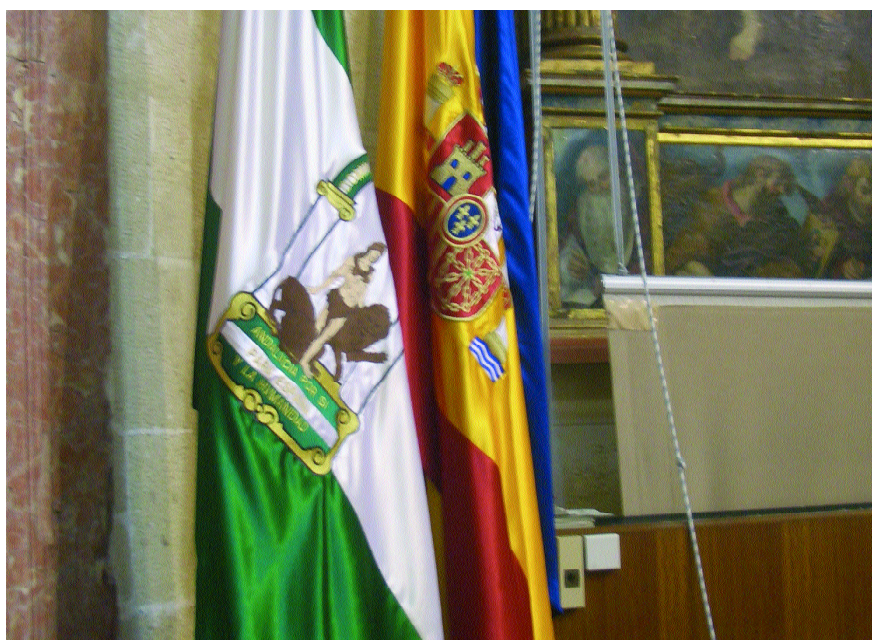


Nueva aproximación a la jurisdicción contable (*Non nova, sed nove*)



El análisis de las decisiones más recientes de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (2004-2005) que, aparte de resoluciones de otro tipo, comprende un conjunto de 56 sentencias, permite extraer una serie de consideraciones generales relativas tanto a su contenido concreto como a su significado y repercusión sobre una gestión financiera desarrollada de acuerdo con los principios y normas que la rigen. Sin perjuicio de atender en otro momento a aquellas consideraciones, es el caso ahora de ocuparse de este significado y repercusión, porque determinados cambios, efectivos o previsibles, y algunos pronunciamientos y apreciaciones de la propia Sala hacen oportuno atender al asunto nuevamente.

La Sala es relativamente proclive a manifestar, *obiter dicta*, opiniones o consideraciones de cierto calado que resultan muy variables, si no directamente contradictorias. Así, su consideración de la propia jurisdicción contable como una de las dos vertientes, juntamente con la fiscalización, de “una única potestad o función de control” (S 18/2004) es, para empezar, contradictoria con la doctrina de la misma Sala en la que se las considera funciones absolutamente distintas (S 11/1998, por ejemplo). Además, dejando al margen la idea de la interpretación coordinada de ambas funciones, que resulta algo confusa, la citada formulación relativa a una función de control unitaria no tiene mucho fundamento, en mi opinión, pues, aunque pretenda engarzar con antecedentes histó-

ricos más o menos claros, no sólo confunde función con potestad sino que también choca directamente con los textos legales aplicables (art. 2 LOTCu) y con las interpretaciones más autorizadas de las normas (especialmente, del TC respecto a la CE y la LOTCu), las cuales mencionan sistemáticamente dos funciones. A lo que debe añadirse, por cierto, que ni la CE, ni la LOTCu, ni la LFTCu recogen, según creo, la palabra control con referencia al Tribunal, salvo aquella primera en lo que hace al control económico y presupuestario de las CC.AA. [art. 153.d)] y, cuando esta última ley la emplea (artículo 29), es refiriéndola a los órganos autonómicos.

