolas a las subvenciones públicas, ámbito en el que se ha discutido recientemente sobre una de ellas, como luego veremos, dos de las principales cuestiones que se encuentran abiertas y que definen la responsabilidad contable.

Se trata, en primer lugar, de la delimitación entre los diferentes supuestos constitutivos de responsabilidad contable, la cual, como veremos, ha sido realizada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, principalmente a partir de la distinción entre los conceptos de alcance, de un lado, y de pagos reintegrables, de otro.

Adelanto ya desde ahora que esta distinción produce un efecto directo en la actividad jurisdiccional del Tribunal, porque la ley prevé la tramitación de procedimientos distintos para investigar y decidir la existencia de responsabilidad contable en caso de alcance o malversación, de un lado; y en los demás casos de responsabilidad contable, de otro.

Además, el deslinde de los distintos supuestos afecta, también, a la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas pueda ejercer su jurisdicción sobre las cuestiones prejudiciales, en especial, de naturaleza contencioso-administrativa que puedan ser planteadas a sus órganos.

Y, la segunda de las cuestiones concernidas por la ponencia es la definición de la legitimación pasiva ante la Jurisdicción contable, esto es, el conjunto de condiciones que identifican a la persona física o jurídica contra quien cabe formular pretensiones de responsabilidad contable ante los órganos de la Jurisdicción contable, y, en especial, la decisión de si cabe demandar ante ella a quien no ostente esas condiciones, es decir al *extraneus*.

Como ya he dicho, las dos cuestiones a las que me voy a referir resultan centrales tanto para la exigencia de la responsabilidad contable como para para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas.

Por ello, voy a examinarlas situándolas en el marco que constituye el sistema de exigencia de responsabilidad contable que configuran las normas jurídicas que definen tal sistema, y su funcionamiento real.

Así tenemos que considerar en primer lugar el diseño legal del sistema de exigencia de responsabilidad contable. Y este diseño tiene dos ejes: la descripción de los supuestos que dan lugar a la existencia de esa clase de responsabilidad, de un lado; y los procedimientos aplicables para ello, de otro.

Empezando por los **supuestos**, se encuentran descritos, para la Administración del Estado, en el artículo 177.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP):

- a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.
- b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- c) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.
- d) Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta ley.
- e) No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones.
- f) Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurran los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta ley.

Las leyes de hacienda de las comunidades en general replican, aunque con destacables variaciones en algunas ocasiones, este esquema¹.

Conviene recordar las definiciones legales de los supuestos que han servido para al Tribunal Supremo para fijar los criterios a los que vamos a referirnos.

Los conceptos de alcance y malversación se encuentran definidos en el artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas (Ley 7/1988), según el cual, a los efectos de la propia Ley, se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de

¹ La ley de Cataluña utiliza el término “abastecimiento” en vez de “alcance”; en Asturias no se realiza una enumeración de supuestos, sino que existe una cláusula general; y en todas las comunidades, salvo Asturias, Cantabria, Extremadura y La Rioja, en vez de “pagos reintegrables”, se utiliza la de “pagos indebidos”, como hacía la LGP de 1988.

caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas.

A los mismos efectos, se considerara malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que esta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo.

Mientras tanto, los pagos reintegrables se encuentran definidos en el artículo 77 LGP, que distingue entre pagos indebidos y otros reintegros, siendo los primeros los que son realizados por error material, aritmético o de hecho, en favor de persona en quien no concurra derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago o en cuantía que excede de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor. El artículo previene diferentes procedimientos para hacer efectivo el reintegro.

La Administración local presenta una situación especial, a la que haremos mención especial posteriormente.

Dependiendo de la forma en la que tales hechos hayan sido descubiertos, la ley prevé que la responsabilidad contable derivada de los mismos sea investigada por uno u otro cauce y por órganos distintos.

Así, el alcance y la malversación, en todo caso, son competencia del Tribunal de Cuentas, el cual establece la existencia o no de responsabilidad contable a través de un proceso jurisdiccional denominado procedimiento de reintegro por alcance.

En el caso de que el hecho sea descubierto por la Administración, por los órganos de control externo autonómicos, o cuando llegue a conocimiento del Tribunal de Cuentas como consecuencia de una denuncia; en resumen, al margen del ejercicio de la función de fiscalización del propio Tribunal, y sin perjuicio de las actuaciones precisas para verificar los indicios iniciales, el supuesto debe ser puesto en conocimiento del Tribunal, para que éste inicie el proceso correspondiente.

El resto de los supuestos dan lugar a dos posibilidades. Si el hecho es descubierto por el Tribunal de Cuentas en el curso de sus fiscalizaciones, el propio Tribunal ha de depurar las eventuales responsabilidades a través de un proceso jurisdiccional distinto del citado hace un momento, denominado como juicio de cuentas.

En los demás casos, es la propia administración quien, a través de un procedimiento administrativo de responsabilidad contable, que se encuentra establecido en parte en la LGP y en las normas de hacienda autonómicas, y desarrollado en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la Ley General Presupuestaria, y, eventualmente, en otra normativa de rango autonómico, ha de depurar las responsabilidades contables derivadas de esos casos. No obstante ello, la ley previene que cuando estas responsabilidades sean exigibles con arreglo a normas específicas, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá recabar el conocimiento del asunto en cualquier momento, en cuyo caso el Tribunal incoaría un juicio de cuentas².

De igual modo, la ley establece que las resoluciones administrativas que declaren la existencia de responsabilidad contable son susceptibles de recurso ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

Anuncié antes que la exigencia de responsabilidad contable derivada de supuestos distintos del alcance y la malversación, acaecidos en el ámbito local, merecía capítulo aparte. Y ello es así porque, en ausencia de una norma jurídica de alcance general que regule la tramitación por las administraciones locales de expedientes administrativos de responsabilidad contable, solo por vía de interpretación cabe establecer tal competencia. Y tal interpretación, que estaba basada en buena parte en el artículo 20.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que, con alcance a todas las administraciones públicas, remitía a la LGP y al Real Decreto 700/1988 para la exigencia de responsabilidad contable, se ha visto perjudicada porque el Real Decreto 419/1993 fue derogado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece especialidades para los procedimientos de responsabilidad patrimonial, pero guarda silencio sobre la responsabilidad contable.

La misma situación es detectable en la jurisprudencia, porque si la STS 3ª de 20 de julio de 2005, dictada en el recurso 37/98, y la STCu 20/2005, de 28 de octubre afirmaron la aplicabilidad del Real Decreto 700/1988, la base de su argumento ha decaído, porque también se basaba en el Real Decreto

² Ha sido señalado en más de una ocasión que un mismo supuesto de responsabilidad contable puede verse sometido a un régimen jurídico distinto.

429/1993, y en todo caso su alcance resultaba restringido a supuestos concretos vinculados con la ley reguladora de las haciendas locales.

No es mi intención examinar en detalle esta cuestión, tan solo justificar que el panorama en la administración local es, paradójicamente, porque es en el que se producen más supuestos de responsabilidad contable, peor que en el resto de las administraciones territoriales, ante la carencia de una base legal sólida que atribuya en ese ámbito la competencia para tramitar expedientes administrativos de responsabilidad contable.

Este es el armazón legislativo del sistema de exigencia de la responsabilidad contable en nuestro país, que dibuja un trípode: **expedientes administrativos, juicios de cuentas y procedimientos de reintegro por alcance**. Y ahora corresponde considerar como funciona este sistema, como se sostiene el trípode. Y la estabilidad no parece estar asegurada.

Podemos empezar por los **expedientes administrativos** para la exigencia de responsabilidad contable. Es difícil, si no imposible, conseguir datos globales, dada la dispersión de los órganos administrativos, pero como recordarán su incoación tiene que ser comunicada al Tribunal de Cuentas, a fin de que éste valore si avoca el asunto, y las resoluciones que los finalicen pueden ser recurridas ante la Sala de Justicia, así que su existencia tiene un doble reflejo en la actividad jurisdiccional del Tribunal, y de ella podemos extraer datos que podemos extrapolar para conseguir una imagen de la realidad a la que nos referimos.

Durante el año 2014 el Pleno del Tribunal de Cuentas estudió cuatro avocaciones, todas ellas procedentes de ayuntamientos; en 2015 fueron dos, una de la Administración del Estado y otra de un ayuntamiento; y durante 2016 fueron tres, también de ayuntamientos, haciendo un total de nueve casos. En el último trienio del que hay datos completos, la administración comunicó al Tribunal de Cuentas la incoación de un total nueve expedientes administrativos de responsabilidad contable.

Si nos referimos a las demandas interpuestas por quienes fueron declarados responsables en expedientes administrativos, desde 2015 a 2017 han sido nueve en total, correspondiendo tres al año 2015, cinco al 2016 y una al año 2017.

Sin embargo, hay que hacer notar que de la cifra de dieciocho hay que restar cinco, porque cinco fueron las demandas deducidas como consecuencia de procedimientos administrativos cuya incoación había sido

previamente notificada al Tribunal, por lo que se encuentran incluidos entre los mencionados en el párrafo precedente. Las otras cuatro corresponden a la misma administración autonómica.

En consecuencia, desde 2014 a 2017 el Tribunal de Cuentas, sólo ha tenido conocimiento de la tramitación por la administración de trece expedientes de responsabilidad contable.

Es innegable que, al margen de dicho conocimiento, otros expedientes administrativos han tenido que ser tramitados. Sin embargo, el exiguo número de los que han recibido la tramitación prevista en la ley permite asegurar la falta de incoación de muchos de los que serían procedentes.

Estas conclusiones son ratificadas por los datos estadísticos que constan en las memorias del Tribunal. Restringiendo el estudio a los cinco últimos años, un tiempo ya significativo, cabe señalar que durante 2012 el Tribunal tramitó dos recursos contra resoluciones que declararon responsabilidad contable en vía administrativa; esos recursos seguían vivos al finalizar el ejercicio, y fueron resueltos durante 2013, año en el que no fue formulada ninguna demanda en esta vía procesal, de modo que al empezar 2014 no constaba ninguno en la estadística de la Sala de Justicia. Tampoco ingresó ninguna demanda nueva durante 2014, ingresando durante 2015 los tres casos ya citados antes, que seguían en tramitación al empezar 2016, año en el que fueron interpuestas cinco nuevas demandas, haciendo un total de ocho en tramitación, de las que cuatro fueron resueltas durante el ejercicio, por lo que al empezar el año 2017, el Tribunal se encontraba tramitando cuatro procesos, a los que ha venido a sumarse otro más.

En resumen, en cinco años, once demandas contra resoluciones que han declarado la existencia de responsabilidades contables.

No es aventurado afirmar que los datos acreditan que las administraciones públicas no ejercen adecuadamente las competencias que el ordenamiento les atribuye para exigir la responsabilidad contable.

Si pasamos ya a la segunda pata de este trípode, formada por los **juicios de cuentas** tramitados por el Tribunal de Cuentas como consecuencia del descubrimiento de indicios de hechos constitutivos de responsabilidad contable distintos del alcance y de la malversación durante el ejercicio de su función de fiscalización, el panorama resulta desolador.

Volviendo a los datos estadísticos que obran en las memorias del Tribunal de los años 2012 a 2016, en el primero de ellos aparecen tres juicios de cuentas, uno de los cuales fue resuelto en el mismo ejercicio, quedando pendientes dos, que fueron fallados el siguiente año, año en el que no fue incoado ninguno, como tampoco lo fueron durante 2014, 2015 o 2016. He de señalar que en ninguno de los expedientes administrativos de responsabilidad contable cuya incoación fue comunicada al Tribunal, éste decidió avocar su conocimiento.

Es decir, un total de tres juicios de cuentas durante los cinco últimos años de los que hay datos completos. No hay más remedio que reproducir lo ya dicho en relación con las administraciones públicas.

Así hemos llegado a la tercera y última de las patas del banco, que se corresponde con el **procedimiento de reintegro por alcance**, tramitado en el Tribunal de Cuentas y que tiene por objeto el alcance o la malversación, cualquiera que haya sido su vía de descubrimiento.

Y para referirnos a ello, es preciso separar la exposición en dos partes, correspondiente la primera al periodo anterior a 2012, y la segunda al tiempo transcurrido desde entonces.

Antes de 2012, la Sala de Justicia del Tribunal había acuñado un concepto amplio de alcance, recogido por ejemplo en la sentencia 1/2012, de 30 de enero, que remontando el comienzo de esta elaboración doctrinal a la resolución de igual clase de 13 de febrero de 1996, según el cual, era alcance *“el saldo negativo e injustificado de la cuenta que debe rendir quien tenga a su cargo los caudales o efectos públicos. No rendir cuentas debiendo hacerlo por razón de estar encargado de la custodia o manejo de caudales públicos, no justificar el saldo negativo que éstos arrojen, no efectuar ingresos a que se esté obligado por razón de la percepción o tenencia de fondos públicos, sustraer o consentir que otro sustraiga, o dar ocasión a que un tercero realice la sustracción de caudales o efectos públicos que se tengan a cargo, aplicándolos a usos propios o ajenos, etc. son todos supuestos de alcance”*.

En coherencia con tal concepto amplio de alcance, la sentencia de la Sala de Justicia 3/2013, de 6 de febrero, en relación con la determinación de si un pago indebido constituía un supuesto de responsabilidad contable, citando otras resoluciones de la propia Sala y la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011, afirmó que pago indebido es el que se realiza sin título válido, es decir, aquél que da lugar a una salida de dinero o pérdida

patrimonial no justificada por haberse realizado a favor de persona en quien no concurría derecho alguno de cobro frente a la Administración o en cuantía que excedía el derecho del acreedor, y que los pagos indebidos eran un ilícito contable y podían ser alcance por suponer una salida material de fondos públicos sin causa y, por tanto, carentes de justificación, falta de justificación que según el artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas constituye uno de los supuestos de alcance.

Este concepto amplio de alcance y su aplicación producía el efecto obvio de atraer al procedimiento de reintegro por alcance supuestos que, inicialmente, deberían ser objeto del juicio de cuentas o de los procedimientos administrativos de responsabilidad contable y, así, paliaba el efecto producido por la falta de tramitación de unos y de otros.

Esta era la situación cuando la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó dos sentencias, la primera de 18 de enero (recurso 11/2010) y la segunda de 28 de noviembre (recurso 3671/2010), ambas de 2012.

El objeto de las dos era similar. En la primera, El Pleno del Ayuntamiento aprobó por unanimidad un Acuerdo Colectivo para todo el personal municipal con vigencia para dos años que contemplaba un incremento de retribuciones superior al máximo fijado en la vigente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Durante esos dos años el Ayuntamiento pagó esas retribuciones excesivas, a pesar de ser contrarias a la ley, a pesar de las advertencias de ilegalidad realizadas por el Interventor municipal, a pesar de que dicho Interventor reparó todas las nóminas, y, especialmente, a pesar de que el Abogado del Estado había impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dicho acuerdo, y otros posteriores adoptados con la misma finalidad, por lo que su ejecución había sido suspendida por la correspondiente Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Cuatro años después, la Jurisdicción Contenciosa declaró ilegales los acuerdos del Pleno municipal y, tres años después de ello, el Ayuntamiento decidió practicar retenciones en las nóminas de haberes de los empleados municipales, para recuperar las cantidades indebidamente abonadas.

La demanda fue formulada contra las dos personas que habían ocupado el puesto de Alcalde durante ese periodo, por ser los ordenadores de pago de las nóminas. La sentencia de primera instancia fue absolutoria, pero la Sala de Justicia la revocó en apelación, consideró que los pagos realizados eran

indebidos, y les condenó, aplicando el concepto amplio de alcance, incluso de dichos pagos indebidos.

Finalmente, el Tribunal Supremo casó la sentencia y declaró que los hechos no eran constitutivos de alcance, por las razones que veremos a continuación.

Los hechos enjuiciados en la segunda sentencia eran similares a los de la resolución que ya he comentado: otro ayuntamiento adoptó también un acuerdo aprobando un convenio con sus funcionarios, con duración para tres años, en el que se incluían conceptos retributivos contrarios o no previstos en la legislación de obligado cumplimiento. En este caso, no obstante, la Abogacía del Estado no recurrió el acuerdo.

Formulada demanda contra la alcaldesa y un concejal, fueron absueltos en primera instancia, pero la Sala de Justicia revocó esta decisión y les condenó, previa declaración, como cuestión prejudicial contencioso-administrativa, de la ilegalidad de los pagos realizados, por haber realizado pagos indebidos, incluidos en el concepto amplio de alcance, como ya hemos visto.

Recurrida en casación la sentencia de apelación, el Tribunal Supremo casó y anuló esta resolución, haciendo los pronunciamientos a los que acto seguido haremos referencia que, añadidos a los realizados en enero, constituyen la vigente doctrina de la Sala Tercera sobre el concepto de alcance y sobre el ámbito del procedimiento de reintegro por alcance.

Además, la vigencia de esta doctrina ha sido recordada por el Tribunal Supremo en alguna otra resolución posterior, aunque los hechos enjuiciados en esas ocasiones no parecían estar directamente relacionados con el tema que estamos exponiendo. Así ocurrió en las sentencias de 21 de enero (recurso 1371/2013) y de 20 de febrero de 2015 (recurso 2544/2013).

La trascendencia de estas cuestiones, relativas al concepto de alcance y al ámbito de aplicación del procedimiento de reintegro por alcance resulta obvia si recordamos que, como sabemos, esta clase de proceso constituye la práctica totalidad de la estadística de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal.

Pasando ya a analizar el contenido de la situación establecida por las sentencias a las que me refiero, es preciso, en primer lugar, resumir su

contenido, y, en segundo término, destacar determinados aspectos de las mismas.

Para **sintetizar estas resoluciones**, debemos retener **tres aspectos**:

- **Uno.** El Tribunal Supremo, partiendo de la distinción legal entre los conceptos de alcance y de pagos indebidos, niega la posibilidad de vaciar en todos los supuestos éste último en aquel, y la de realizar una interpretación amplia del primero, y del ámbito del procedimiento de reintegro por alcance, y afirma que hay que dar una interpretación estricta a uno y a otro.

Aunque la regulación de los pagos indebidos como supuesto constitutivo de responsabilidad contable en la ley vigente en el momento de ser realizados los hechos enjuiciados, el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, era distinta de la actual, que tipifica los pagos reintegrables como género, del cual son especie los pagos indebidos, creo que los cambios existentes no afectan a la cuestión que comentamos.

- **Dos.** Considerando los argumentos. La sentencia de enero señaló que el autor de la vulneración legal era el Pleno y no el Alcalde, y que la sumisión de éste a los acuerdos de aquel no permitía trasladarle la responsabilidad por la infracción cometida por el otro órgano.

En el ámbito definido, señala el Tribunal Supremo que, por aplicación de la normativa de régimen local, no son indebidos los pagos efectuados bajo la cobertura presupuestaria y contable de acuerdos del Pleno del Ayuntamiento, por el hecho de que esos acuerdos del Pleno, puedan vulnerar la Ley de Presupuestos del Estado, ya que el que acaben siendo anulados por la jurisdicción contencioso- administrativa, no es razón suficiente para poder afirmar que los pagos efectuados bajo la cobertura de esos acuerdos en momento anterior a la declaración de su ilegalidad, y efectuados desde una condición jurídica distinta de la propia de los sujetos que adoptaron tales acuerdos, puedan calificarse asimismo de ilegales.

- **Tres.** La cuestión prejudicial. El Tribunal Supremo afirmó en noviembre que el Tribunal de Cuentas había aplicado indebidamente el artículo 17.2 LOTCu, al declarar ilegal un artículo de un Convenio Colectivo en

un procedimiento de reintegro por alcance, ya que esa ilegalidad condiciona la existencia de un ilícito presupuestario del artículo 141.1, d) de la Ley de 1988, pagos indebidos, pero no guarda con la existencia de alcance la relación directa que el 17.2 exige, ya que el alcance dimana necesariamente del ilícito contable del artículo 140.1, a) de la LGP 1988, y la declaración de nulidad del Convenio no afectaría a los actos administrativos de aplicación del Convenio que autorizaron los pagos que se hicieron al amparo de las normas del Convenio que estaban en vigor y eran válidas y eficaces.

Pasando a señalar los aspectos que quería destacar, son también cuatro, dos de cada sentencia.

- **La sentencia de enero:**

Primero.- Tras establecer la correspondiente previsión presupuestaria o contable como parámetro de una responsabilidad contable en un procedimiento de reintegro por alcance, de modo que su existencia deja sin base una responsabilidad contable en ese procedimiento, afirma (...) independientemente de que al margen de él y respecto de otras personas de las concernidas en dicho procedimiento y por otras causas jurídicas pueda haber base para otro tipo de responsabilidad.

Segundo.- En relación con ello, la misma resolución señaló que la responsabilidad de los ordenadores de pagos debía ser establecida, tratándose de un procedimiento de reintegro por alcance, a partir de la condición de cuentadante, y al margen de que el cuentadante, como miembro del Pleno, pueda ser corresponsable de una vulneración legal, respecto de la que la exigencia de responsabilidad no tiene ya relación con el procedimiento de reintegro por alcance. Me pregunto si ello significa que sí podría tener relación con alguno de los otros supuestos de responsabilidad contable y con el juicio de cuentas.

- **La sentencia de noviembre:**

Primero.- Al afirmar que el concepto de pagos indebidos no puede vaciarse siempre y necesariamente en el de alcance, no negó que en determinadas ocasiones los pagos indebidos puedan ser constitutivos de alcance.

Segundo.- Al tratar la cuestión prejudicial, la misma sentencia niega la posibilidad de que la Jurisdicción Contable declare la nulidad de una

norma convencional en el marco del procedimiento de reintegro por alcance, pero afirma que dicha declaración sí guarda la relación exigida por el artículo 17.2 con la realización de pagos indebidos.

Abordando ya las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, parece que la primera, y puede que hasta ahora, la única, ha sido que se ha dejado de exigir responsabilidad contable por hechos análogos a los que dieron lugar a los procedimientos resueltos por el Supremo, es decir, aquéllos realizados con cobertura de un acto administrativo cuya anulación por ilegalidad todavía no ha sido declarada.

En resumen de lo hasta aquí expuesto, cabe señalar que dos de los tres vías establecidas por la ley para exigir responsabilidad contable no están funcionando, y que la otra ha visto limitada su operatividad, y en consecuencia, parece que no podemos asegurar que, en estos momentos, las previsiones legales relativas a la responsabilidad contable, en especial en relación con los supuestos de responsabilidad distintos del alcance y la malversación, estén siendo cumplidas adecuadamente.

Además, y con ello pasamos a la segunda de las cuestiones que constituyen el objeto de esta ponencia, la efectividad del único procedimiento de reintegro por alcance que se tramita en la Jurisdicción contable se ve condicionada por diferentes factores.

Mencionaremos algunos de ellos al final de esta exposición, pero ahora tenemos que destacar, por requerirlo el contenido de la ponencia, el de la legitimación pasiva y su relación con la figura del *extraneus*. La cuestión a decidir es si la Jurisdicción contable puede o no juzgar a quienes son ajenos a la obligación de rendir cuentas de los fondos que gestionan.

Para abordar esta cuestión tenemos que recordar que la legitimación pasiva ante la Jurisdicción contable se encuentra definida en el artículo 55.2 de la Ley 7/1988, según el cual, “*Se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso*”.

Y según los artículos 42.1 y 43.1 de la Ley Orgánica 2/1982, “*Serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución, y son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan*

dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas”.

Interpretando estos preceptos a la luz de los artículos que regulan el ámbito de la Jurisdicción contable, en esencia, los artículos 2,b), 15.1 y 38.1 de la Ley Orgánica la doctrina tradicional de la Sala de Justicia del Tribunal afirma que sólo se encuentran legitimados pasivamente ante la Jurisdicción contable quien merezca la condición de cuentadante, y ha negado, por tanto, la posibilidad de exigir responsabilidad contable a los *extranei*, entendiendo por tales a quienes no lo son.

Así, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha afirmado en numerosas sentencias, de las que es muestra la 22/2010, de 17 de noviembre, que la definición de las personas que pueden resultar responsables contables resulta del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, en relación con los artículos 2.b) y 38.1 de la misma y, y que tan solo se encuentran legitimados pasivamente ante la Jurisdicción contable aquellos de quien cabe afirmar que son cuentadantes.

En concreto, a partir de ese artículo 15, según el cual *“El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”*, deriva la Sala que **dos notas** caracterizan la responsabilidad subjetiva del ilícito contable:

- a)** La rendición de cuentas.
- b)** La relación especial de facto en que se hallan todos aquéllos que se vinculan a la gestión de los fondos públicos.

En el mismo sentido, el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas concreta que *“La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que se desprenda de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, (...)”*.

De esta manera, afirma la Sala, *“se encuentran sujetos a la jurisdicción del Tribunal quienes, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, tengan la obligación de rendir cuentas de los mismos”*. Es decir,

para que alguien pueda ser declarado responsable contable debe tener condición, sea o no funcionario, de cuentadante de fondos públicos.