Hay, pues, dos funciones independientes: fiscalización (en el supuesto de que no se abriguen dudas sobre la exacta calificación de esta como función pública) y enjuiciamiento, cada una de ellas con las potestades correspondientes. Que sean instrumentos o no del control político o de otras formas de control, como el control social, es un problema que no afecta propiamente al ejercicio y contenido de estas funciones. A cuyo respecto, hay que añadir inmediatamente una importante cuestión que consiste en que el control político de las EE.LL. no corresponde propiamente ni al Parlamento nacional ni a los autonómicos, sino a los respectivos plenos de cada corporación (ver arts. 22.2 y 33.1 LRL y la regulación del ciclo presupuestario en la LRHL), sin perjuicio de facultades concretas que para llevar a cabo determinadas actuaciones correspondan a otros poderes (arts. 51 y 67 LBRL).

Por otro lado, respecto a cada una de tales funciones hay una situación institucional diferente, derivada en gran parte de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 187/1988, 18/1991 y 215/2000); así, mientras que para el ejercicio de la función fiscalizadora hay una pluralidad de organismos: el Tribunal de Cuentas y los órganos autonómicos de control (actualmente hay 13, aunque el de Aragón no está aún en funcionamiento), con la consiguiente dualidad de competencias, estatales y

autonómicas, que la doctrina constitucional reconoce, y que se extiende a la fiscalización de las EE.LL., para el ejercicio de la función de enjuiciamiento, en cambio, únicamente tiene competencia el Tribunal de Cuentas, aunque los órganos autonómicos puedan colaborar en las primeras fases del procedimiento. La doctrina del TC es sobradamente conocida por lo que no es preciso insistir en ella, sin perjuicio de que sea criticable, como luego se verá.

Aquella dualidad respecto al control externo de las EE.LL. es la que también recoge la legislación, cuya muestra más expresiva se encuentra en la LRHL (art. 223), donde se señalan las competencias del TCu, añadiendo posteriormente que estas deben entenderse “sin menoscabo de las facultades que, en materia de fiscalización externa de las entidades locales, tengan atribuidas por sus Estatutos las comunidades autónomas”. Aquí es donde se puede considerar la presencia de novedades, como consecuencia de la aprobación y tramitación de los Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía y Comunidad Valenciana, en los cuales, en general, se configura el correspondiente órgano de fiscalización con competencia sobre todo el sector público respectivo, incluidas las entidades locales, lo que es interpretable como preferencia. Pero no es el caso ahora de atender a esta cuestión.

Lo cierto es que, de hecho, el TCu no fiscaliza el sector autonómico de las CC.AA. que tienen órgano de control, sino que asume los informes que estos realizan sobre la correspondiente Cuenta General. Por otro lado, la fiscalización del TCu sobre las EE.LL. es también muy exigua: teniendo en cuenta exclusivamente informes aprobados, en 2004, se fiscalizaron 3 Ayuntamientos y 1 Ciudad autónoma y, en 2005, 1 Ayuntamiento, 1 Ciudad autónoma, 1 Consorcio y la gestión contractual de la asistencia domiciliaria de las DD.PP. Este ejercicio contenido de la función fiscalizadora sobre la Administración Local, contrasta con el ejercicio de la función de enjuiciamiento: en los mismos años 2004 y 2005, la Sala de Justicia del TCu puso, como se dijo al prin-

cipio, 56 sentencias; excluyendo las que se refieren al denominado ramo de Correos, que son 14, quedan 42, de las que 27 se refieren a responsabilidades contables en el seno de EE.LL. El desequilibrio en el número de actuaciones jurisdiccionales respecto al total de las actuaciones fiscalizadoras es un poderoso indicio de la completa separación que hay, en realidad, entre ambas funciones, lo cual se refuerza si se considera también que muy pocas actuaciones jurisdiccionales (en los dos años referidos no llegan a media docena) tienen como origen la previa elaboración de un informe de fiscalización. Con lo que se contradice también la versión que de sí propio da el Tribunal en ocasiones afirmando que la “jurisdicción contable tiene una particular naturaleza que le confiere un cierto carácter instrumental respecto de la función fiscalizadora en sentido amplio” (S 18/2004, ya citada).