Estos criterios son, naturalmente, coherentes con la vigente doctrina del Tribunal Supremo, recordada en la sentencia de 21 de julio de 2011 (recurso 1018/2008) y en la sentencia de 24 de mayo de 2010 (recurso 1520/2005), ambos casos juzgando comportamientos de cuentadantes y no cuentadantes, (en el mismo sentido, sentencia de 4 de febrero de 2009, recurso 10683/2004), la cual afirma que una interpretación integradora de los preceptos que definen el ámbito de la Jurisdicción contable (artículos 2,b), 15 y 38 de la Ley Orgánica y artículo 49 de la Ley 7/1988), lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales o efectos públicos, sean o no funcionarios o autoridades las personas encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

Así, lo que hace a una la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables es la participación en la actividad económico financiera de un ente público, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.

Según el TS la responsabilidad contable nace siempre en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos, de forma que quien recibe los fondos se hace responsable de ellos hasta que justifique adecuadamente su inversión, reintegre las cantidades no invertidas o las entregue en interés de un tercero.

Así si se constata que quien recibió los fondos carece de los justificantes de haberles dado su destino, o del propio dinerario, aparece un descubierto en las cuentas, que se denomina alcance de fondos.

Y de ello se concluye que solo están sujetos a responsabilidad contable quienes sean gestores de fondos públicos, obviando ahora el supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

Señala, además, el TS que dentro de la expresión utilizada por el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento cuando atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra “(...) *todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos* (...)”, se encuentran comprendidos tanto los funcionarios como los que no ostenten

tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término 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 Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.

Concluye el Tribunal Supremo, la responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o causales públicos, causen daños a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de *“responsabilidad civil frente a la Administración pública, para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho”* (sentencia de 7 de junio de 1999).

En otro caso, de sostenerse la tesis de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, la responsabilidad contable incluiría la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, invadiéndose así la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales.

Es de destacar que la más reciente de las sentencias citadas, la dictada el 21 de julio de 2011, afirmó que *“el art. 42.1 de la L.O 2/1982 considera responsables directos a quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución, pero siempre que el autor de la conducta tenga la condición de cuentadante pues así se deduce de los art. 39.1, 39.2 y 40 de dicha ley en cuanto solo puede darse respecto de quienes tengan a su cargo el manejo o cuidado de caudales públicos”*.

Aunque puede ser un tema para una discusión posterior, quizás quepa señalar que estos criterios suponen abordar una institución que se encuentra específicamente regulada en el artículo 55.2 de la Ley 7/1988, a través de una vía indirecta, utilizando otras normas para corregir la interpretación de esa regulación; que la obvia necesidad de delimitar la Jurisdicción contable,

de manera que no invada el campo de otras jurisdicciones y, especialmente, el de la Contencioso-administrativa, y el de la Civil, ha de ser la consecuencia de la interpretación de las normas legales vigentes según los criterios establecidos, y no un criterio en sí mismo, de un lado; y de otro, que la mayoría de las conductas descritas en los artículos 39 y 40 tienen tanto o más relación con la actuación genérica de la administración que con el manejo de caudales o efectos públicos (obediencia debida y falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionarios).

La consecuencia práctica de esta doctrina ha sido la extraordinaria dificultad que ha revestido y reviste exigir responsabilidades contables cuando en el comportamiento enjuiciado confluye un cuentadante y un gestor público no cuentadante que, con carácter previo a la ordenación de pagos, ha emitido un informe, especialmente si el mismo tenía carácter técnico y se mostraba conforme con la realización de tales pagos, incluso disponiendo de prueba de la inexactitud de dicho informe, porque el cuentadante puede afirmar que actuó correctamente al seguir el criterio del técnico, y éste no puede ser demandado ante la Jurisdicción contable.

Un ejemplo de esta situación lo proporciona el caso enjuiciado en el proceso finalizado por la STCu 7/2007, de 25 de abril. En él, el demandado se encontraba contratado laboralmente por el Ayuntamiento como Arquitecto. En tal condición, redactó los proyectos para la instalación de un ascensor en un edificio municipal. La ejecución de esta obra presentó múltiples irregularidades, porque antes de que se iniciara el expediente de contratación y se pidiera una subvención para realizarla, la empresa que al final resultó adjudicataria ya había presentado una factura por la instalación del ascensor. El demandado, presionado por un concejal para poder acceder a la subvención, certificó la realización de la obra, a pesar de saber que no había sido realizada. La factura se contabilizó y se pagó, pero luego la adjudicataria no instaló el ascensor, por lo que hubo que realizar y pagar una nueva contratación.

El demandado alegó que pese a ser arquitecto municipal y director de las obras, carecía de la condición de gestor de fondos públicos, por lo que no era legitimado pasivo.

La sentencia de instancia desestimó la falta de legitimación pasiva del demandado, al entender que pueden incurrir en responsabilidad quienes forman parte de la cadena del gasto o del pago realizado por las Administraciones públicas, esto es, de aquéllos que se encuentran en algún lugar del proceso de toma de decisiones que lleva a contraer obligaciones de

trascendencia económico-financiera o a liquidarlas o a solventarlas. No sólo puede predicarse la condición de gestor de fondos públicos de aquéllos que recauden los mismos, los custodien, los controlen, o adopten decisiones que impliquen su movimiento hacia fuera de su ente titular, sino que puede adjetivarse como tal función gestora todo aquél cometido que se sitúa de modo relevante en el camino de la disposición de fondos públicos. La sentencia entendió que por aplicación de la legislación de contratación estatal, la emisión de la certificación de obra generaba la obligación de abonar el precio y ello involucraba al demandado en el proceso de gestión y disposición de los fondos públicos.

La Sala de Justicia revoca, partiendo de la distinción entre el concepto de cuentadante a efectos de la Jurisdicción contable y el concepto de gestor de fondos públicos, y entendiendo que es la primera la que determina la legitimación pasiva y no la segunda, porque hay gran número de cargos y puestos de trabajo públicos que gestionan negocios y asuntos públicos, sin que ello implique utilización o manejo directo de fondos públicos, y es que el contenido de la jurisdicción contable es la responsabilidad de los que tienen a su cargo el manejo o utilización de los fondos públicos, pero no es toda la responsabilidad de los gestores públicos, sino tan solo la que les pueda alcanzar por utilizar o manejar fondos públicos.

La sentencia a la que acabamos de referirnos fue invocada, para sostener la ausencia de legitimación pasiva, en el proceso que fue finalizado por la sentencia de la Sala de Justicia 9/17, de 21 de marzo, por los profesionales de la arquitectura que habían redactado los proyectos de obra y que habían asumido la dirección de la misma y de su ejecución.

La Sala de Justicia afirmó que el hecho de que tales técnicos estuvieran vinculados con el sector público, en concreto, con una sociedad pública, mediante contratos de prestación de servicios profesionales, no evitaba que puedan ser considerados gestores de fondos públicos si sus obligaciones contractuales y legales incluían la adopción de decisiones sobre el uso y manejo de caudales públicos encuadrables en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica (*intervenir, gestionar, custodiar, manejar o administrar*), pues en tal caso podrían ser considerados gestores de fondos públicos y cuentadantes respecto a los mismos, así como legitimados pasivos.

En concreto, el Tribunal especificó que la legitimación pasiva de los apelantes no podría derivar de las funciones técnicas que como profesionales de la arquitectura hubieran desempeñado respecto a la obra como

responsables de su dirección y ejecución, sino de las actuaciones que, en su caso, hubieran realizado con efectos sobre el pago del precio de la misma.

Y, en relación con ello, la Ley de Ordenación de la Edificación incluye entre las funciones del director de la obra las de suscribir el certificado final de la misma así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, al tiempo que identifica al Director de la obra y al Director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra como responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento.

Además tanto el artículo 99.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas vigente en el momento de producirse los hechos enjuiciados, como las Normas de Contratación de la sociedad pública, hacían que el pago era imposible sin la previa expedición de las certificaciones de los facultativos, por ser el instrumento que acredita que los trabajos a abonar han sido completa y correctamente ejecutados.

En el caso concreto, se cuestionaba una certificación suscrita por las personas cuya legitimación pasiva se discutía directores de la obra y de la ejecución de la misma.

Concluye la Sala de Justicia que estas personas tenían encomendadas y ejercieron funciones constitutivas de gestión de fondos públicos y que por ello eran cuentadantes respecto a los mismos, ya que al suscribir las certificaciones se integraron en el procedimiento de pago del precio del contrato adoptando decisiones con influencia directa en la salida de fondos desde el patrimonio de la Sociedad pública al de la Empresa contratista. Y que, en consecuencia, estaban legitimados ante la Jurisdicción contable.

La Sala se refirió expresamente a la sentencia 7/2007, señalando que ésta estimó la falta de legitimación pasiva de un arquitecto, no porque su función no pudiera ser calificada de gestión de caudales públicos, sino porque al tratarse de un Ayuntamiento y no de una sociedad pública, la responsabilidad contable debía reclamarse a quienes habían ordenado, intervenido y pagado indebidamente la certificación objeto de controversia, ya que los claveros municipales habían incumplido conscientemente sus funciones, de manera que la indebida firma de la certificación por el arquitecto no fue determinante del pago, no fue la causa del pago, sino que dicha causa fue el incumplimiento consciente de sus deberes por los claveros.

En estos momentos, la cuestión se encuentra o se va a encontrar planteada ante el Tribunal Supremo, toda vez que está planteada la casación de la sentencia de la Sala de Justicia 11/2016, de 21 de septiembre, que en apelación revocó la de primera instancia, que había considerado legitimado pasivamente ante la Jurisdicción contable a quien, sin ser funcionario, había sido condenado por la Jurisdicción penal como cooperador necesario de un delito de malversación de caudales públicos. Conviene que nos detengamos brevemente en la exposición de los argumentos de la sentencia de primera instancia y en los de la resolución de apelación.

En instancia, el juzgador recordó que según el Tribunal Supremo, había reiterado la precisa delimitación hecha por el legislador de los requisitos que deben concurrir para la imputación de responsabilidad para evitar el exceso de jurisdicción, y que la Sala de Justicia había rechazado reiteradamente la responsabilidad contable de los *extranei*, por estar siempre vinculada la misma al manejo de caudales o efectos públicos.

Sin perjuicio de ello, la sentencia de primera instancia se planteó si la Jurisdicción contable había de resultar competente para conocer de todas las pretensiones de responsabilidad contable de formuladas contra cuentadantes y *extranei*, con base en de unos mismos hechos, constando acreditado un concierto de voluntades y habiendo sido declarada la existencia de malversación de caudales públicos por sentencia penal firme, tal y como ha sido pacíficamente admitido en la doctrina jurisprudencial penal respecto de la participación de *extranei* en los delitos especiales propios.

A esa pregunta el juzgador de instancia contestó desde el análisis de la participación del demandado en los hechos enjuiciados y, al afirmar que según la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, fue cooperador e inductor de la malversación, en los términos que describe esa resolución, concluye que la actuación fue decisiva, que la contraprestación que obtuvo supuso la percepción indirecta de fondos públicos, y que ello le hacía imputable la responsabilidad contable.

Por el contrario, la Sala de Justicia, considerando vigente la doctrina que rechaza la posibilidad de considerar legitimado pasivamente al *extraneus*, entendiendo que, con independencia de la atribución de responsabilidad penal como cooperador necesario del delito de malversación, el recurrente no era gestor de fondos públicos ni perceptor de la subvención.

La conclusión que cabe alcanzar es que la Jurisdicción contable sigue sin admitir la posibilidad de que, como partícipes en la conducta realizada por quien sí es cuentadante o perceptor de subvenciones, puedan ser demandados quienes no lo son.

Y este es el sentido de la sentencia 9/17, porque a la alegación de los recurrentes de que eran *extranei*, se contesta por la Sala que, por aplicación de las normas contractuales y legales, no lo eran, sino verdaderos cuentadantes. Y también es el sentido de la sentencia 11/2016, aunque en este caso, según la visión del que les habla, se aplica la doctrina vigente sobre los *extranei* a quien no lo era en realidad, porque era un verdadero perceptor de subvenciones públicas, aunque con carácter oculto.

Como resumen de todo ello, y de otros factores, alguno de los cuales ya han sido mencionados, como los relativos a las actuaciones previas, y sobre los que posiblemente podremos volver esta tarde, es posible sostener que la responsabilidad contable no es exigida adecuadamente.

Y si tuviera que pronunciarme sobre las causas que producen ese resultado, destacando una, diría que el principal problema es que la responsabilidad contable no ocupa un puesto muy importante en el orden de prioridades de todos los estamentos implicados en su exigencia que, por tanto, le asignan unos recursos limitados y, en todo caso, inferiores a los que dedican a otros fines, que se les presentan como prioritarios.

Y ello es un verdadero problema, porque si como escribió Jardiel Poncela en “*Espérame en Siberia, vida mía*”, hay personas que vienen al mundo con la exclusiva intención de estropear un folio del Registro Civil con su partida de nacimiento y otro con su partida de defunción, también hay personas que tienen como la primera de sus prioridades malbaratar los caudales públicos masacrando el ordenamiento jurídico.

Y desde un orden bajo de prioridades o, si se quiere, desde una motivación débil, resulta muy difícil luchar contra un enemigo centrado en un objetivo, que intenta alcanzar con alta motivación.

Así es de destacar que tanto la ley orgánica como la ley de funcionamiento agradecerían que el Parlamento considerase su modificación, tantas veces reclamada y siempre postergada; que sería importante que la Administración robusteciera las actuaciones dirigidas a exigir la responsabilidad contable; que convendría que el propio Tribunal de Cuentas solventara los diferentes problemas que han sido expuestos a lo largo de la mañana; y que el

Ministerio Fiscal se planteara revisar la estructura de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, incrementando sus medios, intocados desde su creación, a pesar de todos los cambios que han tenido lugar en España desde hace treinta años.

Todos saldríamos ganando.

Muchas gracias.

PROPUESTAS DE REFORMA DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTABLE

Carlos Cubillo Rodríguez

*Director Técnico Departamento 1º de la Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas*

1. INTRODUCCIÓN

La Jurisdicción Contable se reconoce en el artículo 136 de la Constitución como una de las funciones atribuidas al Tribunal de Cuentas. Tanto la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias, entre otras, de 17 de octubre de 1988 y 31 de enero de 1991) como la del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de su Sala Tercera de 27 de mayo de 1995) han mantenido de manera uniforme que se trata de una función de naturaleza estrictamente jurisdiccional, consistente en juzgar y ejecutar lo juzgado en el sentido contemplado en el artículo 117 de la propia Constitución.

El núcleo de la regulación de la Jurisdicción contable se recoge en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y en la Ley de Funcionamiento del mismo 7/1988, de 5 de abril.

Dicha normativa, por razón de su antigüedad y de los cambios legislativos y sociales que se han ido produciendo en las últimas décadas, requiere de una reforma que promueva una adaptación de la Jurisdicción Contable al nuevo escenario social y una mejora en su eficacia como mecanismo jurisdiccional de recuperación de fondos públicos indebidamente perdidos por su incorrecta gestión.

Desde el año 1988 se han producido cambios legislativos tan importantes como la nueva Ley General Presupuestaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno o la reforma del Código Penal, por solo citar algunas innovaciones normativas de especial interés.

En un momento en el que la ciudadanía, preocupada por la corrupción y el despilfarro en los fondos públicos, demanda respuestas institucionales ágiles y eficaces para declarar responsabilidades jurídicas y facilitar el resarcimiento del patrimonio público ilegalmente menoscabado, la Jurisdicción Contable adquiere un papel de especial relevancia que aconseja modernizar su normativa para mejorar su utilidad.

Por una parte, se precisan reformas que afecten al régimen jurídico de la responsabilidad contable como objeto de enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas.

Por otro lado, se hace necesaria una reforma procesal que simplifique y agilice los cauces formales para la exigencia de responsabilidades contables y los adapte a parámetros de mayor calidad procesal. Como ya se ha dicho, las normas procesales de aplicación supletoria a los procesos del enjuiciamiento contable han experimentado importantes reformas en los últimos años mientras que la normativa aplicable a la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas sigue, en lo esencial, anclada en los años 1982 y 1988.

Finalmente, debe ponerse de relieve que la función jurisdiccional de los tribunales de cuentas, entendida como una potestad para enjuiciar la conducta de quienes por fraude o despilfarro menoscaban las arcas públicas y de imponerles el deber de reintegrar al erario público los daños y perjuicios injustamente provocados al mismo, no solo está siendo objeto de un creciente interés social y mediático sino que, además, también está adquiriendo relevancia en los foros profesionales. Debe citarse en este sentido que la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), dependiente de Naciones Unidas, constituyó en 2015 un grupo especial de trabajo para tribunales de cuentas con jurisdicción y fiscalía. El Tribunal de Cuentas español forma parte del mencionado grupo de trabajo e intervino en la formulación por el mismo de la Declaración de París, de 12 de noviembre de 2015, que establece las bases para potenciar el buen funcionamiento de las competencias enjuiciadoras de las entidades fiscalizadoras superiores.

2. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS QUE SE PROPONEN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTABLE

2.1. Desaparición de la diferencia entre responsabilidad contable por alcance y distinta de alcance

En la actualidad el artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, distingue, por un lado, el alcance y la malversación contable y, por otro, las demás infracciones susceptibles de generar responsabilidad contable. Esta distinción se desprende también del artículo 177 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Sin embargo, fragmentar la responsabilidad contable en dos categorías atendiendo al tipo de infracción que la origina (alcance o malversación, por un lado, y otras por otra parte) solo aporta confusión tanto material como procesal a su regulación.

De acuerdo con los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, toda responsabilidad contable, sea cual sea la concreta infracción jurídica de la que deriva, se caracteriza por dos rasgos:

- **Por su origen:** Siempre nace de una actuación ilegal y dolosa o gravemente negligente que provoca un menoscabo en los fondos públicos.
- **Por sus efectos:** Siempre genera una obligación de indemnizar a las arcas públicas los daños y perjuicios causados a las mismas.

En consecuencia, desde una perspectiva jurídico-material carece de sentido distinguir la responsabilidad contable por alcance o malversación de la responsabilidad contable derivada de una vulneración jurídica diferente, pues en ambos casos la naturaleza de la responsabilidad es la misma y sus efectos también.

Por otra parte, desde el punto de vista jurídico-procesal, no tiene justificación jurídica habilitar, como hace la vigente normativa, tres procedimientos distintos (reintegro por alcance, juicio de cuentas y expediente administrativo de responsabilidad contable) para reclamar un mismo tipo de responsabilidad según derive de un tipo u otro de infracción jurídica.

La experiencia de los últimos años ha demostrado que esta complejidad procesal ha provocado problemas prácticos en las tramitaciones según se desprende de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo que se plasma en Sentencias, de su Sala Tercera, de 18 de enero de 2012 y 28 de noviembre del mismo año.

En conclusión, la distinción entre responsabilidad contable por alcance y malversación y la derivada de otros supuestos, así como su consecuencia procesal de articulación de procedimientos distintos para exigirla, deberían superarse en una futura modificación legislativa que

aportara un concepto único y común de responsabilidad contable y un mismo cauce formal para reclamarla en todos los casos.

2.2. Ampliación del concepto de responsabilidad contable

Los vigentes artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, según se han venido interpretando por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de manera uniforme desde su Sentencia de 30 de junio de 1992 y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo reflejada en Sentencias, de su Sala Tercera, como la de 28 de noviembre de 2012, exigen para que pueda declararse responsabilidad contable que concurren los siguientes **requisitos**:

- Que se haya producido una **acción u omisión** constitutiva de gestión de caudales o efectos públicos.
- Que se haya producido una **vulneración del régimen jurídico contable o presupuestario** aplicable a la administración de los recursos públicos.
- Que se haya actuado con **dolo, culpa o negligencia grave**.
- Que se haya originado un **menoscabo en los fondos públicos**.
- Que entre la conducta enjuiciada y el **daño patrimonial** causado a los fondos públicos exista relación de causalidad.
- Que la **responsabilidad reclamada** se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes **manejan caudales** o efectos públicos.

El vigente concepto de **responsabilidad contable** que se acaba de exponer debería modernizarse incorporando al mismo algunos criterios aportados por la Jurisprudencia y algunas **innovaciones** derivadas de las nuevas leyes:

- El concepto de gestor de fondos públicos que se desprende del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, debería mantenerse aunque añadiendo que toda persona que maneja un patrimonio público se convierte en cuentadante respecto del mismo. De esta forma se podrían fundir en uno solo el requisito de gestión de fondos públicos y el de reflejo contable de dicha gestión, que el legislador exige para que concorra responsabilidad contable.

Por otro lado, convendría añadir por vía de reforma legislativa que también pueden incurrir en responsabilidad contable:

- El colaborador necesario o extraneus, al que nos referiremos al tratar de la cuestión procesal de la legitimación pasiva.
- Las Administraciones y entidades del Sector Público que gestionen fondos que les hayan sido transferidos por otras Administraciones.
- Por lo que se refiere al requisito de que se haya producido una vulneración del régimen presupuestario o contable de aplicación al Sector Público, debería ampliarse en el sentido de que la responsabilidad contable puede surgir de la infracción de cualquier norma reguladora de la gestión económico-financiera pública.

En particular, deberían tenerse en cuenta dos cuestiones de *lege ferenda*:

- La oportunidad de extender la responsabilidad contable a supuestos de ineficiencia en la gestión de los fondos públicos cuando se produce despilfarro o un sacrificio patrimonial no justificado en las arcas públicas. La reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo invita a la Jurisdicción Contable a entrar en la responsabilidad contable por ineficiencia no justificada en la gestión de caudales públicos (así Sentencia de su Sala Tercera de 30 de enero de 2012).
- La oportunidad de conectar la responsabilidad contable con el concepto de administración desleal previsto, para el delito de malversación de caudales públicos, en la nueva redacción del artículo 432 del Código Penal.

Sobre este particular, la Memoria de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas para el año 2015 recoge las consideraciones siguientes:

“La Ley 1/2015, de 30 de marzo, modificadora de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce cambios sustanciales en la redacción del delito de malversación (artículo 432 del Código Penal).

A pesar de la evidente relación que existe entre el mencionado delito y la responsabilidad contable, no se ha reformado el artículo 72 de la Ley de Funcionamiento del TCu, cuyo apartado 2 sigue disponiendo que “se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o

el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tengo a su cargo”.

Como es sabido, la malversación, además de la respuesta penal, conlleva la obligación de reparar el daño causado al Tesoro Público. Esa responsabilidad civil es un supuesto típico de responsabilidad contable, según recoge el precepto transcrito.

Los actos que dan lugar a la malversación contable están tomados de los artículos 394 párrafo 1º y 396 párrafo 1º del Código Penal de 1973.

El contenido de dichos preceptos fue trasladado a la redacción originaria del CP de 1995, de tal manera que ha existido, hasta la reforma de 2015, paralelismo entre la regulación penal y la contable.

Ahora bien, la LO 1/2015 altera de manera significativa la redacción del artículo 432 del CP.

En efecto, como señala el Preámbulo de la citada Ley, la reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público.

Por tanto, se ha ampliado el concepto de malversación penal, dado que, por la vía de la gestión desleal, se castiga a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al administrado.

Tal enunciado no puede subsumirse en el señalado apartado 2 del artículo 72 de la Ley de Funcionamiento del TCu, que estaría conectado únicamente con conductas consistentes en la desviación o sustracción de fondos públicos.

Por otra parte, el alcance, definido en apartado 1 del artículo 72 de la citada Ley de Funcionamiento como “el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el

manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas” no contempla los supuestos comprendidos en la gestión desleal, tal y como son elaborados por la doctrina científica y jurisprudencial.

La consecuencia es que la malversación contable tiene un ámbito menor que la malversación penal, lo que no tiene mucho sentido, pues la jurisdicción contable fue concebida específicamente para la exigencia de responsabilidades a los gestores que incurrieran en malversación, tomando siempre como referencia los supuestos penales.

Por ello, se considera que debe llevarse a cabo la modificación del artículo 72.2 de la Ley de Funcionamiento del TCu, introduciendo dentro de la malversación contable tanto los actos de administración desleal del patrimonio público como los supuestos de apropiación indebida. Con ello se restablecería el paralelismo tradicional entre el citado artículo 72.2 y el artículo 432 del CP.”

- En lo relativo al requisito subjetivo del dolo, culpa o negligencia grave que deben concurrir en la conducta del gestor público enjuiciado para que incurra en responsabilidad contable, una reforma legislativa podría completar dicho requisito con alguno de los principales criterios jurisprudenciales que lo han venido completando.

Así, por ejemplo:

- La diligencia exigible en la gestión de los fondos públicos es una diligencia cualificada, superior a la que se puede reclamar a un gestor privado, y requiere una aplicación exhaustiva de las cautelas necesarias para prevenir y evitar el menoscabo de los fondos públicos.
- Una mala praxis, por muy común que sea y extendida que esté, puede constituir negligencia grave.
- Las limitaciones de medios personales y materiales pueden moderar la negligencia apreciable en una gestión.
- El incumplimiento de sus deberes legales por terceros no exime de la obligación de cumplir los propios

2.3. La prescripción de la responsabilidad contable

En relación con este punto, la antes citada Memoria de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas para el ejercicio 2015 afirma:

“Las recientes SS del TS, Sala 3ª, de fecha 28 de febrero de 2013 y 25 de febrero de 2016, establecen una nueva interpretación sobre los requisitos que deben cumplirse para que se produzca la interrupción del plazo establecido para la exigencia de responsabilidad contable.