La responsabilidad contable es el concepto nuclear de este sector del ordenamiento. Como es bien sabido, la delimitación de esa categoría ha sido un proceso de años, que arrancó con las deficientísimas reglas de la Ley Orgánica, que ni siquiera contemplaba el dolo o la culpa entre sus elementos, y se concretó más precisamente en la Ley de Funcionamiento, cuyo artículo 49.1 mencionaba ya todos los requisitos generales de la responsabilidad civil extracontractual (acción u omisión dolosa o culposa, daño y relación de causalidad entre una y otro) y los específicos de la contable. Este precepto fijó los mencionados requisitos específicos con las tres expresiones siguientes: (son pretensiones -¿-) “que, desprendiéndose de las cuentas”, (las cuales) “deben rendir cuantos tengan a su cargo el manejo” (de fondos públicos), (cuyas) “acciones u omisiones sean contrarias al régimen presupuestario y de contabilidad”.

Sin perjuicio de reconocer la habilidad de quienes establecieron tal redacción, lo cierto es que deja demasiados elementos pendientes de interpretación para que pueda considerarse que esta es la norma que delimita verdaderamente la noción de responsabilidad contable. No hace falta más que detener-

se en las anteriores expresiones para apreciar que no queda muy claro qué debe “desprenderse” de las cuentas, quiénes son los sujetos del deber de rendir y cómo se delimita un sector del ordenamiento mediante la calificación de que sus normas sean de las “clases” presupuestaria o contable. No estaría muy descaminado quien interpretase que el legislador ha dejado *intencionadamente* confusos estos elementos, con el fin de que la propia Sala y la jurisprudencia los delimitasen *a posteriori*. Bastaría para probarlo el hecho de que la misma ley deja en la más amplia indeterminación el ámbito subjetivo de quienes pueden incurrir en alcance: “ostenten o no la condición de cuentadantes” (artículo 72.1 LFTCU), permitiendo que la Sala configure el denominado “cuentadante ante el Tribunal de Cuentas” (S 23/2005, por ejemplo). Pero inmediatamente hay que preguntarse ¿es aceptable esta fórmula de integración del ordenamiento en nuestro sistema jurídico?

Sea cual sea la respuesta, lo cierto es que la Sala se ha puesto también de manera inmediata a dar contenido, a veces paradójico, a aquellas expresiones, de forma que lo que debe desprenderse de las cuentas no es, como parece deducirse de la expresión legal, la pretensión sino la acción u omisión; los que tienen el deber de rendir no son, como se acaba de decir, los cuentadantes de los que se habla en la legislación presupuestaria; las cuentas son un término que debe interpretarse en sentido amplio, y a fe que así se interpreta, y, por fin, como infracciones de las leyes presupuestarias y de contabilidad tienen cabida las infracciones de normas de cualquier rango y origen, además del hecho de que la infracción de normas presupuestarias o de contabilidad es en sí misma una exigencia muy peculiar, por decirlo con suavidad, por dos razones: en primer lugar, porque el ordenamiento jurídico, como es sabido, no puede compartimentarse a efectos de su aplicación, estando presidido por el principio de unidad y, por eso, no es divisible en sectores más o menos amplios si no es, exclusivamente, a efectos de



su estudio y análisis científico; y, en segundo lugar, porque las normas presupuestarias y de contabilidad son por lo general normas instrumentales o mediales, como las ha calificado la doctrina, por lo que su infracción deriva de ordinario de la infracción de otras normas y basta para comprobarlo el hecho de que la Sala analiza, sea invocando la prejudicialidad o no, normas de todo tipo: laborales, mercantiles, relativas al dominio público, régimen de los funcionarios, etc.

Por tanto, lo primero que se aprecia es una diferencia notable entre el tratamiento de los requisitos generales de la responsabilidad civil (acción u omisión dolosa o culposa, daño y relación de causalidad), cuyo manejo por la Sala es jurídicamente riguroso, como no podía ser de otro modo, y una amplia relajación de criterios en el tratamiento de los requisitos específicos de la responsabilidad contable. Lo cual declara la Sala paladinamente, pues, ante el alegato de parte de que no estaban presentes todos los requisitos de aquella en un caso determinado, recuerda con intimidante jactancia que es ella misma “la que los ha configurado” (S 23/2005). Habiéndose celebrado en 2005, con ostensible participación del Tribunal, el IV Centenario del Quijote, podría haberse reparado un tanto en lo que se llama allí la “ley del encaje”.

Sin perjuicio de lo cual, se perciben en esta concepción resquicios de la función represiva que está implícita en toda esta conjunción de elementos, en los cuales, por cierto, convenía la propia Sala hasta mediados de los noventa (la presunción de inocencia se extiende al “campo de cualquier resolución administrativa como jurisdicción(al) (*sic*) que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos” —S 30/1993—) y de la cual ha participado también en algún caso el Tribunal Supremo (STS 27.2.2004). La diferencia que supone para algunos el sometimiento a un proceso con estas características ¿es discriminatoria? La vieja y clara doctrina de los anti-guos procesalistas (“la jurisdicción es ordinaria o especial. Es ordinaria la atribuida a jueces y tribunales ordinarios; especial la atribuida a jueces y tribunales especiales”) podría servir a la argumentación del carácter discriminatorio de la propia jurisdicción contable en sí misma y, aunque se conviniera en que tal discriminación es constitucional, nada impide considerar que esa diferencia es el núcleo de una específica reacción represiva del ordenamiento jurídico que permitiría acarrear a este campo los derechos y garantías propios del Derecho sancionador. Para ello, por otra parte, hay algunos otros

argumentos en la propia ordenación de los procedimientos y trámites del enjuiciamiento contable, aunque no es este el momento de entrar en ellos.

También podría pensarse que esta orientación coadyuva a la deslegitimación de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, pero el cuestionamiento de la legitimidad del enjuiciamiento contable se ha cortado de raíz y con inusitado rigor, como se sabe, por el Tribunal Constitucional, quien ha terminado por concluir que lo “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” (STC 215/2000), a pesar de que, estando claro el *genus proximum* de la responsabilidad contable como responsabilidad civil, ya se ha visto la escasa consistencia de las *differrentiae specificae* que apoyan tal especialidad del proceso. Y, en todo caso, como se ha tenido ocasión de exponer hace ya algún tiempo, la interpretación del término jurisdicción exclusivamente como función jurisdiccional, basándose en que “en todos los supuestos en los que la Constitución de 1978 emplea el término «jurisdicción» o sus derivados [arts. 53.3; 117.3 y 5; 123.1; 152.1, segundo párrafo y 153 c)] lo hace por referencia a órganos que ejercen funciones jurisdiccionales”, no deja de ser otra forma habilidosa –y cabrían calificaciones más expresivas– de pretender que dicho término sólo tiene ese sentido, cuando no es así ni siquiera en la propia CE –véase el artículo 123.2– ni tampoco en la LOTCU –véase el artículo 1.2–. No es necesario insistir en que los términos connotan por referencia y, en sí mismos, denotan, es decir, significan una o varias cosas, ni en que, por otro lado, la palabra “jurisdicción”, en sí misma, sin referencia a ninguna otra cosa, contiene hasta seis acepciones distintas en el DRAE, entre las cuales están las dos en las que la usa la CE.

Por tanto, se afronta una situación en la que el juez constitucional se ha hecho dueño de las reglas, de manera que ni siquiera el legislador puede interpretar la palabra “jurisdicción” del artículo 136 de la CE más que como función jurisdiccional *stricto sensu*, con

lo cual mientras no se cambie esa interpretación, la promulgación de normas que supusieran una interpretación distinta sería condenarlas a la inconstitucionalidad e incluso, paradójicamente, podría considerarse inconstitucional el artículo 1.2 de la actual LOTCu, en el que el término jurisdicción, estando referido a un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales, no significa “función jurisdiccional”.