Ello puede tener el efecto indeseado de que se declaren prescritas dichas responsabilidades, debido a que cuando se lleva a cabo la fiscalización de un ente público es posible que se vean afectadas numerosas personal, cuya determinación a veces resulta problemática, que ocupan o han ocupado cargos de gestión o manejo de fondos públicos, dependiendo del período fiscalizado. Ello dificulta la puesta en conocimiento de tal actuación fiscalizadora, a fin de lograr la interrupción del breve plazo de tres años establecido en la disposición adicional 3ª de la LFTCu.

En consecuencia, parece oportuno llamar la atención sobre la necesidad de que sea reformado dicho plazo de prescripción de las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador, contado desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente, a fin de que sea ampliado.

Dada la complejidad de las cuentas que se analizan en algunos supuestos, muy especialmente en el caso de la Cuenta General del Estado, la detección de los ilícitos contables puede resultar complicada, exigiendo investigaciones ulteriores, que se llevan a cabo una vez finalizada la fiscalización, momento en que el plazo prescriptivo comienza a computarse.

El TS señala que el procedimiento fiscalizador que tiene una finalidad preparatoria del juicio de cuentas o del procedimiento de reintegro por alcance y, en consecuencia, la iniciación de un procedimiento fiscalizador contra cualquiera de los entes, organismos o sociedades, que integran el Sector Público (artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas), significa ya el comienzo del mecanismo legalmente previsto para exigir, individualmente, a las

concretas personas que encarnen la dirección o administración de tales entes, organismos o sociedades del Sector Público, las responsabilidades de naturaleza contable que puedan derivarse de los hechos que hayan sido objeto de la fiscalización. El hecho interruptor debe ser el acuerdo de fiscalización adoptado por el Pleno del Tribunal de Cuentas y no la citación para la liquidación provisional practicada en las actuaciones previas.

Igual eficacia interruptora ha de reconocerse a la actividad fiscalizadora de los OCEX, pues, si en el ejercicio de su función fiscalizadora dichos entes advirtieran la existencia de indicios de responsabilidad contable, lo trasladarán sin dilación al Tribunal de Cuentas a los efectos de su posible enjuiciamiento. Ello equivale a reconocer que esa actividad fiscalizadora de los OCEX es una fase preparatoria de la función enjuiciamiento contable que legalmente tiene atribuida el Tribunal de Cuentas (en el artículo 2.b) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo).

El conocimiento personal de cualquier actuación pública interruptora de la prescripción es una garantía para dar satisfacción al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), y hace necesario que la iniciación de los procedimientos de fiscalización del Tribunal de Cuentas, que puedan derivar en posibles procedimientos ulteriores correspondientes a su función de enjuiciamiento contable, se comunique personalmente a todos los miembros y componentes de las entidades, corporaciones, organismos y sociedades del sector público que sean sometidas a fiscalización y puedan ser declarados incurso en responsabilidad contable como consecuencia del resultado de esa fiscalización.

Ese conocimiento podrá tener lugar bien a través de la notificación formal y personal de la actuación interruptora a todos esos miembros (que será el instrumento más idóneo y seguro), bien a través de cualquier otro hecho o circunstancia que permita formar la razonable convicción de que ese conocimiento efectivamente tuvo lugar. Así lo impone la especial ponderación del sacrificio del valor justicia que toda prescripción extintiva conlleva en aras de la seguridad jurídica, y así lo viene a confirmar el artículo 132 (apartados 2 y 3) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (LRJ/PAC), que, en orden a la interrupción de las infracciones administrativas y sus sanciones, se refiere únicamente al conocimiento del interesado”.

2.4. La transmisión de la responsabilidad contable a los causahabientes

El artículo 38.5 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, establece la posible transmisión de la responsabilidad contable a los causahabientes del gestor público enjuiciado.

La experiencia de los últimos años ha puesto de relieve que este precepto mejoraría si se añadieran al mismo los elementos necesarios para aclarar dos cuestiones:

- Si la responsabilidad contable se transmite a los causahabientes del responsable solo cuando ya está declarada en Sentencia o también durante la tramitación de los procedimientos, a través de las pertinentes fórmulas de sustitución procesal.
- Si el causahabiente que acepta la herencia a beneficio de inventario debe responder solo con bienes y derechos del patrimonio heredado o también con los del suyo propio, sin perjuicio de que dicha responsabilidad no pueda superar la cuantía del importe líquido de la herencia.

3. PROPUESTAS DE REFORMA DE CARÁCTER PROCESAL

3.1. Órganos que intervienen en el enjuiciamiento contable

La cuestión del procedimiento de elección y del estatuto de los Consejeros de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento afecta al modelo institucional de Tribunal de Cuentas previsto en el artículo 136 de la Constitución, por lo que su examen va más allá de lo relativo al ejercicio de la jurisdicción contable y afecta al modelo de tribunal de Cuentas en su conjunto. Sobre este particular tienen interés algunas referencias contempladas en el Informe del *Peer Review*, elaborado en 2014, a petición del propio tribunal de Cuentas español, por las Entidades Fiscalizadoras de Portugal y de la Unión Europea.

Por otro lado, respecto a los funcionarios que pudieran desarrollar competencias instructoras y decisorias en los procedimientos de responsabilidad contable, cualquiera que fuera el diseño de los trámites de tales procedimientos, deberían contar con un estatuto que garantizara un régimen suficiente y adecuado de independencia, lo que

de entrada recomendaría que esos puestos se cubrieran por concurso y no por libre designación.

3.2. Las partes de los procesos de responsabilidad contable

A. Legitimación activa

En esta materia la experiencia de los últimos años aconseja dos modificaciones legislativas:

- Por una parte, la introducción de algún mecanismo procesal que permitiera evitar el uso a menudo politizado que se ha venido haciendo de la acción pública de responsabilidad contable recogida en el artículo 47.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y en el artículo 56 de la Ley de Funcionamiento del mismo.

Este derecho, que deriva del artículo 125 de la Constitución, resulta apropiado para unos procesos como los del Tribunal de Cuentas, que tienen por objeto mantener la integridad de los fondos públicos y, en cierto sentido, perseguir conductas relacionadas con la corrupción y el despilfarro en la gestión de los bienes y derechos de titularidad pública. Constituye, por tanto, una forma adecuada de facilitar la participación de la ciudadanía en una Administración de Justicia especialmente relacionada con algunos de los aspectos que más inquietud social provocan.

Sin embargo, la experiencia práctica ha puesto de relieve que a través de la acción pública de responsabilidad contable se ocultan, con demasiada frecuencia, intentos de politizar la actuación de la Jurisdicción Contable induciéndola a intervenir en controversias aparentemente jurídicas pero que en realidad enmascaran conflictos puramente político-partidistas.

Por ello puede plantearse introducir alguna modificación legislativa en materia de costas, multas o fianzas que, sin limitar el acceso de la ciudadanía a la protección jurisdiccional del patrimonio público, corrija sin embargo el uso abusivo de la acción pública ante el Tribunal de Cuentas.

- Por otra parte, dado que el objeto del enjuiciamiento contable es conseguir la recuperación de caudales públicos mediante el examen de la conducta de quienes los gestionan, el interés público está

estrechamente vinculado a los procesos de responsabilidad contable. Por ello resultaría útil una modificación legislativa que otorgara al Ministerio Fiscal un papel institucional en estos procedimientos que fuera más allá del de mera parte procesal en unas actuaciones regidas por el principio dispositivo, de forma que la Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas pudiera permanecer en los procesos incluso sin haber ejercitado la acción de responsabilidad contable ni haberse adherido a la demanda formulada por otros legitimados activos.

B. Legitimación pasiva

El régimen vigente (artículos 49.1 y 55.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) considera legitimados pasivos en los procesos de responsabilidad contable a los presuntos responsables contables, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso, así como a los perceptores de subvenciones y otras ayudas públicas.

Una eventual modificación de la normativa debería aclarar que la legitimación pasiva de los perceptores de ayudas públicas corresponde tanto a particulares como a Administraciones o Entidades Públicas, pues estas también pueden beneficiarse de este tipo de financiación.

También se han manifestado necesarias las modificaciones normativas que permitan extender la legitimación pasiva de este tipo de procesos en dos direcciones:

- Patrimonios y personas a que se refiere el artículo 40 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones. Dicho precepto podría servir de referencia para dar un sentido más amplio y moderno a la legitimación pasiva en todos los procesos de responsabilidad contable, aunque no tengan por objeto subvenciones o ayudas públicas.
- El colaborador necesario o *extraneus*.

En relación con el *extraneus* o cooperador necesario, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas en su Memoria para el ejercicio 2015 establece:

“La posición adoptada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre la determinación de las personas que resultan responsables contablemente descansa en la afirmación de que “sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones y otras ayudas del Sector Público”. (S. 17 de abril de 2008, casación nº 7452/2002).

Por tanto, el cooperador necesario queda fuera del ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, criterio reiterado por las SS. De 21 de julio de 2011 (casación 1018/2008) y 30 de enero de 2012 (casación nº 6275/2009).

Sin embargo, ha de considerarse que, si la acción se dirige contra un cuentadante y un tercero por razón de unos mismos hechos, existiendo concierto de voluntades y malversación de caudales públicos, la jurisdicción contable debiera ser la competente para conocer de la responsabilidad contable de todos los implicados, incluidos los cooperadores necesarios, aunque no sean cuentadantes, para evitar que se divida la continencia de la causa. Este es el sentido de la reforma que se propone.

Al igual que ha ocurrido con la modificación del artículo 65.3 del Código Penal, operada la LO 15/2003, de 25 de noviembre, sería conveniente introducir en la LOTCu y la LFTCu las oportunas reformas dirigidas a permitir la exigencia de responsabilidad contable a los coautores o cooperadores necesarios, aunque no sean gestores de los fondos públicos, del ilícito contable en el que han participado. Este criterio aparece razonablemente expuesto en los votos particulares de la SSTS, Sala 3ª de 17 de abril de 2008 y 4 de febrero de 2009, y en la sentencia, de 12 de noviembre de 2015, del Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento del TCu.

Al respecto, tales votos particulares afirman que *“subordinar la legitimación pasiva de todos los responsables a que sean cuentadantes, de hecho o de derecho, prescindiendo de quienes no sean parte de la relación jurídico-contable, cualquiera que sea la participación que hayan tenido en el menoscabo que sufran los caudales públicos, supone desconocer la más moderna jurisprudencia penal que admite la participación del extraneus en los tipos delictivos*

específicos previstos para castigar sujetos activos caracterizados por su especial cualificación”.

Así, la Sala Segunda, en sentencias, entre otras, de 21 de Diciembre de 1999, 28 de Marzo de 2001, y 25 de julio de 2002, condena a terceras personas por haber contribuido en la comisión de delitos especialmente tipificados para los que ostentan la condición de funcionario público o autoridad o reúnen la circunstancia de disponibilidad de caudales públicos, declarando que el tercero que coopera al hecho, aunque no sea funcionario o no tenga la disponibilidad de caudales públicos, no podrá cometerlo conforme al nº 1 del artículo 28 del Código Penal, pero sí puede hacerlo, según el núm. 2 de este artículo, si es consciente y colabora a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona encargada de su custodia.

Incluso, no puede dejarse de reconocer que para salvar el principio de legalidad, en cuanto el Tribunal Supremo aplicaba en estos casos la atenuante analógica 6ª del artículo 21 del Código Penal, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, que reforma el Código Penal, añadió un nuevo número al art. 65, contemplándose, ahora de forma expresa, la participación del extraneus en un delito especial propio, y estableciendo que *“cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate”*.

Pues bien, si la punibilidad del extraneus se admite sin discusión en la actualidad, teniendo ahora el debido soporte legal, no resulta razonable mantener que esta solución no resulta aplicable al ámbito de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, por falta de regulación específica, cuando le corresponde la fijación de la indemnización derivada de delitos que suponen menoscabo de caudales públicos, ante lo que disponen los artículos 18.2 de la LOTCU y 49.3 de la LFTCU.

Además, en el presente caso no hay que olvidar que la Sala Segunda, en cuanto a la responsabilidad civil, declaró que no procedía hacer pronunciamiento, no sólo por la indeterminación precisa de lo apropiado, sino también para dejar a salvo la responsabilidad que, en

su ámbito y, en su caso, determinase el Tribunal de Cuentas, sin excluir la responsabilidad de los terceros.

Por todo ello, no puedo compartir el criterio de la mayoría, entendiendo que la Sala debió dar un paso más en la interpretación de la normativa existente, superando su deficiente regulación sin que todo ello implique desconocer el ámbito subjetivo y objetivo de la jurisdicción contable, puesto que una cosa es que se actuación tenga que circunscribirse a la responsabilidad de quienes reciben caudales públicos para su gestión, y otra que no pueda extenderse también frente a quienes, sin ostentar tal condición, participan en el hecho y colaboran en el menoscabo.

Además, esta solución agiliza la tramitación, evita disfunciones no deseables y sobre todo el peregrinaje jurídico-judicial, máxime cuando la concreción de los daños a los fondos públicos corresponde al Tribunal de Cuentas.

De mantenerse el criterio de la mayoría en caso de indeterminación de lo apropiado en el momento de la sentencia, tendría que ser el Tribunal Penal quien tuviera que proseguir las actuaciones en la pieza de responsabilidad civil, sólo respecto de los terceros, lo que no resulta lógico.

Además, tampoco cabe desconocer que el orden civil tampoco podría decidir en estos casos hasta que el Tribunal de Cuentas, resolviese conforme a su competencia, al quedar vinculados los tribunales civiles a la decisión que se adopte, como establece el art. 42.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

C. Postulación

En materia de postulación convendría modernizar la legislación vigente en dos sentidos:

- Suprimiendo las facultades anacrónicas otorgadas al Abogado del Estado para solicitar la suspensión de los procesos y representar a administraciones y entidades distintas de las del Sector Público Estatal, que se contemplan en los artículos 48 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 58 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

- Aclarando qué acuerdos de sus órganos unipersonales o colegiados y qué informes jurídicos deben aportar las entidades locales para ejercitar acciones de responsabilidad contable.

3.3. El proceso para la exigencia de responsabilidades contables

Como anteriormente se dijo, el sistema procesal que aportan la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y la Ley 7/1988, de 5 de abril, para la exigencia de responsabilidades contables, ha planteado muchos problemas prácticos como consecuencia de su excesiva complejidad.

En efecto, las citadas normas permiten distinguir dos supuestos:

- a) **Pretensiones de responsabilidad contable por alcance o malversación.** El Tribunal de Cuentas tiene competencia exclusiva para conocer y resolver este tipo de pretensiones a través de un procedimiento de reintegro por alcance.
- b) **Pretensiones de responsabilidad contable distintas de alcance o malversación.** Pueden conocerse y resolverse por el Tribunal de Cuentas a través de un juicio de cuentas o por las Administraciones Públicas a través de un expediente administrativo de responsabilidad contable, pero en este último caso el Tribunal de Cuentas puede abocar el asunto y, además, a través de su Sala de Justicia, conocerá de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten en los expedientes administrativos anteriormente aludidos.

La regulación del juicio de cuentas y la del reintegro por alcance son diferentes, pero en ambos casos cabe apelación ante la Sala de Justicia del propio Tribunal y la última palabra corresponde al Tribunal Supremo en Casación y Revisión.

La excesiva complejidad de este régimen jurídico viene además agravada por las continuas remisiones que contiene a otras normas y por el carácter supletorio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El examen de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, como sobre todo de la Sala de Justicia del

propio Tribunal de Cuentas, permite adivinar un esfuerzo necesario pero anómalo por dar solución a conflictos derivados de la complejidad procesal a la que nos venimos refiriendo.

El primer problema radica en las fuentes de iniciación de los juicios de responsabilidad contable. Con la vigente normativa en la mano, las actuaciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas pueden iniciarse por alguna de las **siguientes vías**:

- a) Resultados de **procedimientos fiscalizadores** desarrollados por el Tribunal de Cuentas o por Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas.
- b) Comunicaciones procedentes del **Sector Público**.
- c) Denuncias de **particulares**.
- d) **Acciones públicas**.

La regulación de estos cauces de incoación se ha venido manifestando insuficiente a dos niveles. En primer lugar porque no ha facilitado el conocimiento, en vía jurisdiccional contable, de un número de casos suficiente como para considerar que el mecanismo de incoación haya dado los rendimientos deseables. En segundo término porque la conexión entre la función fiscalizadora y la jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, que tenía que haberse plasmado en trámites ágiles y fluidos de incoación, ha venido suscitando importantes problemas de interpretación jurídica.

Por otra parte, tanto para el caso del juicio de cuentas como para el del reintegro por alcance, el Legislador ha previsto unas fases instructoras, las Actuaciones Previas de los artículos 45, 46 y 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, cuya naturaleza y contenido han constituido un auténtico quebradero de cabeza para los agentes jurídicos.

Además, el diseño legal del procedimiento de reintegro por alcance y el del juicio de cuentas, con una fase de instrucción administrativa, una primera y una segunda instancia jurisdiccionales y una casación amplia ante el Tribunal Supremo supone, por mucha agilidad que se aplique a las tramitaciones, un cauce formal demasiado largo.

Por lo demás, tampoco el rígido principio dispositivo que preside el diseño legal de estos procesos encaja bien con el carácter especializado

de una Jurisdicción que persigue la restauración de la integridad de los fondos públicos.

En consecuencia, podemos afirmar que en esta materia, la estrictamente procedimental, se echa especialmente de menos una actualización orientada a conseguir una regulación más sencilla y eficaz.

Los procesos contenciosos de que conoce la Jurisdicción Contable, por tanto, no sólo resultan complejos en su tramitación sino además excesivamente largos por su propia configuración legal.

Esta excesiva complejidad y duración resultan particularmente distorsionadoras si se tiene en cuenta que los juicios de responsabilidad contable son además compatibles, por unos mismos hechos, con otros procedimientos administrativos o jurisdiccionales de carácter sancionador.

De *lege ferenda* sería recomendable un cauce formal único para atender todas las posibles pretensiones de responsabilidad contable, caracterizado por su agilidad, su adecuación al perfil técnico especializado de dichas pretensiones y su correcto encaje en el ordenamiento procesal general.

Para ello, habría que empezar por aclarar y mejorar el funcionamiento de las fuentes de nutrición de la Jurisdicción Contable a las que se aludió con anterioridad y, luego, articular un procedimiento sencillo.

Las actuaciones podrían empezar con una fase administrativa, tramitada por órganos del propio Tribunal de Cuentas o de los OCEX, al estilo del procedimiento previsto para los expedientes de responsabilidad contable en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio. Esto es, con una instrucción administrativa y una posterior resolución, administrativa también, por órgano diferente del instructor. En esta primera fase podrían adoptarse las medidas de averiguación y cautelares que hoy se prevén en el artículo 47.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Contra las resoluciones condenatorias o absolutorias dictadas en el procedimiento administrativo de responsabilidad contable cabría recurso, ante una Sala de Justicia de la Jurisdicción Contable, que se

tramitaría como un procedimiento contencioso-administrativo en primera o única instancia, de manera que en esta fase procesal, de naturaleza plenamente jurisdiccional, pudiera desarrollarse el juicio plenario.

Se trataría, por tanto, aunque con diversos matices, de generalizar el sistema hoy recogido en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo. Todo ello sin olvidar las competencias finales del Tribunal Supremo en garantía del principio de Unidad de Jurisdicción.

De esta manera se conseguiría dotar a la Jurisdicción contable de un cauce formal más sencillo y adaptado a la naturaleza de las pretensiones de que conoce. Un proceso, además, que podría simplificarse aún más permitiendo casos de tramitación abreviada por razón de la cuantía.

El desafío como siempre está en buscar el difícil punto de equilibrio entre celeridad y agilidad procesal, por una parte, y respeto a las garantías del proceso por otra, armonizando a la vez la relevancia del interés público afectado por la forma de gestionar el patrimonio común de los ciudadanos, con el respeto a los derechos materiales y formales de las personas contra las que se dirige la acción de responsabilidad contable.

3.4. El levantamiento del velo

Una de las principales limitaciones que está experimentando la Jurisdicción Contable y que menoscaba su eficacia es la dificultad legal para trabar bienes y derechos de personas físicas o jurídicas que, no apareciendo como titulares registrales de los mismos, son los propietarios de facto y quienes, a menudo, han pretendido eludir sus condenas mediante transferencias ficticias y fraudulentas de sus derechos a terceros.

Sería oportuna, en este sentido, una modificación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria que extendiera a la Jurisdicción Contable ventajas en la medida de lo posible similares a las que se atribuyen a la Jurisdicción Penal en esta materia. Tal reforma estaría perfectamente justificada en el interés público que persiguen los procesos de responsabilidad contable, que buscan la integridad de los fondos públicos responsabilizando de su reparación a quienes actuando ilegalmente los

hubieran dañado. También estaría justificada por el hecho de que las conductas enjuiciadas por el tribunal de Cuentas por posibles responsabilidades contables, a menudo tienen trascendencia penal y van asociadas a supuestos de corrupción y despilfarro en la gestión pública.

4. PRINCIPALES NORMAS AFECTADAS POR LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS QUE SE PROPONEN

- **Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982**, de 12 de mayo. Las reformas que se proponen afectarían a los artículos siguientes: 2,b); 15.1 y 2; 24.1 y 2; 25; 26; 38.1 y 5; 41; 47.3; 48.2; 22,d).
- **Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas 7/1988**, de 5 de abril. Las reformas que se proponen afectarían a los artículos siguientes: 1,c); 3,e) y o); 11; 12,c); 14; 16,d); 45 a 48; 49.1; 52 a 58; 59.2; 60 a 87; disposición adicional segunda; disposición adicional tercera; disposición transitoria tercera, así como al Preámbulo.
- **Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno 19/2013**, de 9 de diciembre. Las reformas que se proponen afectarían al artículo 28.
- **Ley General Presupuestaria 47/2003**, de 26 de noviembre. Las reformas que se proponen afectarían a los siguientes artículos: 177; 178; 180; 181, así como a la Exposición de Motivos.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la **Ley Hipotecaria**. Las reformas que se proponen afectarían a su artículo 20.

**CUARTA JORNADA:
GARANTÍAS DE ALCANCE Y DE LA EJECUCIÓN COMO MEDIO PARA
OBTENER EL REINTEGRO DE ALCANCE**



CUARTA JORNADA:
GARANTÍAS DEL ALCANCE Y DE LA EJECUCIÓN COMO MEDIO PARA OBTENER EL
REINTEGRO DE ALCANCE

La colaboración de los registros públicos en la lucha del blanqueo de capitales.
José Miguel Masa Burgos. Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Director del Centro Registral Antiblanqueo.

Los registros públicos como medio para luchar contra la corrupción: las garantías personales y reales del alcance.

Juan José Pretel Serrano. Registrador de la Propiedad. Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Decano Territorial del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental.

La subasta judicial como medio de ejecución del alcance.

Mercedes Martín López. Letrada de la Administración de Justicia.

Ministerio de Justicia.

La Opinión Pública, la corrupción y los partidos políticos.

Jorge Muñoz Carmona. Periodista. Especialista en información de Tribunales.

Diario de Sevilla. Grupo Joly.

La aportación de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas en la lucha contra la corrupción.

Antonio M. López Hernández.

Presidente de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Granada

LA COLABORACIÓN DE LOS REGISTROS JURÍDICOS ESPAÑOLES EN LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITAL

José Miguel Masa Burgos

*Registrador de la Propiedad y Mercantil
Director del Centro Registral Antiblanqueo*

1. INTRODUCCIÓN

El blanqueo de capitales no es otra cosa que la introducción, en los circuitos económicos legales de los países que tienen sistemas eficaces de seguridad jurídica, de ingentes cantidades de dinero procedente de actividades delictivas muy variadas, como el tráfico de armas, el de drogas, el de órganos, etc. Respecto al tráfico de órganos, que parece que no se conoce y que no tiene tanta relevancia pública, debo decir que es una de las más importantes fuentes de obtención de fondos para proceder al blanqueo de dinero, según se comentó durante un seminario que celebramos en Bogotá, ya que dicho país sufre este problema de manera muy intensa.

En suma, el blanqueo de capitales es la consecuencia de cualquier actividad delictiva que ustedes puedan concebir, siempre que sea rentable. Esas actividades generan grandes fondos y éstos, evidentemente, no pueden estar guardados, no pueden quedar improductivos y para producir, y ser rentables, hay que introducirlos en sistemas económicos donde haya solidez, seguridad jurídica y rentabilidad privada.

Tradicionalmente, el blanqueo de capitales ha estado unido, desde el punto de vista penal, a lo que se llama el delito subyacente, ya que había una conexión, en casi todos los ordenamientos penales, entre el mismo, que sirve para obtener los fondos, y la persecución en sí del lavado de activos.

Hoy en día, la moderna legislación penal ya tiende a separar estos delitos, pudiéndose perseguir perfectamente el blanqueo de capitales sin perseguir a su vez el delito subyacente. La razón, en primer lugar, es por pura justicia, y, en segundo lugar, porque cada uno puede producirse en momentos temporales y países distintos. Los Estados modernos, por tanto, reacciona frente al blanqueo de dinero, que es lo que pueden perseguir en un concreto momento, sin perjuicio de que, naturalmente, lo ideal es perseguir a ambos.

2. CONCEPTO DEL BLANQUEO DE CAPITALS

El origen de la denominación de este delito es curioso. Esta cuestión se nos planteó en un seminario -en Cartagena de Indias- y yo pregunté a los diversos representantes si la expresión '**blanqueo o lavado de dinero**' tenía que ver, de alguna forma, con lo que pasó en Estados Unidos durante los primeros 20 años del siglo pasado.

La mayoría respondió que así era y la explicación que dieron es la siguiente. En Estados Unidos durante ese período se promulgó la Ley Seca, que fue vulnerada por organizaciones criminales, fabricando o importando el alcohol de países limítrofes y obteniendo importantes cantidades de dinero. Necesitaban aflorar esos enormes beneficios para invertirlos y así hacerlos rentables. Idearon unas cadenas de lavanderías donde se introducían esos fondos y se afloraban como ganancias legítimas de esos negocios. De ahí viene la expresión lavado o blanqueo de dinero que casi todos los tratadistas utilizan, aunque todavía son pocos los que se dedican a este tema.

3. IMPORTANCIA DE LA FIGURA

Tenemos que referirnos a continuación a la importancia que tiene el blanqueo de capitales en los tiempos actuales.

Lo primero que les tengo que señalar es que basta leer un periódico, o ver un informativo de televisión, para constatar que cada día el blanqueo de capitales es una realidad en nuestro país y en nuestro entorno. Blanquear dinero es, en este momento, una actividad que está presente de manera permanente en prensa y televisión, lo que genera que la sociedad perciba, más que el delito subyacente, el que es consecuente.

Esta alarma social hace que el blanqueo de capitales de por sí sea importante, pero es que, además, hay que tener en cuenta un dato que lo hace todavía más trascendente y son las ingentes cantidades de dinero que se mueven con estos delitos. Tengo algunos datos que, aunque son del 2008, 2010 y 2015, son enormemente expresivos. Voy a señalarles algunos de ellos:

1. En un informe del Senado de Estados Unidos, hecho por el senador demócrata Carl Lewis, se mencionaba que la utilización de paraísos

fiscales supone una pérdida de ingresos para el Tesoro estadounidense que oscilaba entre los cuarenta mil y setenta mil millones de dólares.

2. En ese mismo informe se recogía una referencia a lo que en Estados Unidos funciona como Red de Justicia Fiscal en la que se hacía constar que las sociedades domiciliadas en territorios *off shore* movían **1,5 billones de dólares** en activos financieros **solo en un año**.
3. Por su parte, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y, concretamente su Secretario General, Gay Ryder, declaró que la cantidad de dinero que se pierde anualmente, debido a los paraísos fiscales y al blanqueo de dinero, es la equivalente a **multiplicar por seis el importe necesario para una educación primaria universal**.

Estos datos sirven para que, ustedes, puedan ponderar la importancia de las cantidades de dinero que mueven las figuras delictivas que estamos comentando.

Si bien la cuantía de las cantidades que se mueven como consecuencia de estos delitos justifica su persecución por parte del Estado, hay otras razones que refuerzan la necesidad de perseguir estas actividades.

La primera se circunscribe al ámbito tributario y consiste en que todo el blanqueo de dinero se basa en eludir el pago de impuestos mediante la obtención de fondos que son depositados a través de sociedades instrumentales en paraísos fiscales. Son sociedades que no tributan y que, por tanto, representan una profunda injusticia frente a aquellas sociedades obligadas al pago de impuestos, que son las que posibilitan el funcionamiento del Estado, junto con los particulares. Estas organizaciones criminales blanquean un dinero obtenido ilícitamente y, por lo tanto, exento de tributación, lo que implica un **elemento de profunda injusticia en todo este proceso, respecto a los ciudadanos que sí contribuyen**.

La segunda razón que justifica la persecución del blanqueo de capitales - aparte de que es una figura ilegal, lo que la hace perseguible penalmente sin ulterior justificación-, radica en que todas las actuaciones delictivas de las organizaciones criminales tienen como **finalidad la obtención de una riqueza** que, a su vez, genera poder y la posibilidad de que todos sus miembros tengan un nivel de vida espectacular. Cuando el Estado moderno persigue, dificulta o impide el blanqueo está indirectamente yugulando la

realización de esas actividades delictivas previas, ya que estas acciones dejan de ser rentables en ámbitos de poder y económicos y, si dejan de serlo, **se desincentiva la comisión del delito subyacente**. Es, por tanto, la persecución del lavado de activos un argumento fundamental en la lucha contra el delito.

4. MEDIOS DE ACTUACIÓN CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITAL

El Estado moderno ataca el blanqueo de capitales en tres fases no secuenciales temporalmente: la primera es la que se llama **actividad de prevención**, la segunda es la de **persecución**, que está encargada a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ayudados por los Servicios de Inteligencia y los Servicios Secretos y de Información, no solo del país propio sino de toda la Unión Europea y existe, por último, un tercer nivel de actividad del Estado que es la **actividad de punición o actuación judicial**. Son los jueces los que a fin de cuentas sancionan la comisión de estos delitos y adoptan las medidas penales necesarias, de manera disuasiva y persuasiva, para que no se vuelvan a producir.

Vamos a analizar seguidamente como los registros jurídicos españoles colaboran con el Estado en la **lucha contra el blanqueo de capitales** en cada una de las **tres fases** en las que se desenvuelve aquélla:

A. PREVENCIÓN

Legislación internacional:

Lo primero que hay que señalar es que la **prevención en toda Europa**, en muchos países de Sudamérica y, naturalmente en Estados Unidos y Canadá, tiene una fuerte **naturaleza transnacional**. Esto obedece al hecho de que, de los delitos de los que estamos hablando no se cometen en un solo país, al contrario, funcionan de manera escalonada en diferentes países. Por tanto, tendría poco sentido que la legislación de un país regulara de una manera determinada la prevención, persecución o el castigo del blanqueo sin tener en cuenta el conglomerado de países que están en las mismas circunstancias políticas y socioeconómicas.

Este carácter de la lucha contra el blanqueo de capitales genera que la legislación que lo persigue tenga una marcada naturaleza

internacional. Esta legislación tiene su origen en dos instituciones fundamentales que son el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que, a través de sus 49 medidas, ha impulsado toda la legislación mundial y la OCDE, que fue cofundadora del GAFI y que también tiene un papel importantísimo en las actividades Antiblanqueo. Tanto una como otra influyen de forma importante en toda la legislación y en el funcionamiento de los países, en esta materia.

A nivel europeo, la legislación de la Unión se ha plasmado en tres Directivas y existe una cuarta pendiente de transposición. **La primera**, que es de 1991, fue la que generó en España la primera Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales y su correspondiente Reglamento. **La segunda** Directiva del Parlamento y del Consejo, de 2003, se incorporó a esta primera ley española y **la tercera** Directiva de 2005 se ha incorporado al ordenamiento español generando la **legislación que tenemos vigente** en este momento, y que está constituida por la **Ley del 2010, el Reglamento del año 2014** y, en lo que se refiere al ámbito específico de los **Registradores, por Orden del Ministerio de Economía y Competitividad del año 2015**. Hay que señalar, por último, que existe una abundantísima legislación complementaria en materia de medios de pago, identificación de personas, paraísos fiscales, normas de control interno, etc.

Estas son las tres Directivas básicas que tenemos en este momento y en cuanto a la **Cuarta, que está pendiente de transposición**, regula en sus artículos 30 y 31 una cuestión que es trascendente en la prevención del blanqueo de capitales, la **identificación del titular real de las sociedades**, de cuya regulación en España nos ocuparemos luego.

España no ha hecho la incorporación o transposición de la cuarta Directiva esperando que se apruebe la que se llamará quinta Directiva, que afecta fundamentalmente a la identificación de titularidades reales y a porcentajes de participación en sociedades, entre otros aspectos. Por tanto, en este momento, a espera de que se incorpore la cuarta Directiva y la quinta en su momento, tenemos tres Directivas y la legislación que les acabo de señalar. Algunos Estados como Italia, Francia, Alemania, Portugal, Gran Bretaña ya han incorporado la cuarta Directiva Europea.

Legislación española

Características que la tipifica:

La primera característica, dimanante de la legislación europea, es que las labores de prevención se vinculan a amplios sectores **de la SOCIEDAD CIVIL** a los que se obliga con fuertes sanciones en caso de que incumplan su colaboración en la prevención del blanqueo de capitales. Esa pluralidad de sujetos obligados representa una innovación en todo lo que es el esquema tradicional básico de la división de poderes, el Ejecutivo, el Judicial y el Legislativo.

Tradicionalmente, la lucha contra el delito la ha detentado siempre el Estado que, a través de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, ha luchado contra los diversos tipos. El concepto de lucha no se circunscribe sólo a la persecución y el castigo, también ha sido la prevención.

Ciertamente, cuando un coche de policía se pone frente a un Banco no está persiguiendo a un delincuente, está previniendo que se produzca un robo en ese Banco. De la misma forma, cuando una pareja de la Policía o de la Guardia Civil va por una zona concurrida, está evitando que se produzcan robos, que se produzcan atracos. El Estado moderno ha empezado a declinar esa competencia exclusiva de prevención y persecución del delito. Buen ejemplo de ello son los Estados Unidos en los que la gerencia de determinadas instituciones penitenciarias se encomienda a sociedades privadas.

En España hay también ejemplos como la concesión de un servicio de seguridad privada a determinadas empresas, lo que posibilita el que los Cuerpos de Policía y de Seguridad del Estado se dediquen a otras actividades. Sin embargo nunca, ha habido una irrupción de la sociedad civil en la lucha contra el delito como la irrupción que han promovido las Directivas Europeas.

La sociedad civil se ha convertido en un protagonista importante de la prevención del blanqueo de capitales.

La **segunda** característica es que el blanqueo de capitales tiene un instrumento fundamental, las SOCIEDADES, y un medio de inversión también fundamental, los BIENES INMUEBLES.

Es difícil que el blanqueo de capitales se impute a una persona física porque normalmente se acude al sistema societario para enmascarar quien está detrás de la ejecución del delito subyacente y del blanqueo en sí.

SOCIEDADES. Las sociedades son un **instrumento** importantísimo, porque se utilizan técnicas muy sofisticadas en la constitución y el funcionamiento de sociedades. Hay sociedades llamadas durmientes, sociedades que nosotros vemos que se constituyen en los registros mercantiles, estando años sin ningún tipo de actividad y, de pronto, realizan algún tipo de operación e inmediatamente son objeto de disolución. Las sociedades en cascada, que, por ejemplo, tienen domicilio en las islas Caimán, que, a su vez, están participadas por una sociedad en Jersey, que tienen una parte de capital en Panamá, y que, por último, el administrador está domiciliado en otro país. Estas sociedades son de difícil persecución.

Existe, por lo tanto, un entramado societario que facilita el blanqueo de capitales. Como ejemplo y para que ustedes tengan una referencia de la importancia de este entramado, les daré dos datos: en las Islas Vírgenes, con una población de 21.000 habitantes, en 2008 existían 350.000 sociedades *off shore*, sociedades que naturalmente operan en todo el mundo con una absoluta opacidad.

En Gibraltar, que como todos sabemos es un paraíso fiscal, hay registradas 70.000 sociedades mercantiles, lo que representa 3 por habitante. En Luxemburgo tiene 12.000 sociedades pantalla y 210 entidades bancarias que manejan un activo superior al PIB.

La legislación española vigente no posibilita el conocimiento de los titulares reales de las sociedades y figuras análogas. En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada (en adelante SRL), porque la transmisión de los títulos sólo requiere escritura pública, sin ser obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil (en adelante RM). Respecto a las sociedades anónimas (en adelante SA), tampoco se

requiere inscripción en el RM, bastando el endoso o la entrega del título, según sea el tipo de acción.

Esta indeterminación sobre quién sea el titular real, común en los países que integran la Unión Europea, se ha tratado de paliar en España mediante la creación de una base de datos, gestionada por el Consejo General del Notariado, que recoge los datos de la transmisión de las participaciones de las SRL y de las acciones de las SA, pero, estas últimas, sólo para aquellas transmisiones de acciones que se realicen antes de la impresión de los títulos.

El sistema de publicidad dimanante de la base de datos es **claramente insuficiente** por las siguientes razones:

1. Existe una corriente jurisprudencial (Sts. del TS. 234/2011, de 14 de abril, y 258/2012, de 5 de enero, entre otras) contraria a la necesidad de la escritura pública para la válida transmisión de los títulos. Esta posición **desincentiva el otorgamiento de escritura pública** como instrumento necesario para la transmisión.
2. La titularidad del transmitente se acredita mediante declaración del vendedor que se recoge en un Acta de manifestaciones, que se acompaña a la escritura de transmisión. El valor legitimador de esta declaración de parte interesada es nulo. La legitimación para la válida disposición sólo puede darla la inscripción en el RM de la cadena de transmisiones, es decir, mediante la existencia legitimadora del llamado tracto sucesivo.
3. La base de datos se forma con los datos provenientes de autorizaciones de escrituras de compraventas realizadas en España. Lógicamente, las organizaciones criminales, bien asesoradas por los mejores especialistas, realizarán sus transferencias de títulos ante notarios extranjeros por lo que la base de datos será cada vez más incompleta.
4. Los títulos societarios pueden ser objeto de limitaciones del dominio (embargos judiciales o administrativos) y enajenaciones, ejecutadas por la Autoridad Judicial o Agencia Tributaria, sin que ninguna de estas situaciones jurídicas figuren en la base de datos, por lo que la publicidad que se desprenda

de la misma será siempre parcial, incompleta y, en muchos casos, contraria a la situación real.

La superación de todos estos inconvenientes se producirá mediante la inscripción de la titularidad real en los RM, partiendo de los **diez millones de titularidades que ya constan inscritas** y su actualización, mediante los procedimientos abreviados y en el plazo que se establezca en la transposición de las Directivas.

La centralización de datos en los RM generará, además, **una serie de ventajas** y posibilitará cumplir con **los pronunciamientos de la legislación europea**, que no contemplan que las bases de datos notariales se conviertan en el sistema de almacenamiento de las titularidades reales.

Respecto a **las ventajas**, se producirán las siguientes:

1. Las titularidades inscritas **gozarán de la protección y de los principios** que caracterizan al sistema registral español (legitimación, inoponibilidad, prioridad, tracto sucesivo, fe pública, publicidad, etc.) y que **no pueden predicarse de la base de datos**.
2. Los efectos jurídicos derivados de la inscripción posibilitarán que **el titular pueda aumentar su capacidad financiera** mediante la obtención de créditos garantizados con la propiedad indubitada de sus títulos societarios.
3. Los servicios de **Seguridad del Estado tendrán un instrumento fiable** que posibilitará una mayor eficacia en la persecución de los delitos de BC y FT.
4. **El país se beneficiará de una mejor seguridad jurídica** que se traducirá en un incremento de inversiones extranjeras, desarrollo económico y bienestar social.

Por lo que se refiere a los **pronunciamientos de la legislación europea** en la materia, hay que señalar:

- A. La necesidad de levantar el velo de las sociedades, posibilitando el conocimiento de los verdaderos titulares, está plasmado en la Cuarta Directiva (2015/849 del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo,) y en su Propuesta de modificación de 5 de julio de 2016.

- B.** La Unión Europea, mediante la legislación referida, establece que **los datos referentes al titular real** de las personas jurídicas, en sus diversas modalidades, **se almacene y publicite a través de RM**, que se rigen por principios jurídicos que garantizan la calidad de la información contenida en sus bases de datos.
- C.** No se prevé, en la legislación comentada, la posibilidad de que ningún país almacene y publicite la información sobre el titular real en bases de datos gestionadas por algunos de los **variadísimos sujetos obligados en la PBC y FT**, por la sencilla razón de que esas posibles bases de datos **carecerían del valor jurídico** al nutrirse de declaraciones de parte carentes de los mínimos requisitos de certeza.
- D.** Solamente en el caso de que la base de datos de titularidades reales se centralice en los **RM españoles** se podrá realizar el flujo de información entre los diversos países europeos mediante **el sistema de interconexión registral de los RM**, del que España forma parte a través del Colegio de Registradores.

Por último, en el caso de que algún país optara por almacenar la información sobre el titular real de las personas jurídicas en **bases de datos gestionadas por sujetos obligados**, sin garantías ni efectos jurídicos, se producirían las siguientes **consecuencias**:

- a) Al vulnerar la legislación europea, se iniciarían previsiblemente expedientes **sancionadores al país infractor** por parte de la Unión.
- b) Se mantendrían las **mismas deficiencias** en torno al conocimiento del titular real que existen ahora, dificultándose las labores de prevención, persecución y punición, o castigo, de los diversos sujetos intervinientes en la persecución de estos delitos.
- c) Se produciría una paralización de inversiones extranjeras como consecuencia de que tales bases de datos no estarían conectadas con los demás registros europeos. **No parece imaginable una base de datos del Colegio de Economistas o de alguna entidad bancaria, por ejemplo, interconectada con los registros mercantiles europeos.** Lo mismo puede decirse de la base de datos existente.
- d) Por último, el país que optara por ignorar a los RM como instrumento jurídico de la constancia y publicidad del titular real, se convertiría en una especie de **“paraíso de inmunidad”** en él que

se podrían hacer operaciones opacas con más facilidad que en el resto de los países de la Unión, en los que los RM serán un instrumento de control y, por lo tanto, disuasorio.

BIENES INMUEBLES. Pero, si es importante lo que les estoy diciendo respecto de las sociedades, también es importante saber que las grandes cantidades de dinero que se manejan en el blanqueo de capitales tienen que tener un sistema negocial que las absorba. No se pueden invertir miles de millones en bienes muebles porque habría que comprar cientos y cientos de ellos, salvo lo que luego comentaremos.

En cambio, **los bienes inmuebles**, las grandes urbanizaciones y proyectos urbanísticos, los grandes edificios son los instrumentos básicos donde se depositan los fondos para blanquearlos, por su capacidad para absorber grandes cantidades de dinero.

El legislador es consciente de la importancia que los bienes inmuebles tienen en el blanqueo de dinero y por ello ha establecido **el sistema de bloqueo de fondos y recursos económicos** cuya propiedad, tenencia o control corresponda a personas físicas o jurídicas nacionales o residentes en países terceros. El Art. 42 de la Ley 10/2010, redactado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, regula esta materia, desarrollada en los Arts. 48 y 49 del Reglamento de la Ley, aprobado por R.D. 304/2014, de 5 de mayo.

La Orden Ministerial ECC/2015, por la que se crea el OCP registral, el Centro Registral Antiblanqueo (CRAB), ha regulado minuciosamente la forma de practicar el bloqueo de bienes muebles e inmuebles en los Registros jurídicos españoles. El sistema es el siguiente:

1. El bloqueo de bienes se practicará cuando el **nombre del titular** figure en un **Reglamento de la Unión Europea**, de aplicación directa en los Estados miembros, o cuando **la acuerde el Consejo de Ministros**.
2. La forma jurídica de practicar el bloqueo de bienes es la extensión de la prohibición de disponer, al margen de la inscripción de dominio del bien, mediante nota marginal. La duración de la nota será la establecida en la disposición o acuerdo en virtud del cual se haya practicado y, si no hubiese plazo establecido, su duración será

indeterminada, cancelándose cuando el nombre del titular desaparezca de la disposición que la motivó o cuando lo disponga el Consejo de Ministros que la ordenó.

3. El examen de los nombres, contenidos en el Reglamento o en el Acuerdo del Consejo de Ministros y su cotejo con los titulares registrales, corresponde al CRAB. Si como consecuencia de ese cotejo resultare coincidencia, de manera indubitada, entre el titular registral y el nombre de la persona sometida al bloqueo de bienes, desde el Centro se notificará al Registrador titular del Registro donde figuren inscritos los bienes, que decidirá si practica o no el bloqueo de bienes, en virtud del ejercicio de su facultad calificadora.

BIENES MUEBLES. La importancia de los bienes muebles, como instrumento donde rentabilizar los fondos obtenidos por la comisión de los delitos subyacentes, no alcanza la que tienen los bienes inmuebles. No obstante no podemos ignorar que hay **determinados bienes muebles que se han utilizado para fines de blanqueo**, bienes de gran valor como son aviones privados, yates de recreo, coches de alta gama, buques de transporte de mercancías, etc.

En estos casos y otros que puedan ir surgiendo, el Registro de Bienes Muebles debe ser un instrumento importante para suministrar informaciones que posibiliten la persecución del lavado de activos. Prueba de ello es que el legislador ha establecido el bloqueo de bienes muebles en los mismos términos que hemos señalado para los inmuebles.

De todo ello se desprende la trascendencia que el **Sistema Registral Español** tiene en la persecución del blanqueo de capitales porque es el que **controla** la constitución, vida y extinción de **las sociedades** y todo el **tráfico inmobiliario y mobiliario** en nuestro país. Por tanto, la importancia de nuestra colaboración creo que, simplemente por estos dos elementos, está suficientemente resaltada.

Vamos a señalar ahora cómo funciona el colectivo registral en el cumplimiento de sus obligaciones de prevención del blanqueo. Todos los sujetos obligados -esa amplia categoría de la sociedad civil que debe colaborar en las tareas de prevención- deben realizar una remisión de datos sospechosos al organismo nacional competente en la materia,

cada vez que en sus operaciones específicas hay algún indicio de este tipo de delito.

Así por ejemplo, cuando en un casino de juego, en una inmobiliaria, una entidad financiera o un operador jurídico detectan una posible actividad que puede ser indiciaria o constitutiva de lavado de activos, se notifica a organismo creados al efecto por las Directivas. Estos organismos son, a nivel europeo, lo que se llaman Unidades de Inteligencia Financiera, que en nuestro país, el correspondiente, es el **SEPBLAC**, el **Servicio Ejecutivo de Prevención de Blanqueo de Capitales**. Cada sujeto obligado remite al SEPBLAC esos indicios, que éste analiza y, como consecuencia de su valoración, o bien los remite a la Agencia Tributaria, a la Justicia o los archiva.

La Ley y el Reglamento antes citados establecen que las profesiones colegiadas pueden constituir **Órganos Centralizados de Prevención**, que son unos órganos interpuestos entre la sociedad civil, que debe colaborar, y el SEPBLAC. En este momento en España existen dos órganos centralizados de prevención, el Notarial y el Registral, siendo este último el Centro Registral Antiblanqueo, por sus siglas CRAB.

Estos órganos tienen una doble finalidad. La primera, de **marcado carácter externo**, pretende que la carga de trabajo del SEPBLAC disminuya porque la labor de análisis y búsqueda de información se realiza por el órgano centralizado de prevención de esas profesiones colegiadas, remitiéndose un expediente completo al Servicio Ejecutivo.

La segunda finalidad de estos órganos **es de carácter interno** y se refiere a los sujetos obligados que forman parte obligatoriamente de los correspondientes OCP, y tiene dos aspectos importantes:

- Eximir de responsabilidad a los sujetos obligados que **detectan** una posible operación de blanqueo de capitales y **la comunican a su OCP**. Cuando esa comunicación se recibe en la OCP se estudia, analiza e investiga para llegar a una posible conclusión que, o bien es indiciaria de blanqueo -en cuyo caso se remite al SEPBLAC-, o bien, si no lo es, se archiva a la espera de aportación de nuevos datos.
- Colaborar en el cumplimiento de sus obligaciones legales, facilitándoles apoyo, legislación, supuestos indiciarios, manuales de

procedimiento, auditorías externas, evaluaciones internas, cursos de formación para los Registradores y su personal auxiliar, etc.

Concluyo diciendo que en el año 2016 el Centro Registral Antiblanqueo ha **analizado 16.000 comunicaciones** de todos los Registros de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. De esas 16.000 comunicaciones indiciarias, hemos considerado suficientemente sólidas, como para abrir un expediente de investigación, alrededor de 1.000. Digo hemos porque esa decisión se adopta en el Centro Registral Antiblanqueo y de esas 1.000 actuaciones se han remitido al SEPBLAC, en el año 2016, 400, que se consideran muy sólidas desde el punto de vista de la comisión del delito.

Desde enero a octubre **de este año 2017** los datos que tenemos son: **13.136 comunicaciones** de los diferentes Registros de las que, después de examinadas todas los recibidos, se han comunicado al SEPBLAC 140 expedientes con indicios muy sólidos de blanqueo de capitales.