Pero algún cambio se percibe cada vez más como necesario. No se trata ya de cuestionar la eficacia directa o indirecta que respecto a la protección de los fondos públicos quepa atribuir a la jurisdicción contable. El problema es si llega a constituir realmente un instrumento de alguna utilidad actual. Quizá la piedra de toque en este sentido pueda deducirse de una expresión del mismo Tribunal Supremo, para quien “la mala gestión de los fondos públicos no genera responsabilidad contable” (STS 16.7.2001). La rigurosa certidumbre de esta afirmación no puede ser más inquietante. Recuerda en cierta forma, haciendo un paralelismo con el campo tributario, a cuyo cultivo es tan proclive la propia Sala de Justicia, los tiempos en que la gestión de los ingresos públicos estaba orientada por el único objetivo de la percepción de la cuotas tributarias, de manera que el aparato represivo y sancionador castigaba las conductas directamente defraudatorias pero, en muy escasa medida, el incumplimiento de los deberes formales que suministraban la información para obtener aquellas.

Esta parece igualmente la orientación profunda del enjuiciamiento contable: establezcamos un aparato cuyo instrumental consiga el máximo rigor con un número más o menos amplio de alcances, independientemente de la cuantía de estos –recuérdese que entre un 40 y 50 por ciento de los casos que llegan a la Sala de Justicia no supera 15.000 €–, aunque la legalidad, la transparencia y las buenas prácticas de la gestión presupuestaria y contable se dejan bajo la tutela (¿?) de otros.

Pero el asunto no queda aquí, puesto que la reacción del ordenamiento reputada como más

rotunda y exigente, como se reputa el enjuiciamiento contable, no determina ninguna responsabilidad por la desorganización o las ilegalidades e irregularidades que se hayan podido apreciar en el caso, origine o no una condena al reintegro. El resultado es que éstas quedan sin ninguna relevancia, como si no hubieran existido, y permitiendo además, cuando no hay condena, la consideración subjetiva del demandado como vencedor en juicio. El caso más claro sería el de la absoluta falta de rendición de las cuentas, pero hay otros varios ejemplos, muchos de los cuales los ofrece la propia doctrina de la Sala de Justicia (12/2005 y 21/2005, por poner algunos). Es decir, la exigencia jurisdiccional de la responsabilidad contable es, en muchos de los casos, haya o no condena del o los demandados, una legitimación de la ilegalidad, sobre todo, de la que tiene por objeto la normativa presupuestaria y contable. Y aunque esto tiene su origen en diversas causas, entre ellas está sin duda la misma complejidad de las exigencias para que exista responsabilidad contable y enjuiciarla.

En cualquier caso, queda de manifiesto la irrelevancia de la jurisdicción contable para la mejora de

la gestión pública, cuando no su función de cobertura de las prácticas menos rigurosas, económicas y eficientes, en lo que seguramente responde a su tradición del pasado siglo XX, como parecía ser la aspiración de algunos. Y es que, en definitiva, una institución que corresponde a un determinado momento histórico del desarrollo de la actividad económica general, y de la actividad financiera en particular, puede devenir inútil y, además, contraproducente en momentos históricos muy distintos.

La transparencia de la gestión y la responsabilidad de los gestores públicos tiene que basarse ya en instrumentos más actuales y, sin perjuicio de los controles que deban existir, sería bueno empezar por exigir rigurosamente la aplicación de las normas presupuestarias y contables vigentes, según la orientación que ya se desprende de la Ley General de Subvenciones, por ejemplo, y extraer consecuencias de su incumplimiento, tanto para la cuantía de los programas presupuestarios, como para sus elementos y para sus gestores, incluyendo, como es lógico, la remoción del correspondiente cargo. Con ello, por otra parte, habría alguna mayor equiparación con el sector privado de nuestra economía.