Si un colectivo de 1.200 personas, remite a su OCP alrededor de 16.000 comunicaciones indiciarias, calculen ustedes el volumen de comunicaciones que recibe el SEPBLAC procedentes de todos los sujetos obligados. Es obvio que la carga de trabajo del SEPBLAC es impresionante. De estos datos podemos sacar la conclusión que la ley se ha quedado corta en cuanto a restringir la constitución de OCP a determinadas profesiones colegiadas. Creo que se tenía que haber ampliado esta posibilidad a otros organismos, porque eso hubiera revertido muy positivamente en la carga de trabajo del SEPBLAC

B. PERSECUCIÓN

En esta fase, el peso de la lucha contra el blanqueo de capitales se desarrolla por los Servicios de Inteligencia y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Sin embargo, el sistema registral español no es ajeno a esta fase de actividad, colaborando de manera directa con los organismos citados mediante la aportación de información inmobiliaria, societaria y de bienes muebles.

Nuestro nivel de colaboración se ve con los siguientes datos estadísticos que les voy a dar a continuación, referidos al periodo **1 de enero a 1 de noviembre de 2017**, datos que se refieren a peticiones de información con las siguientes características:

- Cada petición de información puede referirse a un bien- mueble o inmueble -o a varios y o a una sociedad o a varias, lo que implica multiplicar los datos reflejados por una cifra importante.
- Los datos se refieren de manera global a las **peticiones** cursadas por **todos los Servicios** de Inteligencia, Guardia Civil, Policía Nacional, otros servicios policiales, SEPBLAC, Banco de España, etc.
- Estas informaciones se dan de manera **gratuita**.

Servicios de Información del Colegio de Registradores

- Fichero Localizador de Entidades Inscritas (FLEI): 29.027
- Fichero Localizador de Titularidades Inscritas (FLOTI): 24.827
- Fichero Localizador de Muebles inscritos (FLOMI): 287

Peticiones cursadas a los diversos Registros directamente.

Sería una tarea complicadísima obtener los datos de las peticiones cursadas directamente por los diversos servicios relacionados a los 1200 Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles existentes en España, derivando esa complicación no sólo de la cuantía de los datos sino, además, del tiempo necesario para recopilarla.

Me voy a limitar a darles los datos de un sólo Registro, el Mercantil Central del que soy titular, porque considero que es suficientemente indicativo de las informaciones pedidas a un Registro. Estas peticiones de información se refieren a sociedades y contienen solicitud de datos diversos: nombres, fechas, domicilios, administradores, estado registral, etc., de manera individual o acumulada por lo que los datos suministrados van más allá del número individual de peticiones. Se refieren a los diez meses transcurridos del año 2017.

Servicios Policiales y Guardia Civil	149.778
Servicios de Inteligencia	284
SEPLAC	2.543
Banco de España y CNMV	9.893
Otros	30.608
<u>Total informaciones solicitadas y emitidas</u>	193.106

Como complemento de todo lo señalado, puedo decirles que nuestra colaboración con los organismos citados no se limita sólo a suministrarles información, sino que implica asistencia a conferencias, cursos, seminarios, etc., organizados por ellos, por el CRAB o por el Colegio de Registradores.

C. PUNICIÓN O DE CASTIGO PENAL

En esta última fase de la lucha del Estado contra el delito de blanqueo de capitales el protagonismo lo tienen los Órganos Judiciales de cada país que, a través de los correspondientes procesos, imponen las penas a los delincuentes y velan por su cumplimiento.

La colaboración de los Registros Jurídicos españoles en esta fase es muy importante y podemos estructurarla en dos apartados, siendo el primero el referido a la colaboración derivada de los procedimientos de la legislación hipotecaria y el segundo, circunscrito a la colaboración informativa.

- 1. Colaboración desde la legislación hipotecaria.** No es éste el lugar adecuado para reproducir un tratado de derecho hipotecario por lo que me voy a limitar a señalar brevemente como los Registros Jurídicos colaboramos con la Justicia:
 - Practica de anotaciones ordenadas por la Autoridad Judicial, sean de embargo de bienes, de secuestro (se trata de hacer constar en el Registro la administración judicial de bienes inmuebles cuando se ha solicitado el cumplimiento de cualquier obligación), de prohibición de disponer, de demanda, etc.
 - Inscripciones de Sentencias que afecten a bienes inmuebles, de Adjudicaciones de bienes, etc.
- 2. Colaboración informativa.** Vamos a reflejar el volumen de informaciones solicitadas por el Poder Judicial (incluyendo peticiones cursadas por el Consejo General del Poder Judicial, Audiencia Nacional, Juzgados, Tribunales Superiores Tribunal Supremo y Fiscalías) y con las mismas características antes señaladas para las informaciones emitidas en la fase de persecución.

La colaboración de los registros jurídicos españoles en la lucha contra el blanqueo de capitales

José Miguel Masa Burgos

FLOTI	51.174
FLEI	791
FLOMI	144
REGISTRO MERCANTIL CENTRAL	74.340
<u>Total informaciones solicitadas y emitidas</u>	126.449

Espero que con estas explicaciones tengan ustedes una idea clara sobre la colaboración de los Registros Jurídicos españoles en la lucha que el Estado moderno mantiene contra el blanqueo de capitales.

Si la transposición de las Cuarta y Quinta Directivas, en el ámbito específico de la identificación del titular real, se realiza en los términos antes expuestos - escritura pública e inscripción de la transmisión en el Registro Mercantil- la aportación de los Registros Jurídicos españoles se potenciará notablemente tanto cualitativa como numéricamente, contribuyendo así a la seguridad jurídica en España, base de la prosperidad económica.

LOS REGISTROS PÚBLICOS COMO MEDIO PARA OBTENER EL REINTEGRO DE ALCANCE¹

Juan José Pretel Serrano

*Registrador de la Propiedad
Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Decano Territorial del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental*

¹ Las breves líneas que se reproducen a continuación se refieren exclusivamente a la segunda parte de mi intervención en el Curso organizado en el mes de Julio de 2017. Considero que las mismas ponen de manifiesto la necesidad de que cambie la doctrina que hasta ahora se ha mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado acerca de las medidas que pueden adoptarse por el Tribunal de Cuentas dentro del procedimiento de reintegro por alcance.

EL REQUISITO DEL TRACTO SUCESIVO. ANÁLISIS DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ART. 20 DE LA LEY HIPOTECARIA Y DEL ART. 170.6 DE LA L.G.T. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

1. EL PRINCIPIO DEL *TRACTO SUCESIVO* EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Cuando se pretende dar publicidad a través del Registro de la Propiedad a situaciones de embargo o simplemente limitativas de las facultades de disposición de titular registral, hay que cumplir lo que desde el punto de vista hipotecario tenemos los Registradores de la Propiedad muy presente: el *principio de tracto sucesivo*. En el aspecto que aquí nos interesa se establece en el último párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que: *“No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquiera otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento”*. A continuación se añade: *“En los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento.”*

Este último párrafo no formaba parte de la Ley Hipotecaria. Se añade por la Disposición Final 3 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. A su vez es retocado por la D. F. 1ª Ley 41/2015, de 5 de octubre. Son **dos las novedades** de redacción en la última reforma:

- Aparte de los procedimientos criminales, también podrán ordenarse estas medidas en los **procedimientos de decomiso**.
- Se moderniza la terminología sustituyendo la voz “imputado” por “**encausado**”.

A. El tracto sucesivo como manifestación del principio de tutela judicial

Podría citarse más de un centenar de Resoluciones en las que se nos dice que debe rechazarse la inscripción de resoluciones judiciales si no consta que en el respectivo procedimiento los titulares de derechos inscritos que resulten afectados han tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa, evitando así que sufran en el mismo Registro las consecuencias de su indefensión procesal. Y ello es así, se dice incluso, por exigirlo el principio constitucional de tutela judicial efectiva, que impone la proscripción de la indefensión, y que, en materia de calificación de documentos judiciales, ha de anteponerse a la obligatoriedad que tienen los registradores de respetar y colaborar en la ejecución de los pronunciamientos judiciales.

Esta postura de consideración del principio de tracto sucesivo como una manifestación del principio de tutela judicial tiene también eco en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Entre las Sentencias del Tribunal Supremo, podemos destacar la de 21 de octubre de 2013, en la que se afirma que aunque el registrador debe *“...tener en cuenta lo que dispone el art. 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica”*.

Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, *“no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entre dicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte”*.

Respecto del Tribunal Constitucional puede citarse la Sentencia número 266/2015, de 14 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional², que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española) y al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española) de la demandante, titular registral, en los siguientes términos: *“(...) el reconocimiento de circunstancias favorables a la acusación particular, (...) no puede deparar efectos inaudita parte respecto de quien,*

² Sentencia a la que se alude en la más reciente Resolución de 29 de Junio de 2017 (BOE de 25 de Julio).

ostentando un título inscrito, no dispuso de posibilidad alguna de alegar y probar en la causa penal, por más que el disponente registral pudiera serlo o no en una realidad extra registral que a aquél le era desconocida. El órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios”.

B. La aplicación de este principio por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Reiteradamente se nos dice desde dicha Dirección General que en nuestro sistema registral, todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido contra él (cfr. artículos 20 que no es sino desenvolvimiento del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

Y se enfatiza que cuando el legislador quiere exceptuar la regla del tracto sucesivo (manifestación en sede registral del principio constitucional de la tutela judicial efectiva) lo establece expresamente. Así ha ocurrido respecto de los supuestos contemplados en el artículo 170, párrafo sexto, de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria

2. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECCIÓN DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: CONSIDERACIÓN COMO UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

A. El levantamiento del velo en las Resoluciones de la Dirección General

La visión que tiene aparece plasmada en distintas Resoluciones. No hace falta indagar qué entiende esta Dirección General sobre “doctrina del levantamiento del velo”. Ella misma nos lo dice:

“...consiste (véanse Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 17 de diciembre de 2002 y 16 de mayo de 2013) en un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían «terceros» -los socios o la sociedad- en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas”.

Esta doctrina jurisprudencial que se refiere al denominado ‘levantamiento del velo’ de la personalidad jurídica tuvo su origen en la técnica procesal utilizada por los jueces norteamericanos del *disregard of legal entity* a través del cual se apartaba la personalidad jurídica penetrando en el sustento personal de sus miembros, y en aquellos casos en que la sociedad trataba de cometer abusos. Se trata de evitar una situación de burla de derechos de terceros, un trasvase de bienes propios de una persona física, a un ente social, constituido por dichas personas, que no deja de ser alarmante para una convivencia en la que debe primar la seguridad jurídica.

En definitiva, como señala la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016, *“(...) resulta claro que la regla o concreción normativa que nos revela la doctrina del levantamiento del velo queda referenciada en la protección del derecho de crédito y su necesario entronque con el plano de la responsabilidad patrimonial del deudor, pues se trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar el legítimo pago de la deuda existente”.* (Resolución de 22 de Julio de 2013 y posteriores).

B. Interpretación rigorista de esta postura

En la aplicación de estas ideas la Dirección General ha dejado establecido:

- a) A los efectos de entender cumplido el requisito de que el tercer poseedor (en el caso debatido, una sociedad mercantil) haya sido demandado y requerido de pago, no es suficiente el hecho de que el administrador de la sociedad sí haya sido demandado, como persona física. Se trata de personalidades jurídicas diferentes, y mientras no haya un pronunciamiento judicial sobre levantamiento del velo los derechos del tercer poseedor han de ser respetados. (Resolución de 19 de Septiembre de 2013).
- b) No puede el registrador, por tratarse de una cuestión que compete en exclusiva a los tribunales, valorar si, a los efectos de poder practicar una anotación de embargo, la mercantil demandada y la mercantil titular registral de la finca embargada tienen los mismos socios. (Resolución de 18 de noviembre de 2014).
- c) El pronunciamiento judicial es necesario incluso en los casos de sociedad de socio único. La constitución de una sociedad mercantil, aun en el caso de que exista un único socio³, se nos dice, supone la creación de un nuevo sujeto de derechos y obligaciones aunque en el tráfico se desenvuelva a través de una persona física que sea ese socio único y en este caso, administrador. Dice el artículo 1911 del Código Civil que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros. Por tanto, para responder frente a sus acreedores, la sociedad cuenta con su patrimonio personal. Si debiera de responder en todo caso de las deudas personales de los socios podría suponer un fraude a los derechos de los acreedores de la sociedad. Por ello, los supuestos en los que una persona, ya sea física o jurídica, deba responder de las deudas de otra son excepcionales y deben ser objeto de interpretación restrictiva. (Resoluciones de 23 de Mayo de 2013 y de 13 de Marzo de 2017).
- d) En todo caso, el pronunciamiento judicial sobre el levantamiento del velo, no puede tomarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular registral del bien, salvo en los supuestos legalmente admitidos, que son excepcionales y de interpretación restrictiva. Pero incluso en tales supuestos excepcionales siempre será necesario que el juez o tribunal en la

³ Lo que no deja de ser paradójico pues cuando estamos ante la sociedad de socio único, por definición “el velo está levantado”.

adopción de esa medida cautelar haya notificado a la sociedad mercantil titular del bien cuyo velo societario haya de levantarse, justificando la adopción de la medida expresando los indicios racionales del artificio de la personalidad societaria (entre otras, las últimas Resoluciones de 14 de Septiembre de 2017 y 14 de octubre de 2017).

- e) Las excepciones a lo anteriormente expresado es necesario que estén expresamente establecidas por el ordenamiento jurídico y, además, con rango de Ley. *“Cuando el legislador quiere excepcionar la regla del tracto sucesivo (...) lo establece expresamente. Así ha ocurrido recientemente respecto de los supuestos contemplados en el artículo 170, párrafo 6, de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria, que ampara la posibilidad de tomar anotación preventiva de prohibición de disponer sobre bienes inmuebles de una sociedad, sin necesidad de que el procedimiento recaudatorio se dirija contra ella, cuando se hubiera embargado al obligado tributario acciones o participaciones en ella y ejerza sobre la misma un control efectivo, siempre que en el mandamiento se justifique la relación de control. Se comprueba que cuando el legislador quiere excepcionar la regla general de tracto sucesivo, lo hace expresamente y lógicamente -dado el principio de jerarquía normativa- por virtud de una norma de rango legal”* (Por todas, la Resolución de 19 de Septiembre de 2013).

3. PROGRESIVA VISIÓN OBJETIVADORA DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La visión tradicionalmente rigorista de la doctrina, especialmente en lo que se refiere al requisito del fraude, ha sido matizada paulatinamente por el Tribunal Supremo. Podemos citar la Sentencia de 18 de Febrero de 2016. Se dice en esta Sentencia:

“... debe señalarse que esta Sala no comparte la interpretación, por exceso restrictiva y excepcional, que la sentencia de la Audiencia realiza acerca de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, particularmente de la caracterización del propósito o finalidad fraudulenta como presupuesto de la aplicación de esta figura. En este sentido, y con carácter general, conforme a la STS de 22 de febrero de 2007 (núm. 159/2007), debe señalarse que la doctrina del levantamiento

del velo obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe como expresión o contenido material de su configuración como principio inspirador de nuestro sistema de Derecho patrimonial (artículo 7.1 del Código Civil). En este contexto, la estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley (artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil) viene a resaltar el fundamento primario expuesto en la medida en que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe; esto es, bien a los propios valores ínsitos en el derecho subjetivo ejercitado, o bien, a los que configuren el fin de la institución social en el que se ejercita, funcionalmente, el derecho subjetivo en cuestión. En nuestro caso, la defensa del principio de buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles en orden a evitar que el abuso de la personalidad jurídica, como instrumento defraudatorio, sirva para burlar los derechos de los demás. En esta línea, y de acuerdo con los antecedentes descritos, resulta claro que la regla o concreción normativa que nos revela la doctrina del levantamiento del velo queda referenciada en la protección del derecho de crédito y su necesario entronque con el plano de la responsabilidad patrimonial del deudor, pues se trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar el legítimo pago de la deuda existente. Hechas estas delimitaciones, y a los efectos que aquí interesan, debe precisarse que la interpretación, marcadamente estricta o literal, del carácter excepcional y restrictivo con la que la antigua doctrina jurisprudencial caracterizaba la aplicación de esta figura ha evolucionado hacia una valoración prudente y moderada de los requisitos de aplicación, acorde con la funcionalidad práctica de este remedio. En este sentido, del curso discursivo de las sentencias citadas por el recurrente pero, sobre todo, de las sentencias de esta Sala de 22 de febrero de 2007 (núm. 159/2007) y de 9 de marzo de 2015 (núm. 226/2015), se desprende que la utilización de la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento, ya no puede concebirse exclusivamente en clave de un "consilium fraudis" o animus nocendi de los agentes implicados, esto es, desde el plano subjetivo de un deliberado propósito o maquinación de causar un claro perjuicio, tal y como hace la sentencia recurrida, sino que, acorde con la funcionalidad señalada, la noción de fraude también resulta objetivable en aquellos supuestos en donde las partes tienen o deben haber tenido un conocimiento del daño irrogado que determina la elusión de sus propias responsabilidades personales y, entre estas, el pago de las deudas. Esta progresiva objetivación del presupuesto subjetivo que anida en el

concepto de fraude ya es una constante en la doctrina tradicional de esta Sala respecto de aquellas acciones que contemplan un claro componente subjetivo de reprochabilidad. Caso, entre otras, de la paradigmática acción de rescisión por fraude de acreedores (artículo 1111 del Código Civil), en donde la doctrina de esta Sala ya evolucionó en el sentido indicado, esto es, en favorecer al presupuesto objetivo de la acción, reflejado en la lesión del derecho de crédito, (eventus damni, como elemento impulsor del ejercicio de la acción y, a su vez, en ponderar, que no suprimir, el presupuesto subjetivo del mecanismo rescisorio, es decir, la mala fe del deudor y el tercero ya no como un componente estrictamente intencional (consilium fraudis), sino como una acción de conocimiento necesario del perjuicio causado (scientia fraudi) ; entre otras, STS de 7 de septiembre de 2012 (núm. 510/2012). En el presente caso, atendida la interpretación de la doctrina jurisprudencial que desarrolla la sentencia recurrida, se observa que la inaplicación de la doctrina del levantamiento del velo se ha sustentado en esta concepción estrictamente dolosa e intencional del presupuesto subjetivo del fraude. De ahí que, pese a la relevancia de los indicios acreditados por la sentencia de primera instancia (relación de familiaridad, confusión material de ambas compañías, momento temporal de las relaciones establecidas y materialidad de la gestión realizada por el Sr..., entre otros), la sentencia de la Audiencia considere, no obstante, que dichos indicios resultan por sí solos insuficientes para evidenciar el propósito fraudulento y deliberado de causar un daño a tercero. Valoración que esta Sala, no comparte por la doctrina jurisprudencial expuesta, y que lleva a convencimiento de que los citados indicios, confirmados por la sentencia de la Audiencia, si bien no revelan un propósito deliberado e intencional de perjudicar, por otra parte, siempre de muy difícil prueba, sí que proyectan, de un modo objetivable, que las compañías implicadas en el presente caso tuvieron o debieron tener un conocimiento tanto del perjuicio causado, como del incumplimiento de sus propias responsabilidades al respecto”.

4. LA RESOLUCIÓN DE 22 DE JULIO DE 2013 (BOE 24 de SEPTIEMBRE DE 2013)

En dicha Resolución de 22 de julio de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se resuelve no practicar una anotación preventiva de embargo a favor del Estado-Tribunal de Cuentas.

A. Supuesto de hecho de la misma

Se debate si puede tomarse anotación preventiva de la medida cautelar de embargo preventivo a favor del Estado, ordenada por el Tribunal de Cuentas, en procedimiento de reintegro por alcance, sobre fincas inscritas a favor de sociedades mercantiles distintas de la persona contra quien se sigue el procedimiento. En el propio auto en que se acuerda la adopción de la medida cautelar se señala que, si bien las sociedades mercantiles titulares registrales de las fincas embargadas no han sido demandadas en el procedimiento, según la documentación obrante en autos resulta que se trata de sociedades cuyas acciones han sido heredadas por personas físicas que efectivamente sí han sido demandadas.

B. Doctrina establecida

Después de recordar el significado del principio de tracto sucesivo, en cuanto manifestación a su vez, del principio de tutela judicial y de evitación de la indefensión, se entra a analizar el supuesto de hecho anteriormente expresado, teniendo para ello en cuenta que el mandamiento proviene del Tribunal de Cuentas. Y al respecto se dice:

“Es cierto como señala el recurrente que la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas señala que para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación. Y por tanto sin necesidad de entrar en la naturaleza jurídica administrativa o judicial del procedimiento de responsabilidad contable seguido ante el Tribunal de Cuentas, éste estaría legitimado para la adopción de la medida cautelar por aplicación supletoria de la legislación de enjuiciamiento criminal. Pero lo impide que en el mandamiento de embargo ni consta el emplazamiento de la sociedad mercantil titular del bien ni los indicios racionales -administración de hecho por los socios, carácter de socios únicos, falta de separación de contabilidad, o cualquier otro- que llevan a considerar que la sociedad es una mera sociedad instrumental o pantalla, esto es, al levantamiento del velo societario.

En conclusión no puede anotarse en el Registro de la Propiedad medida cautelar de embargo preventivo a favor del Estado, ordenada por el Tribunal de Cuentas, en procedimiento de reintegro por alcance, sobre fincas inscritas a favor de una sociedad mercantil no demandada, distinta de la persona contra quien se sigue el procedimiento, con la simple constancia en el mandamiento -que no contiene expresamente afirmación alguna de levantamiento de velo societario- de que se trata de sociedades cuyas acciones han sido embargadas por haber sido heredadas por personas físicas que efectivamente sí han sido demandadas en tal concepto. El embargo será efectivo sobre las acciones de la sociedad mercantil titular del bien, pertenecientes a los demandados, pero no se podrá trabar embargo ni ser objeto de anotación preventiva sobre los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la sociedad, sin una previa decisión judicial de levantamiento del velo, justificada y tomada con emplazamiento y audiencia a la propia sociedad mercantil titular registral del bien, que se haya protegida por el principio de legitimación registral (cfr. artículo 38 Ley Hipotecaria)”.

5. EL ARTÍCULO 170.6 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

Este precepto es citado reiteradamente por la Dirección General como una de las excepciones establecidas por el legislador en la que es posible adoptar medidas de embargo o de prohibición de disponer sin necesidad de que los bienes se encuentren inscritos a favor de la persona demandada, sino que lo están a favor de una persona jurídica distinta. Dispone este artículo:

“6. La Administración tributaria podrá acordar la prohibición de disponer sobre los bienes inmuebles de una sociedad, sin necesidad de que el procedimiento recaudatorio se dirija contra ella, cuando se hubieran embargado al obligado tributario acciones o participaciones de aquella y este ejerza el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto sobre la sociedad titular de los inmuebles en cuestión en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio y aunque no estuviere obligado a formular cuentas consolidadas.

Podrá tomarse anotación preventiva de la prohibición de disponer en la hoja abierta a las fincas en el Registro de la Propiedad competente en virtud del correspondiente mandamiento en que se justificará la validez de la medida cautelar contra persona distinta del titular registral por

referencia a la existencia de la correspondiente relación de control cuyo presupuesto de hecho se detallará en el propio mandamiento.

El recurso contra la medida de prohibición de disponer solo podrá fundarse en la falta de alguno de los presupuestos de hecho que permiten su adopción.

La medida se alzará cuando por cualquier causa se extinga el embargo de las participaciones o acciones pertenecientes al obligado tributario. Asimismo, la Administración tributaria podrá acordar el levantamiento de la prohibición de disponer cuando su mantenimiento pudiera producir perjuicios de difícil o imposible reparación, debidamente acreditados por la sociedad”.

Como anteriormente hemos visto, este precepto se pone como ejemplo de cuando el legislador quiere excepcionar la regla del tracto sucesivo estableciéndolo expresamente, sobre la base de razones de interés público. Mediante este precepto de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria, reconoce la Dirección General que se ampara la posibilidad de tomar anotación preventiva de prohibición de disponer sobre bienes inmuebles de una sociedad, sin necesidad de que el procedimiento recaudatorio se dirija contra ella, cuando se hubiera embargado al obligado tributario acciones o participaciones en ella y ejerza sobre la misma un control efectivo, siempre que en el mandamiento se justifique la relación de control.

Ahora bien, lo que no es totalmente correcto es poner en relación este precepto con la doctrina del levantamiento del velo, sin hacer algunas precisiones. En efecto en la doctrina tributaria se destaca en el análisis de esta norma:

- a) El artículo 170.6 de la LGT642 complementa el supuesto de responsabilidad subsidiaria del artículo 43.h) de la LGT. Este último precepto, regula bajo la figura del responsable tributario y del levantamiento del velo casos en los que ha ocurrido un vaciamiento patrimonial mediante traspaso de activos de forma simulada.
- b) Esta norma establece como presupuesto de hecho, para que opere la medida, que al socio o accionista obligado tributario se le haya embargado su participación social o accionarial y que controle de forma efectiva, total o parcial, directa o indirecta la sociedad en los términos

del artículo 42 del Código de Comercio. Es decir, se trata del control que ejerce una sociedad dominante sobre la sociedad o el grupo societario, cuando posee la mayoría de derechos de votos y controle a la sociedad o al grupo de sociedades en la toma de decisiones.

- c) La aplicación del precepto es con independencia de cualquier indicio de actuación fraudulenta. En efecto basta con que se den las circunstancias objetivas que se determinan para que pueda aplicarse.
- d) Como consecuencia de ello o bien no estamos ante la doctrina del levantamiento del velo, o al menos, estamos en la orientación más actualizada de la jurisprudencia de Tribunal Supremo que, como hemos visto, prescinde de la finalidad fraudulenta y considera suficiente el presupuesto objetivo de la acción, reflejado en la lesión del derecho de crédito (*eventus damni*) como elemento impulsor del ejercicio de la acción y, a su vez, en ponderar, que no suprimir, el presupuesto subjetivo del mecanismo rescisorio, es decir, la mala fe del deudor y el tercero ya no como un componente estrictamente intencional (*consilium fraudis*), sino como una acción de conocimiento necesario del perjuicio causado (*scientia fraudi*). Ello se traduce en que es suficiente con que nos encontremos ante situaciones en donde simplemente basta que haya habido un necesario conocimiento de la situación existente del perjuicio del crédito, debido todo ello a la interposición de sociedades.

6. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 170.6 LGT EN LOS SUPUESTOS DE REINTEGRO POR ALCANCE

El concepto de alcance se define en el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, estableciendo que “A los efectos de esta Ley se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas”, indicando en su apartado segundo que “A los mismos efectos, se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo”. La doctrina apunta que resulta difícil imaginar supuestos de responsabilidad contable que no sean constitutivos de alcance o malversación

Por otro lado, no estamos aquí (como saben mejor que yo muchos de los asistentes) ante una responsabilidad penal, sino que se trata la responsabilidad contable de una subespecie de la responsabilidad civil, no de la penal, como se desprende de la legislación en vigor y en este sentido lo entiende el Tribunal de Cuentas y el *Tribunal Constitucional*, que en *Auto de 16 de diciembre de 1993* la define como una variante de responsabilidad (civil) en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, que consiste, estrictamente, en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Pues bien, se trata ahora de justificar que el Tribunal de Cuentas puede adoptar las medidas previstas en el artículo 170.6 de la Ley General Tributaria (anotación preventiva de prohibición de disponer):

- a) La Resolución citada de 22 de Julio de 2013 no establece una doctrina y argumentación concluyente. En efecto, lo propia Resolución reconoce que está argumentando en un terreno que puede ser resbaladizo cuando nos dice que es cierto que la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas señala que para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación. Y sin atreverse a entrar en la naturaleza jurídica administrativa o judicial del procedimiento de responsabilidad contable seguido ante el Tribunal de Cuentas, aventura que tal vez éste estaría legitimado para la adopción de la medida cautelar por aplicación supletoria de la legislación de enjuiciamiento criminal.

Y después de ello, rechaza la pretensión en el caso planteado por el hecho de que en el mandamiento de embargo ni consta el emplazamiento de la sociedad mercantil titular del bien, ni los indicios racionales -administración de hecho por los socios, carácter de socios únicos, falta de separación de contabilidad, o cualquier otro- que llevan a considerar que la sociedad es una mera sociedad instrumental o pantalla.

- b) El artículo 42 del Código de Comercio, nos remite a datos que han de ser objetivos, lo cual hace que no tengan que adoptarse decisiones

valorativas de acuerdo con las distintas circunstancias (lo que sí sería materia reservada a la autoridad judicial).

No olvidemos que al fin y al cabo la prohibición de disponer es una medida preventiva nada más. Y cuando se trata de medidas preventivas el principio de tracto sucesivo funciona de manera distinta, si bien es verdad que no debemos confundir un embargo preventivo con uno ejecutivo. Para tales medidas preventivas la propia legislación hipotecaria nos brinda ejemplos tales como el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como con el artículo 54.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social y el artículo 81.3 b) de la Ley General Tributaria.

La propia **Dirección General** nos ha señalado las **diferencias** en uno y otro caso, justificando la no necesidad de notificación al titular registral:

- a) la necesidad de evitar que la Administración vea frustrada su legítima expectativa de obtener el pago de las deudas tributarias;
- b) la contemplación por la Ley General Tributaria de la facultad de la Administración Tributaria de adoptar medidas cautelares previas al inicio del procedimiento de apremio;
- c) la limitación temporal de estas medidas cautelares previas, que han de ser confirmadas una vez iniciado el apremio administrativo o dejadas sin efecto en el plazo máximo de seis meses;
- d) la no previsión legal específica de esta necesidad de previa notificación del embargo preventivo, para su anotación en el Registro de la Propiedad ni su necesaria derivación los principios registrales de legitimación y tracto, como lo evidencian los artículos 42 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 139 del Reglamento Hipotecario, y con los artículos 553, 580, 587 y 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y
- e) la específica previsión en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia del afectado (cfr. artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), así como la equiparación legal entre los mandamientos judiciales de embargo y los expedidos por el órgano competente para el procedimiento de apremio administrativo (Resolución de 1 de Octubre de 2005).

Muchas gracias

LA SUBASTA JUDICIAL COMO MEDIO DE EJECUCIÓN DEL ALCANCE

Mercedes Martín López

*Letrada de la Administración de Justicia
Ministerio de Justicia*

Delimitado el objeto de nuestra exposición a la subasta judicial seguida en el ámbito del procedimiento de ejecución derivado de un título ejecutivo judicial, cual es la Sentencia recaída en los procedimientos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción Contable, debemos concretar este estudio a la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto el artículo 85 apartado 1º de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dispone que:

1. Una vez firme la sentencia recaída en los procedimientos jurisdiccionales a que se refiere el presente Título (Título V. De la jurisdicción contable y de sus procedimientos) se procederá a su ejecución, de oficio o a instancia de parte, por el mismo órgano jurisdiccional que la hubiera dictado en primera instancia, en la forma establecida para el proceso civil.
2. Cuando no se haya podido obtener el total reintegro de las responsabilidades decretadas se practicarán cuantas diligencias se juzguen pertinentes en punto a la averiguación y descubrimiento de bienes de cualquier clase sobre los que puedan hacerse efectivas.
3. Si no dieran resultado las indicadas diligencias, se declarará la insolvencia de los responsables directos y se procederá contra los subsidiarios.
4. Las declaraciones de insolvencia de los responsables, tanto directos como subsidiarios, se entenderán hechas siempre con la cláusula de sin perjuicio, a fin de poder hacer efectivas las responsabilidades contables cuando vinieren a mejor fortuna.

El precepto, como observamos, no sólo efectúa una expresa remisión a las normas reguladoras del proceso de ejecución civil, contenidas en los artículos 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede del Libro III “*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*”, sino que, siguiendo la línea de la competencia funcional establecida en la norma civil (artículo 545 LEC) atribuye la competencia para el conocimiento del proceso de ejecución al órgano jurisdiccional que hubiese conocido en la primera instancia.

Igualmente, siguiendo la ordenación procesal civil prevé la posibilidad de averiguación y descubrimiento de bienes como medida tendente a facilitar el embargo de aquellos sobre los que hacer efectivo el reintegro de las responsabilidades pecuniarias decretadas que, habida cuenta la remisión a la LEC efectuada en el párrafo 1º del artículo que nos ocupa, habrá de llevarse a efecto en los términos previstos en los artículos 590 y 591 del texto procesal civil.

Esta remisión expresa al procedimiento civil precisa no obstante de una serie de puntualizaciones cuyo estudio, en definitiva, viene a ocuparnos.

En primer lugar y como pone de manifiesto el citado artículo 85 LOFTC, a diferencia del proceso de ejecución civil, siempre a instancia de parte, el proceso de ejecución ante el Tribunal de Cuentas puede iniciarse tanto de oficio como a instancia de parte. En este sentido, el precepto debe completarse con el contenido del artículo 55 de la citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTC) que regula la legitimación, representación y defensa ante el Tribunal de Cuentas.

Dispone así, el artículo 55 LFTC en cuanto a la legitimación en los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Cuentas que:

1. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 2/1982 -del Tribunal de Cuentas-, la legitimación activa corresponderá, en todo caso, a la Administración o Entidad Pública perjudicada, que podrá ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas sin necesidad, en su caso, de declarar previamente lesivos los actos que impugne, y al Ministerio Fiscal, que podrá ejercitar las pretensiones de aquella naturaleza que resulten procedentes. Las restantes Entidades del sector público a que se refiere el artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (esto es, Administración del Estado; CC.AA.; Corporaciones Locales; Entidades Gestoras de la Seguridad Social; Organismos Autónomos; Sociedades Estatales y demás Empresas Públicas), estarán legitimadas para el ejercicio de las pretensiones de responsabilidad contable que les competan, con sujeción a las reglas porque cada una de ellas se rija.
2. Se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.

3. En los expedientes de cancelación de fianzas estarán legitimados activamente los gestores de fondos públicos a quienes se hubiere exigido, los fiadores y sus respectivos herederos; y pasivamente la Entidad del sector público a cuyo favor se hubiere constituido la garantía.

En este sentido, recordemos que el artículo 59 LOFTC tiene establecido que:

1. 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.

Los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos.

2. En los expedientes de cancelación de fianzas, la pretensión se limitará a la devolución de la cantidad depositada o a que se deje sin efecto la garantía constituida.

Queda pues, en definitiva, delimitada la parte activa del procedimiento de ejecución que la LEC denomina ejecutante, en el ámbito del procedimiento seguido ante el Tribunal de Cuentas conforme a los citados preceptos; siendo ejecutado, la persona declarada responsable en la sentencia objeto de ejecución frente a la cual se dirige el procedimiento de apremio. Debiendo, por lo demás, entenderse las referencias del texto procesal civil al Secretario Judicial (Letrado de la Administración de Justicia) realizadas al Director Técnico a quien se vienen a atribuir las competencias de aquél en el ámbito de la ejecución seguida ante el Tribunal de Cuentas.

De otro orden, y en cuanto a la ordenación del proceso, el contenido del citado artículo 85 LFTC debe igualmente completarse con la previsión del artículo 86 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTC), que ordena la formación de piezas separadas respecto de cada responsable determinado en la sentencia y, en su caso, la previa liquidación del importe de la responsabilidad contable. Establece así el artículo 86 LFTC que:

1. Todas las diligencias de ejecución se tramitarán en pieza separada, abierta una por cada responsable así declarado en la sentencia.

2. Cuando la sentencia no hubiere determinado el importe de los daños y perjuicios en que se cifren las responsabilidades contables, se procederá a su liquidación por el órgano del Tribunal que conociere de la ejecución en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El precepto por tanto, ordena el proceso de ejecución seguido en el ámbito del Tribunal de Cuentas a través de la formación de tantas piezas separadas como responsables hubieren sido declarados en la sentencia objeto de ejecución e impone como trámite previo al inicio del apremio la liquidación del importe de los daños y perjuicios en que se cifren las responsabilidades contables cuando dicha determinación no hubiere sido efectuada en la sentencia objeto de ejecución. En este sentido, dada la expresa remisión al proceso de ejecución civil, habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de la LEC (Capítulo IV. De la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas. Título V. De la ejecución no dineraria. Libro III de la LEC).

Centrados ya en la regulación de la subasta (artículos 643 a 675 LEC), las especialidades que la naturaleza del procedimiento ante el Tribunal de Cuentas impone respecto de la regulación de este procedimiento de apremio en el ámbito del proceso de ejecución dineraria disciplinado en las Secciones 5ª y 6ª del Capítulo IV, Título IV del Libro III de la LEC vienen a encontrarse en los momentos de avalúo y pago de los gastos que origine la publicidad de la subasta. Pudiendo, asimismo, ser objeto de discusión la posibilidad de reconocer o no en esta sede la facultad de la cesión del remate que el texto procesal civil atribuye al ejecutante y los acreedores posteriores (art. 647.3 LEC).

En cuanto al avalúo o determinación del valor de los bienes trabados a los fines de la subasta, si bien el artículo 637 LEC permite su fijación mediante acuerdo previo entre ejecutante y ejecutado y no obstante el carácter supletorio de las normas procesales civiles, entiendo que la estricta vigencia de este principio dispositivo en el ámbito del procedimiento de apremio seguido ante el Tribunal de Cuentas puede ser discutida dada la propia naturaleza del mismo. En este sentido, en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Cuentas no cabe entender que rijan en toda su extensión el principio dispositivo propio del proceso civil pues no estamos ante un proceso entre particulares, sino ante un procedimiento dirigido por un órgano público y para la exacción de una responsabilidad de carácter igualmente público. De ahí que pueda sostenerse que iniciado de oficio el procedimiento de ejecución forzosa, no podrá dejarse

al poder de disposición de las partes la determinación del avalúo, siendo preciso proceder a la valoración de los bienes por perito tasador.

En este orden, habrá de procederse a la designación de perito tasador conforme a lo dispuesto en el artículo 638 LEC, según el cual:

1. Para valorar los bienes, el Director Técnico encargado de la ejecución designará el perito tasador que corresponda de entre los que presten servicio en la Administración de Justicia. En defecto de éstos, podrá encomendarse la tasación a organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de Justicia y, si tampoco pudiera recurrirse a estos organismos o servicios, se nombrará perito tasador de entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación, que se formará con las listas que suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de bienes, así como los Colegios profesionales cuyos miembros estén legalmente capacitados para dicha valoración.
2. El perito designado por el Director Técnico podrá ser recusado por el ejecutante y el ejecutado que hubiere comparecido.
3. El perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación final. El Director Técnico decidirá sobre la provisión solicitada y previo abono de la misma el perito emitirá dictamen.

Nuevamente, las particularidades del procedimiento ante el Tribunal de Cuentas obligan a matizar la literalidad del precepto, y siguiendo la anterior línea argumentativa cabrá entender que, cuando menos en el procedimiento seguido de oficio, no será preciso el previo abono de la provisión de fondos. Sin perjuicio de que el importe de la misma sea, en su caso, incluido por el Director Técnico en la tasación de las costas que en su momento procesal se practique.

De igual manera cabrá entender la previsión del artículo 645.2 LEC en cuanto al pago de los gastos derivados de la publicidad de la subasta, esto es, el abono de la Tasa por inserción de anuncio en el BOE. Establece así el precepto procesal civil que *“cada parte estará obligada al pago de los gastos derivados de las medidas que, para la publicidad de la subasta, hubieran solicitado, sin perjuicio de incluir en la tasación de costas los gastos que, por la publicación en el Boletín Oficial del Estado, se hubieran generado al ejecutante”*.

Nuevamente sin embargo, la naturaleza del procedimiento que nos ocupa obliga a interpretar el artículo y, en este sentido, partiendo del artículo 2º de la Resolución de 22 de febrero de 2010 de la Agencia Estatal BOE, por la que se establece el procedimiento para la inserción de anuncios en el BOE y en el BORME, podemos decir que el importe de esa tasa, sin perjuicio como indica el precepto de ser incluido posteriormente en la Tasación de Costas a cuyo pago vendrá obligado el ejecutado por imperativo del artículo 539.2 LEC, no será exigible al ejecutante (bien, el propio Tribunal, si la ejecución se inició de oficio; bien el Ministerio Fiscal u organismos y entidades públicas legitimadas, en los términos vistos al iniciar esta exposición, si la ejecución se ha iniciado a instancia de parte) y ello por cuanto, el citado artículo 2º de la mencionada Resolución, al regular los sujetos pasivos en el pago de la referida Tasa establece que *“los sujetos pasivos de las tasas por la inserción de los citados anuncios son las personas físicas o jurídicas que publiquen anuncios en alguno de los diarios oficiales BOE o BORME”*. Y, a este respecto, y no obstante la amplitud del concepto persona jurídica en Derecho, el Tribunal, al proceder de oficio, el Fiscal y demás entidades legitimadas en el procedimiento ante el Tribunal de Cuentas, no pueden incluirse en el concepto *“persona jurídica”*, pues ello confrontaría con el principio de oficialidad propio de los intereses públicos tutelados en los procesos de responsabilidad contable.

Aún más expresamente, dispone el artículo 68.2 LFTC al regular la publicación de edictos en el BOE, BO de las Comunidades Autónomas y BO de las provincias en el ámbito del procedimiento en el juicio de las cuentas, que:

1. Los edictos se publicarán en el tablón de anuncios del Tribunal, en el BOE y en el Boletín Oficial de la provincia donde los hechos hubieren tenido lugar. Si éstos se refieren a la actividad económico-financiera de las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, la publicación se efectuará también en el “Boletín Oficial de la Comunidad” correspondiente. Los órganos gestores de los mencionados periódicos oficiales no podrán exigir, para hacer la publicación, derecho o exacción alguna, aunque podrán acompañar la liquidación que proceda para que se incluya en la tasación de costas y se satisfaga si hubiere condena expresa en las mismas.

Finalmente, en cuanto respecta a la facultad de ceder el remate que el artículo 647.3 LEC atribuye al ejecutante y, en su caso, a los acreedores posteriores, si bien cabe preguntarse la posibilidad de aplicación del precepto en el ámbito que nos ocupa, atendida nuevamente la naturaleza del procedimiento de apremio seguido ante el Tribunal de Cuentas entiendo que la cuestión puede resultar discutida en aquellos supuestos en los que el procedimiento se sigue de oficio pero no así en los casos en que el procedimiento es seguido a instancia

de parte, máxime si ésta es reconocida como perjudicada en la Sentencia objeto de ejecución. En este supuesto, de seguirse el procedimiento de apremio a instancia de parte, dicha facultad ha de serle plenamente reconocida pues no sólo el precepto al igual que el resto del articulado de la LEC que regula la actuación del ejecutante en el proceso de ejecución es por mandato de la LFTC de aplicación, si no que reconociéndose a entidades y organismos públicos la posibilidad de actuar activamente en la ejecución, nada obsta que, conforme a su propia normativa, interesen la adjudicación del bien subastado a los fines de su incorporación al patrimonio propio de la entidad de que se trate o la cesión del remate a favor de tercero, pues se trata de derecho procesal derivado de la general civilmente regulada cesión de derechos y no está tal posibilidad expresamente excluida cuando de ejecución a instancia de parte perjudicada se trate.

LA OPINIÓN PÚBLICA, LA CORRUPCIÓN Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Jorge Muñoz Carmona

*Periodista especializado en información de Tribunales
Diario de Sevilla. Grupo Joly*

En los últimos años, sobre todo **desde el año 2011**, la crónica de tribunales, al menos en Andalucía, ha adquirido una especial notoriedad desde que una por entonces **poco conocida juez, Mercedes Alaya**, abrió la causa que se denominó “de los ERE irregulares”, aunque de eso tendremos tiempo de hablar más adelante.

El periodismo judicial es en la actualidad un área de especialización muy importante de los medios de comunicación, podría decirse incluso que crucial, y buena prueba de ello es que cada vez es más habitual la presencia del periodista en los órganos judiciales. Y cada vez es mayor la **difusión de las noticias de tribunales**.

No hay ni un solo día en el que los periódicos, las emisoras de radio o las cadenas de televisión no **abran sus espacios informativos con noticias de tribunales**, pero lo que sí es algo novedoso y **también alarmante**, sobre todo en los últimos años, es que muchas de estas informaciones están relacionadas **con los casos de corrupción**.

La corrupción se ha convertido en España en una **auténtica lacra para la vida pública y muy en especial para la política**, porque en general afecta a la **credibilidad** de los partidos, de las instituciones y de los gobiernos, ya sean nacionales o autonómicos.

El caso Lezo, la Púnica, la Gürtel, el caso Taula, el caso Bárcenas, el caso Pujol, las tarjetas Black, los ERE de Andalucía, el caso Mercasevilla, las irregularidades en los cursos de formación, el caso Nóos, el caso Pretoria, el del 3 por ciento, el caso Palau.

Estos son sólo algunos nombres, algunos de los casos más relevantes, de una larga lista que sigue aumentando día tras día.

Según los últimos barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), la corrupción se ha disparado como una de las principales preocupaciones de los españoles, y lo cierto es que no es para menos.

Para los ciudadanos, el problema de la corrupción tan sólo se ve superado por el paro. Así, **el desempleo es visto como el primer problema de España**

por el 71,4% de los encuestados, mientras que “la corrupción y el fraude” se sitúan en ese segundo puesto, con un 54,3%, por delante de los problemas de índole económica, que alcanza el 21,1%.

Hay que tener en cuenta que cuando se hizo uno de estos últimos muestreos, en mayo pasado, **ya había estallado la operación Lezo** que se inició con la detención del ex presidente de la Comunidad de Madrid Ignacio González, que tuvo lugar a finales de abril y generó un nuevo escándalo.

La preocupación por los políticos en general, los partidos y la política aparece en el cuarto puesto con el 18,1%. Y así hasta completar una lista en la que aparecen por detrás cuestiones como la sanidad, la educación y las pensiones.

Pero ese reproche a la corrupción no sólo lo encontramos en las encuestas del CIS, sino que **llega también desde organismos como la Unión Europea**. Bruselas le ha dado recientemente a España un tirón de orejas con el tema de la corrupción.

España vuelve a aparecer entre el grupo de estados miembros en los que la corrupción es un “problema mayor”, porque aunque desde fuera reconocen que ha habido “progresos” en la lucha contra la corrupción, se **destaca igualmente el “incremento repentino de investigaciones”** con la aparición de casos a nivel autonómico y local.

Desde la UE se censura que el Gobierno español **no disponga de “una estrategia para prevenir y mitigar los riesgos de corrupción”**, una materia que no aparece en los informes de la Comisión Europea relativos a países como Finlandia o Suecia, ni tampoco en Alemania, Francia y Holanda, por ejemplo.

La Comisión Europea reclama al Gobierno español **más contundencia para combatir el fraude y el desvío de fondos públicos y lamenta la “falta de legislación para proteger a los denunciantes”** de los casos de corrupción.

Un aspecto que llama la atención es la crítica que se realiza a la **reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal que limitó los plazos para la instrucción de las causas** y en este sentido la Unión Europea apunta que ese límite (seis meses para la instrucción de las causas sencillas y de 18 meses para las complejas) **puede provocar la “impunidad” de los grandes casos de corrupción**.

Para la UE, en contra de la opinión del legislador español, los límites temporales establecidos en la nueva ley impiden **“construir una acusación sólida”** en los casos más importantes, aunque esta cuestión todavía está por ver puesto que la ley también prevé que se soliciten prórrogas en caso de que no se haya llegado al final de la instrucción.

Podemos afirmar igualmente que el problema de la corrupción no sólo aparece reflejado en las encuestas o en los informes de la Unión Europea, porque desde hace poco tiempo tenemos datos concretos sobre la incidencia de la corrupción en los tribunales de Justicia, gracias a una nueva base estadística creada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Esta base incluye los principales indicadores de la lucha contra la corrupción, a saber:

- Las personas que han sido acusadas y/o procesadas.
- Los procedimientos abiertos.
- Las sentencias dictadas, etc.

La información recopilada por el máximo órgano del Poder Judicial se corresponde con la denominada **“corrupción pública”**, que consiste en la utilización de las funciones y medios de las organizaciones públicas en **“provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”**.

La corrupción pública es sin duda la que **más preocupa** a la ciudadanía, porque sus protagonistas son los **funcionarios públicos, los gobernantes y los políticos en el ejercicio de sus cargos.**

La estadística del Poder Judicial abarca tanto la corrupción administrativa como la corrupción política y uno de sus principales rasgos para la inclusión en esta base de datos consiste en la **afectación del dinero público**, es decir, que se haya producido un **menoscabo de los fondos públicos.**

En esta base de datos sobre la corrupción pública se han incluido hasta nueve delitos:

1. Prevaricación urbanística.
2. Prevaricación administrativa.
3. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos.
4. Cohecho.

5. Tráfico de influencias.
6. Malversación de caudales públicos.
7. Fraudes y exacciones ilegales.
8. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función.
9. Corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Pues bien, teniendo en cuenta la información recopilada en esta base estadística podemos decir que en España los jueces concluyeron en 2016 un total de **112 procedimientos por corrupción**, en los que se dictaron autos de apertura de juicio oral o de procesamiento contra **659 personas**, que han sido o serán sentadas en el banquillo por estos delitos.

Además, en 2016, los juzgados y tribunales españoles dictaron **104 sentencias** en procedimientos por delitos de corrupción, de los cuales en **79 casos hubo condena**, lo que representa el **76% del total**, es decir, tres de cada cuatro casos que llegan a juicio por delitos de corrupción acaban con una sentencia condenatoria.

De esas 104 sentencias, en 34 de ellas hubo conformidad del acusado, en 33 no hubo conformidad y otras 12 fueron parcialmente condenatorias, mientras que las 25 restantes fueron absolutorias.

Pero estas estadísticas del Poder Judicial ofrecen otro dato revelador: A lo largo del pasado año se contabilizaron **266 personas condenadas por delitos de corrupción**, según la información del Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia.

Los delitos que con mayor frecuencia aparecen en esas sentencias son:

- Los delitos prevaricación administrativa, en primer lugar...
- seguidos de los delitos de prevaricación urbanística (que engloba delitos contra la ordenación del territorio, urbanismo, Medio Ambiente y Patrimonio Histórico).
- y la malversación de caudales públicos.

Y con estos datos se puede conformar un auténtico mapa de la corrupción en España.



Tengo que decirles en primer lugar a la vista de este mapa que las zonas más corruptas serían las Islas Baleares y Andalucía, que encabezan este triste ranking, de acuerdo con el número de acusados o procesados en los distintos juzgados de Instrucción.

Si observan este mapa pueden ver como el año pasado se contabilizaron un total de **97 acusados/procesados** por delitos de corrupción en las Islas Baleares, **61 en Andalucía**, **55 en Asturias** y **52 en Cataluña**, mientras que **Madrid** se sitúa en el **noveno puesto**, con sólo 16 procesados. Claro que en esta estadística no entran las últimas operaciones realizadas en Madrid, como la **operación Lezo**, lo que sin duda haría que esta comunidad ascendiera algunos puestos.

Por el contrario, Navarra y Cantabria serían las regiones más libres de corrupción, dado que no se contabiliza ningún procesado...

El ranking es el siguiente.

1. Islas Baleares 97 procesados.
2. Andalucía 61 procesados
3. Asturias 55 procesados
4. Cataluña 52 procesados
5. Canarias 48
6. País Vasco 27

Cuarta Jornada. Garantías del alcance y de la ejecución como medio para obtener el reintegro del alcance

7. Comunidad Valenciana 26 procesados
8. Castilla La Mancha 21
9. Madrid 16 procesados
10. Galicia 14
11. La Rioja 7
12. Aragón 7
13. Murcia 4
14. Extremadura 3
15. Castilla y León 3
16. Navarra 0
17. Cantabria 0

A continuación, se muestra un **resumen del mapa de la corrupción en España, distribuido por el tipo de órgano que lo investiga**, ya sea el Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia o los juzgados de Instrucción. De esos 112 procedimientos totales que hubo el año pasado, podemos apreciar cómo la inmensa mayoría corresponden a los juzgados, audiencias y tribunales superiores de justicia, **mientras que sólo hubo 9 causas en la Audiencia Nacional y ninguna en el Tribunal Supremo.**

NÚMERO TOTAL DE ACUSADOS/AS Y PROCESADOS/AS - PROCEDIMIENTOS ABIERTOS

	Hombres			Mujeres			Nº de procedimiento
	Españoles	UE	Extracomunitarios	Españolas	UE	Extracomunitarias	
Tribunal Supremo	0	0	0	0	0	0	0
Audiencia Nacional	123	8	22	29	3	18	9
CC.AA.	356	7	2	90	1	0	103
Total	479	15	24	119	4	18	112

Un aspecto que quisiera comentarles que me llama mucho la atención es la diferencia entre los casos de corrupción que se investigan en Andalucía y los que han surgido por ejemplo en Madrid o en Cataluña.

Si en estas últimas comunidades se investiga el presunto desvío de fondos públicos para la supuesta financiación ilegal del PP o de Convergencia, en el

caso de Andalucía esta conexión no se ha podido demostrar con el PSOE andaluz.

Es cierto que **la juez Alaya trató de vincular, de manera insistente, el escándalo de los ERE a la financiación irregular de los socialistas andaluces**, pero este extremo no quedó acreditado ni en el caso de los ERE ni en el de los cursos de formación, en los que únicamente se han hallado **indicios de la utilización de un sistema supuestamente inadecuado** para la concesión de las subvenciones públicas, en un periodo marcado por la idea de buscar la “paz social” ante la situación de crisis de numerosas empresas.

No se ha acreditado tampoco que los ex altos cargos imputados se hayan enriquecido personalmente, salvo el caso muy concreto de varios imputados pero no con carácter general.

1. ¿CÓMO AFRONTA EL PERIODISTA LAS MACROCAUSAS?

La verdad es que al principio de una investigación por corrupción no siempre se sabe si esa instrucción se convertirá en una verdadera macrocausa. Por mi experiencia, les puedo decir que en el año 2011, cuando comenzó la causa de los ERE, **no pensaba que hoy, más de seis años después, aún seguiría la investigación sin haberse celebrado un solo juicio**. Hace poco trascendió que la vista oral por la principal pieza, la política, comenzará el 13 diciembre con la presentación de las cuestiones previas y seguirá el 9 de enero de 2018 durante varios meses.

Para que se den cuenta de lo que es una macrocausa y de los problemas que supone su enjuiciamiento basta decir que el tribunal encargado de juzgar este juicio **todavía no tiene una idea de cuánto tiempo durará la vista oral**, dado que el cronograma del juicio no se realizará hasta que vean cómo se desarrollan las primeras sesiones teniendo en cuenta que hay 22 acusados, representados por 18 abogados, así como dos acusaciones particulares -el PP y el sindicato Manos Limpias-, lo que hace que por ejemplo el interrogatorio de un solo testigo pueda durar varias horas si todas las partes intervienen y formulan varias preguntas.

Al principio de la investigación de los ERE tampoco sabía, por ejemplo, que con motivo de la declaración del ex consejero de Empleo Antonio Fernández un grupo de abogados y periodistas **pasaríamos 21 horas**

seguidas en los juzgados, desde las diez de la mañana de un lunes hasta las siete de la mañana del día siguiente.

Este auténtico maratón coincidió con la noche del **arranque de la Feria de Abril del año 2012**, el famoso **lunes del pescaíto**. Es curioso porque el ex consejero de Empleo llevaba ya tres días declarando en el juzgado y esa madrugada, primer día de la Feria, Alaya decidió enviarlo a prisión al considerar que su **“dejación absoluta de funciones”** provocó el fraude de los ERE y el **despilfarro continuado de los fondos públicos**, según decía la juez en ese vehemente auto.

Corrupción y macrocausas son dos elementos que aparecen unidos con bastante frecuencia.

El problema de los grandes casos de corrupción es precisamente que la Justicia se enfrenta a **procedimientos muy complejos**, que exigen en muchos casos **complicados informes periciales** que a la larga retrasan y retrasan la instrucción de los procedimientos, convirtiéndolos en **macroprocesos ingobernables**, en verdaderos **elefantes procesales** cargados de miles de folios, si no se adoptan medidas adecuadas como la división en piezas separadas de investigación.

Por ejemplo, la **denominada pieza del “procedimiento específico” de los ERE**, en las que están procesados los ex presidentes de la Junta Manuel Chaves y José Antonio Griñán junto a otros 20 ex altos cargos, ocupa **11 CD en formato digital**, en los que se incluyen **38 tomos y 14.276 folios en total**, así como otros siete anexos documentales con otros tantos miles de folios. Piensen en **cuánto tiempo necesita un juez sólo para revisar toda esa información**, simplemente para leer esos 14.276 folios.

Y tengan en cuenta que el caso de Chaves y Griñán es sólo una de las casi **100 piezas que forman parte del sumario de los ERE**, que lleva ya más de seis años en instrucción, con lo que el volumen total de la causa es un **auténtico monstruo procesal**.



Esta fotografía representa una mínima parte de la documentación intervenida en relación con la causa abierta por las irregularidades en los **cursos de formación**.

Se trata de archivadores con miles de expedientes que se agolpan en el suelo por falta de armarios.



Y aquí pueden ver auténticas **torres de papel** que amenazan con llegar al techo, también en la macrocausa de los cursos de formación, que llegó a acumular la abrumadora cifra de **2,5 millones de documentos en papel** que, lógicamente, hay que escanear primero para incorporar a la causa, una labor en la que se tardan muchos meses. De hecho, la juez

tuvo problemas a la hora de escanear estos documentos porque, en primer lugar, la Junta de Andalucía tardó tiempo en facilitarle un escáner adecuado para esta función y, sobre todo, en asignarle dos funcionarios que, a lo largo de toda su jornada, lo único que hacían es escanear documentos.

Pero, ¿cómo surgió la macrocausa de los ERE?

Todo parte de una investigación iniciada por la juez **Mercedes Alaya** en la empresa **Mercasevilla**, el Mercado central mayorista de Sevilla, donde unos hosteleros denunciaron ante la Fiscalía que se les había extorsionado, al haberles exigido **una comisión ilegal, una mordida, de 450.000 euros** por hacerse con un concurso público para montar una escuela de hostelería.

En esa investigación, que acabó con una condena de dos directivos del mercado central, la Policía -que comenzó las pesquisas antes de que el caso pasara a la Unidad Central Operativa (la famosa UCO) de la Guardia Civil- **inició una línea de trabajo relacionada con los dos Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) que se habían llevado a cabo en Mercasevilla en un corto período de tiempo, en los años 2003 y 2007.**

Y en esa averiguación, los agentes se toparon con un personaje que a la postre sería clave en el caso: **el que fuera director general de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo de la Junta durante una década. Francisco Javier Guerrero Benítez**, uno de los principales imputados en la trama.

La Policía citó a declarar a Guerrero y es aquí donde surgieron, según él **por una mala interpretación, las primeras sospechas sobre el sistema que la Administración andaluza había empleado no sólo para el pago de este ERE en Mercasevilla, sino de todos los que estaban relacionados con empresas en crisis durante una década**, una época en la que además proliferaron graves conflictos laborales a los que había que encontrar una rápida solución.

Efectivamente, Javier Guerrero, en su primera declaración ante la Policía aseguró que el pago de estas ayudas ***"no era una subvención excepcional, era un fondo de reptiles para crisis que tenían que afrontar con empresas que necesitaban respirar"***, lo que sin duda alimentó las dudas sobre las irregularidades.

De la declaración policial se pasó a la imputación judicial y esa investigación fue **escalando**, con la imputación de varios ex consejeros de la Junta y así se produjeron los **primeros ingresos en prisión provisional**, como el del propio Javier Guerrero o del ex consejero de Empleo de la Junta Antonio Fernández.

Y la juez Alaya continuó **ascendiendo peldaños** en la pirámide que **había diseñado** hasta que alcanzó a los ex presidentes de la Junta de Andalucía **Manuel Chaves** y **José Antonio Griñán** a los que implicó en la causa con una especie de “preimputación” que paradójicamente coincidió con la **toma de posesión del nuevo Gobierno andaluz** -tras la salida precisamente de Griñán- y sin elevar en ese momento **ninguna exposición razonada** al Tribunal Supremo.

Fue una **auténtica “Bomba judicial”** de Alaya en el estreno del Gobierno de la nueva presidenta de la Junta, Susana Díaz.



La exposición razonada se envió al Alto Tribunal casi un año después de esa mal llamada preimputación -y cuatro años después desde que se inició la investigación-, lo que provocó la apertura de la causa contra los ex presidentes en el Tribunal Supremo, aunque luego el caso volvió a Sevilla cuando dejaron de estar aforados.

Pero el sumario no volvió a las manos de Alaya, que se había marchado del juzgado al obtener una plaza como magistrada en la Audiencia de Sevilla, con lo que la instrucción pasó a la juez María Núñez Bolaños, después de una pugna entre ambas magistradas para hacerse con el control de las macrocausas y que acabó cuando el CGPJ decidió no conceder una comisión de servicio a Alaya para que siguiera investigando el caso de los ERE.

Unos pocos meses después, la instrucción finalizó con el procesamiento de los ex presidentes y de otros 20 ex altos cargos de la Junta, que serán enjuiciados a partir del próximo 13 de diciembre.



Antes he señalado que este tipo de instrucciones se convierten en macroprocesos difíciles de manejar y es aquí donde surgen los primeros problemas.

Una de las principales dificultades, además de la falta de medios personales y materiales para tramitar esos procesos, deriva de que los procesos se eternizan, no se sabe cuándo van a acabar, y así se han dado casos en la instrucción de los ERE en los que la juez citó a declarar a un investigado tres años después de haberlo imputado en un auto.

Otro de los problemas de las macrocausas es que, después de tantos años de investigación, los procesos se van desinflando y cuando llega el juicio, la hora de la verdad de estas instrucciones, acaban con una sentencia absolutoria, bien porque la instrucción no era tan sólida como se presuponía o porque en la misma se han producido irregularidades que acaban anulando el caso.



Tenemos dos ejemplos recientes de esto. Uno de ellos es la absolución por parte de la Audiencia Provincial de Madrid de los 34 acusados por el denominado 'caso Guateque', relacionado con una trama de corrupción vinculada a la concesión de licencias en el Ayuntamiento de la capital.

Aquí los jueces han considerado que todas las pruebas practicadas durante la instrucción son nulas y carentes de validez, ya que la

grabación que dio origen a la investigación judicial fue realizada sin autorización del juez y al margen de cualquier requisito legal.

[La sentencia afirma que el auto de incoación de diligencias dictado por el Juzgado de Instrucción número 32 de Madrid se fundamentó en una supuesta grabación espontánea realizada el día 6 de marzo de 2007 por un ciudadano, Joaquín Hernández Marugán, por su cuenta y por sus propios medios, y así se hizo constar en el atestado de la Guardia Civil. Sin embargo, en contra de la versión sostenida en el atestado de la Guardia Civil, fueron "miembros desconocidos" de la Comandancia de la Guardia Civil en Madrid, con sede en Tres Cantos, quienes entregaron al denunciante una grabadora de pequeñas dimensiones y una cinta magnetofónica con la finalidad de que grabara la conversación que iba a tener lugar ese mismo día en el despacho profesional de la persona que realizaba los proyectos técnicos en sus negocios de hostelería, el empresario Antonio Sanz, con quien mantenía una antigua relación de confianza].

El **segundo caso** es la absolución de los diez acusados implicados en el supuesto amaño del concurso público para la venta de los suelos de Mercasevilla, otras de las causas que investigó Mercedes Alaya.

En este caso, la juez ha desmontado la teoría de la confabulación en la que Alaya implicó a políticos, empresarios y funcionarios de Urbanismo en una de sus causas más mediáticas tras los ERE. La teoría de la juez consideraba que todos los acusados se habían puesto de acuerdo para favorecer a una constructora en un concurso público por el que se iban a enajenar los suelos de Mercasevilla y para ello habrían introducido incluso dos cláusulas en el pliego de condiciones con la idea de que ganara esta constructora.

Sin embargo, la sentencia es demoledora: ni hubo amaño, ni confabulación, ni concierto previo para favorecer a la constructora, y lo que es más grave: algunos de los acusados fueron sentados en el banquillo "sin que existieran siquiera meros indicios de su participación en los hechos".

La sentencia supuso un **duro varapalo** para Alaya y para la propia Fiscalía, de quien la juez rechaza la afirmación realizada en el juicio respecto a que el concurso público para la enajenación de los suelos fuese "un paripé", como expuso en la vista oral el fiscal del caso.

Hasta ahora hemos estado analizado las macrocausas en la vía penal, pero la investigación de los ERE no se inició únicamente en esta jurisdicción, sino que también tuvo su repercusión en el Tribunal de Cuentas, prácticamente desde el inicio de que se destaparan las irregularidades.





En un auto dictado en junio de 2011, tan sólo cinco meses después de que se iniciara la instrucción del caso de los ERE, el Tribunal de Cuentas propuso el nombramiento de un instructor tras recibir una **denuncia del Partido Popular** y estimar que **los hechos denunciados "ponen de manifiesto, siquiera indiciariamente, que pudiera existir un perjuicio a los caudales públicos**, por lo que resulta conveniente acometer una investigación de estos hechos que permita su concreción y, en su caso, el posterior ejercicio de las acciones procedentes ante esta jurisdicción".

Fruto de esa investigación, el Tribunal **actuó contra seis ayuntamientos de la provincia de Sevilla y contra otras 38 empresas que recibieron ayudas relacionadas con el escándalo de los ERE fraudulentos**, estableciendo procedimientos de reintegro por alcance contra estas 44 entidades.

Previamente, había reclamado a varios ex altos cargos de la Junta de Andalucía el reintegro de 112,9 millones de euros en relación con el caso de los ERE.

En febrero de 2015, este tribunal reclamó 43 millones de euros a los ex directores generales de Trabajo de la Junta Francisco Javier Guerrero y Juan Márquez, ambos investigados en la causa de los ERE, por las ayudas concedidas en su día a 47 empresas y seis ayuntamientos de la provincia de Sevilla.

2. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Justicia, los jueces, sobre todo los jueces de instrucción, se han convertido en España en:

- la última trinchera...
- el último muro...
- la última frontera contra la corrupción.

3. MIS REFLEXIONES...

Sin la labor callada que realizan muchos jueces a diario, luchando muchas veces contra los elementos, contra la falta de medios personales y materiales, contra la negativa de las Administraciones a facilitarles información, la situación de la lucha contra la corrupción sería aún peor. Lo mejor que los gobiernos y los partidos políticos pueden hacer es dotar de esos medios a los jueces y dejarles trabajar... Otra cosa distinta es que los gobiernos, ya sean nacionales o autonómicos, o los partidos que los sustentan, quieran que los jueces dispongan de esos medios...

LA APORTACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LUCHA CON LA CORRUPCIÓN

Antonio M. López Hernández

*Presidente de la Cámara de Cuentas de Andalucía
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada*

En la actualidad el fraude y la corrupción pública son de las cuestiones que más preocupan a los españoles, como pone de relieve la última encuesta del CIS del mes de abril, que ratifica los resultados de la anterior. La corrupción sigue siendo la segunda preocupación de nuestros ciudadanos.

Es destacable el crecimiento en número de los procesos judiciales por corrupción. Según el repositorio de datos sobre procesos de corrupción del Consejo General del Poder Judicial, que presenta el mapa -regionalizado trimestralmente- de los procesos penales por delitos relacionados con la corrupción, desde mediados de 2015 son 1.378 los procesados en las distintas instancias judiciales, destacando 272 de la Audiencia Nacional. Por Comunidades destaca Cataluña con 303 personas, seguido de Andalucía con 153 y Madrid con 145.

A este respecto, el Informe de lucha contra la corrupción en la UE de febrero de 2014, en el capítulo relativo a España señala, que los recientes casos de corrupción se deben *“a la insuficiencia global de los controles del gasto público a nivel autonómico y local”*. Aunque el control existe, se apunta que está mal configurado institucionalmente, por ser muy formalista y ritual, con escasa utilidad como instrumento para la prevención y detección de la corrupción.

Siguiendo con la perspectiva internacional, el último informe de Transparencia Internacional sobre el Índice de Percepción de la Corrupción de 2016 no presenta un panorama demasiado halagüeño para nuestro país. En 2013 España descendió 10 puntos en este índice, hasta el puesto 40 del ranking global. En 2016 aparece en el puesto 41 entre los 176 países analizados, peor que en el año anterior, que se encontraba en el 36. Es decir, no vamos mejorando, y estamos, por ejemplo: a 13 puntos y 20 puestos de Uruguay, a 17 de Chile y empatados con Costa Rica. Polonia y Portugal ya nos adelantan en 12 puestos.

Siguiendo con este análisis del entorno, interesa comentar algunos aspectos que tienen que ver la situación en la legislación administrativa moderna, y que inciden en el tema que nos ocupa, a saber:

- **Disminución de la facultad de control interno:** fiscalización previa limitada de las administraciones públicas, sin una adecuada fiscalización plena posterior.

Cuarta jornada. Garantías del alcance y de la ejecución como medio para obtener el reintegro de alcance

- La denominada **“huida del Derecho Administrativo”**: creación empresas, agencias y fundaciones públicas no sometidas a control previo, sino sólo, en su caso, a un control financiero posterior.
- **Nombramiento discrecional de funcionarios** responsables del control interno.
- **Retraso u omisión en la rendición de cuentas públicas y de la fiscalización** por parte de los órganos de control externo, especialmente en las entidades locales.

Antes de adentrarnos en rol de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas (OCEX) en la lucha contra la corrupción, conviene hacer un somero análisis de la organización y formas de control de la actividad económico-financiera en el sector público español. El criterio más extendido de clasificación, atendiendo al grado de dependencia del órgano controlador con respecto al que realiza la actividad, diferencia entre control interno y control externo.

En el control interno existe una relación de dependencia entre el órgano encargado del control y la entidad cuya gestión va a ser controlada. Los órganos de control interno de las administraciones públicas, compuestos generalmente por las intervenciones estatales, autonómicas y locales, están integrados en ellas, aunque gozan de autonomía para el ejercicio de sus funciones. Su objetivo es aportar garantías sobre el cumplimiento de la legalidad y sobre la gestión eficiente de los recursos públicos, a través de la función interventora y del control financiero.

El control se califica como externo cuando no existe relación alguna de dependencia o subordinación jerárquica entre la entidad titular del control y la entidad controlada. Bajo esta modalidad, se trata de informar o comunicar la regularidad en el cumplimiento de las normas y valoración de la gestión a terceros, no relacionados directamente con la gestión de la organización. En nuestro país, las Instituciones de Control Externo (ICEX), que dependen directamente de los respectivos Parlamentos, están integradas por el Tribunal de Cuentas (TCu) y por los doce Órganos de Control Externo Autonómicos (OCEX) que fiscalizan la gestión económica, financiera y contable del sector público de su ámbito territorial. A nivel de la Unión Europea, esta función es desarrollada por el Tribunal de Cuentas Europeo.

En el marco de lo que podríamos denominar Sistema Nacional de Control Externo, el TCu tiene encomendada la función jurisdiccional y la de fiscalización, mientras que OCEX únicamente tienen encomendada una función fiscalizadora. Como órganos especializados y cualificados en el control, desarrollan su actividad en sus respectivos ámbitos territoriales, bajo los principios de coordinación y colaboración, sin menoscabo de que el Tribunal de Cuentas extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.

Los OCEX son instituciones de marcado carácter técnico, dependientes de los Parlamentos, que ejercen su labor fiscalizadora, de carácter externo, permanente y consuntiva, mediante la emisión de informes públicos. Y, en los momentos actuales, sus funciones son cada vez más necesarias e imprescindibles ante la demanda de información y transparencia que plantea una sociedad civil cada día más preocupada por la forma en que se manejan los fondos públicos. De esta forma, la fiscalización del sector público se convierte en esencial, ya que proporciona a los órganos legislativos y de supervisión, a los responsables de la gestión pública y al público en general, información y evaluaciones independientes y objetivas relativas a la administración y el rendimiento de las políticas, programas u operaciones ejecutadas por las entidades públicas.

En general, las **fiscalizaciones** que realizan los OCEX las podemos agrupar en **tres tipos**: a) fiscalización financiera, que centran su atención en determinar si la información financiera de una entidad se presenta de conformidad con el marco de información financiera que resulte aplicable; b) fiscalización operativa, que pretende determinar si las actuaciones, programas e instituciones se gestionan de conformidad con los principios de economía, eficiencia y eficacia, y si existen áreas de mejora; c) fiscalización de cumplimiento, cuyo objetivo es para evaluar si las actividades, operaciones financieras e información cumplen, en todos los aspectos significativos, con la normativa que regula la actividad de la entidad auditada. En la mayoría de los casos, estas fiscalizaciones son combinadas, incorporando aspectos financieros y de cumplimiento (auditorías de regularidad) y operativos.

En un sector importante de la población, incluso en ámbitos políticos, existe la creencia de que las ICEX son las principales garantes de la inexistencia de corrupción. Sin embargo, y este aspecto no siempre es suficientemente conocido, su función principal, conforme disponen sus normas de creación, es fiscalizar a posteriori la gestión económica, financiera y contable del correspondiente sector público, careciendo jurídicamente de herramientas para luchar contra el fraude e investigarlo. Así, su misión no es investigar el

Cuarta jornada. Garantías del alcance y de la ejecución como medio para obtener el reintegro de alcance

fraude sino prevenirlo y ocasionalmente detectarlo, ya que no tienen competencias, ni medios de carácter policial o criminal.

En cualquier caso, como pone de relieve el cuadro nº 1, en los últimos años los informes de fiscalización realizados por las OCEX han puesto de manifiesto numerosas irregularidades y han advertido y puesto en conocimiento del TCu un elevado número actuaciones indiciarias de responsabilidad contable, así como de responsabilidad penal. Además, estos informes han puesto de relieve ineficiencias en la gestión de diferentes administraciones públicas, ayudando con ello a mejorar la gestión pública y, en determinados casos, han servido para destapar tramas de corrupción o para ayudar a recuperar fondos públicos indebidamente satisfechos.

De la lectura del cuadro nº 1, se desprende, un papel muy activo de los OCEX en dos aspectos. Primero, en la realización de informes (más de 1.000 en el periodo 2012-2015) y, segundo, derivado de ese compromiso en el ejercicio de su trabajo, en la identificación de disfunciones e irregularidades que tiene que ver con el uso o manejo de los fondos públicos, así como en la identificación de posibles indicios de responsabilidad contable (356 casos) e indicios de responsabilidad penal (134 casos).

Cuadro nº 1. Actividad fiscalizadora de los OCEX 2012-2015

ACTIVIDAD FISCALIZADORA DE LOS OCEX	2012	2013	2014	2015
TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS	27	22	33	24
SINDICATURA DE COMPTES DE LAS ILLES BALEARS	10	12	4	16
SINDICATURA DE COMPTES DE CATALUNYA	37	13	11	50
CONSELLO DE CONTAS DE GALICIA	6	38	27	22
CAMARA DE CUENTAS COMUNIDAD DE MADRID	12	12	28	17
CAMARA DE COMPTOS DE NAVARRA	43	28	48	25
AUDIENCIA DE CUENTAS DE CANARIAS	14	12	11	21
CAMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA	24	23	34	25
SINDICATURA DE CUENTAS DE CASTILLA-LA MANCHA	21	12	1	0
SINDICATURA DE COMPTES DE LA COMUNITAT VALENCIANA	24	26	17	26
CONSEJO DE CUENTAS DE CASTILLA Y LEÓN	12	14	23	19
SINDICATURA DE CUENTAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS	10	6	7	16
CAMARA DE CUENTAS DE ARAGÓN	5	3	6	26
TOTAL	245	221	250	287

La aportación de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas en la lucha contra la corrupción

Antonio M. López Hernández

INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA DEL TCu EN LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DE LOS OCEX					
AÑO	INF. APROBADOS	SIN RESPONS.	RESPONS. CONTABLE	RESPONS PENAL	OTRAS RESPONS
2012	245	151	94	21	0
2013	221	129	92	22	0
2014	250	159	62	40	2
2015	278	170	108	51	0

Fuente: Elaboración propia, a partir de las Memorias de la Fiscalía de varios años.

Como venimos señalando, la función, mandato o actividad principal de las OCEX no es la lucha contra el fraude o la corrupción, sino el control de la gestión económico-financiera del sector público. Lo que sí es cierto -y debo insistir en esa idea-, es que en nuestro trabajo, a través de los instrumentos de los que nos hemos dotado, contamos con unas normas internacionales de auditoría del sector público (ISSAI) que exigen que prestemos atención a los casos de fraude y corrupción cuando existen indicios que lo plantean.

Para situar el tema, nos vamos a detener en los conceptos y supuestos de fraude y corrupción desde la perspectiva de las normas de auditoría, que son las que utilizan los OCEX para el desarrollo de su trabajo, de acuerdo con el mandato y la misión que emana de sus Parlamentos. En particular, la Norma Internacional de Auditoría, NIA-ES 240, a la Norma Internacional de Auditoría del Sector Público, ISSAI 1240, emitida por la INTOSAI y la Guía Práctica de Fiscalización de los OCEX, GPF-OCEX 1240.

Así, por **fraude** entendemos un acto intencionado realizado por una o más personas de la dirección, los responsables del gobierno de la entidad, los empleados o terceros que conlleve la utilización del engaño con el fin de conseguir una ventaja injusta o ilegal (NIA-ES 240. 11(c)).

Se distingue entre dos tipos principales de fraude: formulación fraudulenta de los estados financieros y apropiación indebida y utilización irregular de activos.

En el caso de la **formulación fraudulenta de los estados financieros**, esta irregularidad puede suponer, entre otros: manipulación, falsificación y alteración de registros contables o documentos; supresión u omisión de efectos de transacción en los registros documentos; registros de operaciones ficticias; aplicación indebida e intencionada de principios y normas contables.

Y, en el caso de la **apropiación indebida y utilización irregular de activos**, puede ser llevada a cabo de distintas formas; como, por ejemplo: malversación en la recaudación, robo de activos tangibles o intangibles o provocando que la entidad pague por bienes o servicios que no ha recibido. A menudo viene acompañada por registro de documentos falsos, engañosos, posiblemente creados para burlar los controles y/o ocultar el hecho de la desaparición de activos.

En la ISSAI 1240 se plantea lo que denomina “el triángulo del fraude”, y sostiene que cuando se produce el fraude normalmente concurren tres condiciones que pueden encontrarse frecuentemente en el ámbito del sector público, bajo formas diversas, a saber:

- **Incentivos o presiones** (de forma real o percibida) a la dirección o a los empleados que proporcionen a estos un motivo para cometer el fraude.
- **Oportunidad** (características o circunstancias de una entidad que permiten la penetración del fraude), que suele darse cuando una persona considera que el control interno puede eludirse.
- **Autojustificación o racionalización** (conducta, carácter o valores éticos que sirven a los individuos para justificar la comisión de un fraude). Las personas puedan llegar a racionalizar la comisión de un acto fraudulento.

De otro lado, en esta norma se entiende por **abuso**, toda conducta deficiente o impropia en comparación con lo que es una persona prudente consideraría razonable y necesario en una actividad administrativa o comercial atendiendo a las circunstancias. El concepto también engloba casos de utilización ilegítima de la autoridad o del cargo para favorecer intereses económicos personales o de familiares o de socios comerciales. El abuso no implica, necesariamente, la existencia de fraude o la infracción de leyes y regulaciones, de estipulaciones contractuales o de condiciones de concesión de subvenciones, sino que representa una desviación del concepto de decoro, que está relacionado con los principios de la buena gestión financiera del sector público y de conducta de los servidores públicos (ISSAI 1240, P6).

Al referirse a **corrupción**, se señala que este concepto no está claramente delimitado desde el punto de vista jurídico, pero se podría definir como abusar del poder para obtener un beneficio privado. Legalmente, no tiene relevancia calificar un determinado comportamiento como corrupto, lo relevante es puede clasificarse en algún tipo penal (GP-OCEX 1240; Introducción).

Y en relación con las causas de corrupción, traigo a colación, por su interés, la Memoria de la Fiscalía de la Comunidad Valenciana de 2013, en la que se señala que *“la falta de controles previos administrativos (la previa intervención), la relajación en los modos y controles en contratos administrativos, la proliferación de funcionarios eventuales o cargos de confianza con fidelidades personales o partidistas, facilitan la suma discrecionalidad o arbitrariedad en actuaciones económicas administrativas o actuaciones que favorecen conductas desviadas o la proliferación de casos de corrupción”*.

A este respecto, la ISSAI 5700 *Directriz para la auditoría de prevención de la corrupción en agencias gubernamentales*, plantea la existencia de una relación entre el grado de transparencia en la gestión, la discrecionalidad en la toma de decisiones, el grado de libertad de mercado y la probabilidad de que se produzcan situaciones de corrupción. Es decir, la combinación de esos tres aspectos -poca transparencia, mucha discrecionalidad y poca libertad de mercado-, favorece las situaciones de corrupción. O lo que es lo mismo, la apuesta por la transparencia, la reducción al máximo de la discrecionalidad en la toma de decisiones y la apuesta por el libre mercado que favorezca la competitividad, la competencia a la hora de concurrir a la provisión de servicios públicos, son elementos que desalientan la corrupción.

En la última parte de mi intervención, analicemos con algo más en detalle algunos aspectos relacionados con normas internacionales de auditoría y la prevención y detección del fraude:

- ❖ **Los gestores del gobierno de la entidad y la dirección son los principales responsables de prevención y de la detección del fraude.** De ahí la relevancia que adquieren los programas de cumplimiento normativo relacionados con la prevención de la corrupción, especialmente a raíz de la reforma Código Penal (CP) de 2015 que introduce en nuestro ordenamiento un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y que contempla como causa de exención de su responsabilidad penal, la existencia de un programa de prevención o *“compliance penal”*.

En este sentido, aunque el alcance del artículo 31bis del CP sólo afecta en el ámbito del sector público a las sociedades mercantiles públicas, sería oportuno, tal como señala la OCDE en su *Recomendación sobre Integridad Pública* de 26 de enero de 2017, que el resto de entidades del sector público implementaran sistemas de integridad y promovieran una cultura ética.

- ❖ **El fraude (normalmente) no es el principal objetivo de una auditoría.** Las normas exigen que el auditor lleve a cabo unos procedimientos específicos en relación al fraude (ISSAI 4100). Los auditores deben incluir factores de riesgo de fraude en sus valoraciones de riesgo y permanecer alerta a las señales de fraude al realizar su trabajo (GP-OCEX 1240).

La normativa obliga a incluir en los informes, en su caso, un detalle sucinto de las infracciones, abusos o presuntas irregularidades que se hayan observado. Y especialmente los posibles indicios de responsabilidad contable, administrativa o penal.

- ❖ La NIA-ES 240, emitida para el sector privado, se ocupa únicamente de fraudes que causan incorrecciones materiales en los estados financieros. Sin embargo, **en una auditoría financiera en el sector público los objetivos van más allá de la emisión de una opinión sobre los estados financieros.** Los auditores del sector público han de tomar en consideración obligaciones suplementarias (informar sobre la falta de conformidad con las normas detectadas durante la auditoría y sobre la eficacia del control interno), y los riesgos de fraude conexos, al planificar y ejecutar la auditoría (ISSAI 1240).

- ❖ **Fraude, corrupción y delito son términos legales que se aplican a determinados hechos que han sido confirmados por un tribunal de justicia.** Los auditores deben, por lo tanto, aplicar el término presunto fraude, sospecha de corrupción o indicios de delito o de responsabilidad contable a cualquier serie de circunstancias que sugieran una actividad fraudulenta pero que todavía no han sido confirmadas como tal por las autoridades judiciales responsables. Y, tratándose de delito, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben ser obligatoriamente denunciados ante la autoridad judicial, por lo que, en caso de observarse indicios de su existencia, el auditor procederá, previa solicitud y emisión de un informe jurídico, a comunicarlo a la jurisdicción penal y al Tribunal de Cuentas.

Sobre este particular, conviene recordar que **la colaboración de los OCEX con la administración de la justicia penal se lleva a cabo de diferentes maneras**, a saber: puesta en conocimiento de los indicios de responsabilidad penal ante los órganos jurisdiccionales; aportación de los informes de fiscalización a las actuaciones jurisdiccionales; comparecencia ante los Tribunales como prueba testifical; comparecencia ante los

Tribunales como prueba pericial; comparecencia ante los Tribunales como prueba pericial-testifical.

Finalmente, haremos una breve mención a los dos modelos de implementación de la prevención de la corrupción que conviven en el panorama español. Así, encontramos:

- ❖ **Atribución a un ICEX nacional o regional** (experiencia portuguesa)
 - ❖ Consejo de Cuentas de Galicia (Ley 8/2015)
- ❖ **Constitución de una agencia especializada en el fraude** (Modelo Oficina Antifraude de la Comunidad Europea- modelo OLAF comunitario)
 - ❖ Oficina Antifraude de Cataluña
 - ❖ Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana
 - ❖ Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares
 - ❖ Oficina para la Prevención de la Corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía (Proyecto de Decreto)

A la vista de lo anterior, en España solo existe un caso de Órgano de Control Externo, Consello de Contas de Galicia, que tiene atribuido por norma competencias en materia de prevención de la corrupción en el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma. La Ley 8/2015 define esta nueva función del Consello de Contas incluyendo dentro de la misma cuatro grandes áreas:

1. Colaboración con las administraciones sujetas a su ámbito de aplicación en la elaboración de códigos de conducta y manuales internos de gestión de riesgos.
2. Comprobación de los sistemas de prevención de la corrupción de estas administraciones, de su adecuado diseño e implantación de las políticas de integridad, proponiendo mejoras que garanticen la transparencia y reduzcan las oportunidades de fraude.
3. Asesoramiento al Parlamento, a la administración autonómica y a las administraciones locales sobre instrumentos normativos o internos de prevención y represión de la corrupción.

4. Fomento de la conciencia y participación ciudadana a favor de la transparencia y el comportamiento ético en el sector público e impulso en el sector privado de mecanismos de autorregulación con la finalidad de evitar prácticas irregulares (en particular en empresas licitadoras, concesionarias o beneficiarias de subvenciones).

Por lo que se refiere al otro modelo, basado en la creación de una agencia especializada, de forma similar a la OLAF de la CCEE, es el más extendido, y ha sido la apuesta de diversas Comunidades Autónomas -Cataluña, Valencia, Islas Baleares y, recientemente, Andalucía-, Estas Agencias tienen una dependencia gubernamental, no parlamentaria.

Quiero terminar mi intervención con una **reflexión**:

Si no queremos que se deteriore la confianza de los ciudadanos en la gestión pública y evitar la creciente desafección de la política y de los políticos, reforcemos los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas en nuestras instituciones, para favorecer y fortalecer la participación ciudadana. Y lo que es más importante, hagamos un esfuerzo por creérselo.

PONENCIA DE CLAUSURA

José Manuel Maza

Fiscal General del Estado

La corrupción, como cualquier otro fenómeno criminológico, debe ser estudiada no sólo desde el punto de vista de la respuesta legal, sino desde la perspectiva fenomenológica del delito.

En España tenemos una corrupción con unas características muy especiales que, además, es importante determinar si después queremos recurrir a medidas que combatan ese tipo de corrupción, y que son distintas de las que se pueden plantear en otros países.

Para empezar, tenemos una corrupción que felizmente afecta, fundamentalmente, a ciertas capas de la sociedad con responsabilidad pública: funcionarios, pero más bien altos funcionarios. No tenemos esa corrupción, esa lacra sistémica que invade a toda la sociedad. No tenemos esa corrupción del policía de tránsito -como hay en algún país que recibe una mordida-, o la del dinero que se da al funcionario de una ventanilla para que se adelante unos trámites. Eso, hoy por hoy, en España prácticamente no existe.

Es más, hay un estudio de la Unión Europea del verano de 2013, o de 2012, que podrán consultar en internet, en el que se dice que en España, en un rango de 0 a 100 -siendo 100 el máximo de corrupción-, mientras los responsables políticos están considerados por encima de 90, los funcionarios y servidores públicos, en general, por debajo de 10; en algún caso, incluso, por debajo de algunos países del Norte de Europa. Primera característica importante.

La segunda característica, a mi juicio muy importante, es que se trata de un fenómeno que la sociedad española no ha admitido, que rechaza, que sigue siendo muy sensible ante ella y que está en contra de ella. Puede ser una obviedad, pero es muy relevante el hecho de que no toda la sociedad está corrompida hasta el punto de aceptar, con resignación, un fenómeno así, sino que, muy al contrario, la sociedad reacciona.

Y en tercer lugar, y también me parece fundamental: es un fenómeno ante el cual las instituciones de nuestro país reaccionan. Existen países en los que, por desgracia, esto no es así, y ese cáncer carcome a todos; pero, en España, está demostrado que las instituciones reaccionan.

Cuando se me dice que la Fiscalía no combate la corrupción -como ocurrió en unas conferencias organizadas recientemente por la Asociación Libre de

Abogados, en el Consejo General de la Abogacía-; yo respondo que cómo se puede decir eso cuando -y sólo hace falta abrir todos los días los periódicos-, se puede ver que la Fiscalía Anticorrupción lleva hoy más de 500 procedimientos contra la corrupción, que hay cientos de personas en prisión preventiva y otras cumpliendo condena.

Entonces lancé una pregunta a los asistentes: ¿decidme un solo caso en el que se haya parado un asunto crucial y no ha sido perseguido? Se quedaron pensando y dijeron “esta mañana nos ha hablado una compañera que en una provincia española que ha abocado para sí el Jefe de la Fiscalía y se sospecha...”. Pues mira, le dije, no conozco ese asunto y, claramente, no lo voy a admitir sin conocerlo; pero aunque fuera cierto, decidme otro.

Les aseguro que no fueron capaces de decirme otro caso.

¿De qué estamos hablando?, estamos hablando de un fenómeno gravísimo que puede afectar a las instituciones y a la credibilidad del sistema; pero que también hay que dimensionar en sus justos términos, y que analizar, en mi opinión, con un criterio científico. Algo que por desgracia nuestro legislador, y el de otros países, casi nunca lo hacen. Cuando se establecen criterios de política criminal, no se hace un estudio científico del fenómeno; se guía más por otras circunstancias, titulares de prensa, etc. que por ese estudio propio y básico de una política criminal acertada.

Ahora bien, se ha dicho también que se ha llegado tarde. Sí, sin duda; pero es que el Derecho Penal siempre llega tarde.

Si cuando hablamos de Derecho Penal, lo hacemos sobre lo que se publica en los periódicos; pues, por definición, el Derecho Penal llega tarde. Llega después del delito -aunque éste sea en tentativa-, llega después de la comisión o ejecución de un hecho delictivo. Por tanto, claro que llega tarde.

El Derecho Penal, como sabemos todos, tiene un efecto preventivo para el futuro, a modo de ejemplo, una vez pasada la situación grave que ha tenido lugar. Creo que ese es el fenómeno que se está produciendo en nuestro país. Estoy con los que hoy, en este seminario, han dicho que la corrupción en España, a día de hoy, es más tolerable e inferior a la que hubiera hace cinco, diez, quince o veinte años. Estoy absolutamente convencido y, de hecho, si cuando a los ciudadanos se les pregunta sobre cuáles son sus mayores preocupaciones -y señalan que su primera o segunda es la corrupción-, se les preguntara, también, sobre el caso de corrupción al que se están refiriendo... hablarían de hechos que han ocurrido hace cinco, diez o quince años. Es la

percepción que el ciudadano tiene a través de los medios; medios que cumplen, por supuesto, una tarea insustituible y perfecta en una Democracia, pero es la percepción que tiene el ciudadano.

A la hora de buscar soluciones, también tengo 'mi libro'. Lo repito y lo he repetido incluso por tres veces en la Comisión de los Diputados: cómo se quiere intentar solucionar este problema, que es el problema básico, que es el retraso de nuestra justicia penal.

Porque, hasta hace poco tiempo, partíamos de la base de que el gran problema de la Justicia en España era su lentitud. Era lenta, pero afectaba a los implicados en un procedimiento y nos rasgábamos las vestiduras, pero, el afectado era un señor que esperaba 15 años a que se le juzgase o la víctima que esperaba 15 años a que se reparase el delito que había sufrido.

Pero es que ahora no. Ahora está afectando al sistema, está creando esa desafección de los ciudadanos, porque los temas de corrupción se están pudriendo, exponiéndose diariamente. Esto es lo que hace que se genere una situación de angustia, esa sensación de que los ciudadanos vivimos en un mundo corrupto; cuando, repito, yo creo que el Derecho Penal está cumpliendo su principal misión preventiva. Actualmente, quien tiene posibilidad de cometer un delito relacionado con la corrupción, se tiente más la ropa que hace 10 o 15 años, porque está viendo lo que ocurre, que se está castigando y que las actuaciones llegan a su término.

Ahora bien, ¿cómo podemos solucionar la lentitud de la justicia penal? Siempre hablamos de los medios, más medios, y es verdad que cuantos más medios mejor.

A mí me dan los millones ilimitados, soluciono el problema de los retrasos de los enjuiciamientos, porque se está produciendo ahí un cuello de botella... Hay asuntos, investigaciones que tras ser concluidas tardan un año o más en poderse señalar para juicio porque no hay jueces suficientes. Muchas veces ni siquiera salas; vienen jurados y es que no hay salas para ellos.

Es un problema de medios; pero, en relación a la fase de investigación, a la fase previa a ese enjuiciamiento no es tanto un problema de medios. A mi juicio es un tema de cambio de sistema en investigación penal. En mi opinión, debemos prescindir ya de un sistema de instrucción, que tiene más de cien años, concebido para aquella época y que ha prestado un servicio extraordinario a este país. Incluso en aquellas situaciones de peligro y de compromiso de las libertades ciudadanas, la justicia penal española ha

cumplido con una gran dignidad; gracias a una figura, como es el juez de instrucción, que preservaba las garantías de los ciudadanos investigados.

Pero resulta que ese modelo, ahora, no es que no exista en ningún lugar del mundo, es que no existe –o no debería de existir- ni siquiera en nuestro sistema, porque aquella fase previa judicializada para obtener pruebas que luego pudieran servir para el juicio oral... si, al final, el testigo no iba como tal... Ahora, sin embargo, nuestra doctrina es que el testigo tiene que ir a juicio. Por tanto, todo eso se ha vuelto totalmente obsoleto.

Entonces, mientras que no demos el paso a que esa fase de la investigación, no hablo de cambiar al juez instructor por el fiscal investigador, sino de cambiar la instrucción por la investigación. Una fase previa del procedimiento, en la que, quien tiene que sostener la acusación o judicializar el procedimiento, que es el fiscal, no sólo recabe la información, sobre con qué pruebas cuenta y dónde están, que nos dicen los testigos y los documentos, sino que tome la decisión y presente eso al tribunal.

No voy a entrar en esa cuestión, tan debatida, sobre hasta qué punto la Fiscalía es confiable, en este momento, para entregarle esa investigación. Si quieren podemos abrir un debate, pero no quiero aburrirles al respecto, sólo tengo que decir que, como he repetido en multitud de ocasiones, para mí, el Ministerio Fiscal español hoy tiene absolutamente garantizada en la ley su autonomía.

Después, será la persona, la que como fiscal general o como fiscal de la última área de la fiscalía española, quien sea honesto o no. Pero la ley no puede ir más lejos, porque yo tengo garantizado mi puesto, el Gobierno no me puede cesar; por tanto, tengo absoluta autonomía para poder actuar.

Hasta el año 2007 no era así. Algunos recordarán esa anécdota, esa historia que se contaba de que a todos los Consejos de Ministros de cada viernes iba preparado el cese del Fiscal General correspondiente, con nombre y apellidos, porque, dependiendo de lo que hubiera hecho una hora antes, se le podía cesar. Desde el año 2007 no se le puede cesar.

Y en lo que se refiere a la autonomía interna de los fiscales, de la que también tanto se habla, un fiscal es, según nuestro propio estatuto, absolutamente libre de discutir las órdenes de su jefe, y hace poco tiempo hemos tenido ejemplos clarísimos de ello.

Por tanto, la autonomía es, en ese sentido, impecable; que no es independencia, que algunos también confunden. Los fiscales ni pueden, ni

deben, ser independientes porque la propia Constitución dice que los criterios básicos y los principios del Ministerio Público son: la unidad de actuación y el principio de jerarquía. Es necesario que haya esa unidad de actuación para que ese poder difuso que cada juez tiene en su sentencia tenga una institución que intente tener criterios uniformes para dar seguridad jurídica. Y esa es la Fiscalía, esa es su razón de ser.

Por tanto, su sentido, su razón de ser no es la independencia en las decisiones, para eso están los jueces. No es replicar en 2.500 fiscales lo que son 5.500 jueces. El fiscal tiene otra función en la que la jerarquía es muy importante y, además, lo dice la propia Constitución Española de 1978.

Hay otros aspectos también fundamentales: la eficacia y agilidad, con respeto a las garantías. Porque, en este fenómeno de la corrupción, corremos riesgos. En algunos casos podemos estar invadiendo o relegando garantías del ciudadano. Será un señor muy sospechoso de ser corrupto, pero es un ciudadano. Tiene sus derechos y sus garantías, y hay que respetarlas. Desde ese punto de vista, la investigación por los fiscales en el procedimiento de investigación -y no de instrucción-, tiene otra ventaja.

Y es que, frente a ese juez de instrucción -que gestiona la investigación, la dirige e impulsa, a la vez que gestiona las medidas cautelares, incluida la prisión preventiva, y las injerencias en los derechos fundamentales que él mismo se atribuye en la investigación como las intervenciones telefónicas, entradas y registros domiciliarios, etc.-, tengamos un juez de garantías, que es, a mi juicio, la verdadera función: la de velar por las garantías y tutelas de derechos para controlar a ese fiscal que, a su vez, dirige y controla a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Ese es el diseño, y no me lo estoy inventando yo, que ya existe en todos los países del mundo. Nos plantea problemas en reuniones internacionales cuando van nuestros representantes, que no son homologables con los del resto de los países europeos y por extensión en el mundo.

En la Fiscalía esto ya se está haciendo porque, como ya he contado, son las diligencias de investigación que la Fiscalía ya hace. El año pasado fueron más de 5.000 denuncias ante un fiscal y el fiscal investiga, ve con qué pruebas cuenta y judicializa el asunto, o no, dependiendo de que entienda que, para conseguir pruebas, necesita interferir en los derechos fundamentales de un ciudadano.

A mi juicio esa es la manera de combatir la corrupción de verdad, de combatirla con eficacia y, además, con garantías. España es un país que tiene que sentir el orgullo de ser uno de los países con mayores garantías jurídicas, nadie nos supera. Es cierto que los fiscales españoles somos muy garantistas y que a la vez tenemos un importante grado de seguridad ciudadana, ese equilibrio entre garantías policiales y judiciales y seguridad ciudadana.

No nos damos cuenta del tesoro que tenemos los españoles con eso. Es más, un país que ha sabido aguantar 40 años la lacra terrorista, a la banda terrorista ETA, y que ha sido capaz de acabar con ella sólo con el uso del Estado de Derecho, de las leyes... La corrupción, que es un fenómeno cuya gravedad es impresionante, como se ha destacado aquí, y que afecta a la propia credibilidad del sistema, que no nos haga rebajar, ni un ápice las garantías que tenemos y que como dije, como Fiscal General del Estado desde mi primera comparecencia en el Congreso de los Diputados, y recordé, bajo mi jefatura: en lo que yo alcance a saber, no se dirigirán gratuitamente acciones contra nadie, sino contra quien crea o crean los fiscales que realmente existen motivos legales y merecimientos para hacerlo así.

