

Olayo E. González Soler
Fiscal Emérito

Reflexiones sobre la reforma de la jurisdicción contable

RESUMEN/ABSTRACT:

La importancia de las competencias que la Constitución atribuye al Tribunal de Cuentas y, por extensión y en la medida en que sea posible, a los OCEX, para la consolidación del estado de derecho, aconsejan revisar su regulación con la finalidad de mejorar la calidad normativa de nuestro modelo de control externo, de suerte que, dentro de los límites constitucionales, se revitalice tanto el funcionamiento interno del propio Tribunal como el ejercicio de sus funciones de fiscalización y de enjuiciamiento. A tal efecto se propone que las competencias gubernativas y fiscalizadoras se residencien en los órganos que, por su propia naturaleza, son los más idóneos para su ejercicio, con lo que se aumentaría la eficacia del Tribunal sin merma alguna de su competencia. Por su parte, la regulación del ejercicio de las competencias jurisdiccionales debe modificarse para incrementar su independencia y extender la actuación del control de dicha clase.

The importance of the powers that the Constitution grants to the Court of Auditors, and by extension and as much as possible, to external audit bodies, in order to consolidate the rule of law, makes it advisable to revise regulation in order to improve the regulatory quality of our model of external control, in such a way that, within constitutional limits, the internal functioning of the Court itself is revitalised, along with the executing of its auditing and prosecution roles. To this effect, it is proposed that the governance and auditing capacities should be housed in the bodies that, due to their very nature, are the most suitable for carrying out the roles. This would increase the efficiency of the Court without reducing its powers at all. In turn, regulation of the jurisdictional powers should be modified in order to increase the level of independence and extend control over the aforementioned area.

TRIBUNAL DE CUENTAS, COMPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN, COMPETENCIAS, PROCEDIMIENTOS
COURT OF AUDITORS, COMPOSITION, ORGANISATION, RESPONSIBILITIES, PROCEEDINGS

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

I.-INTRODUCCIÓN

Después de casi nueve años al frente de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, casi obligado resulta poner por escrito algunas reflexiones que, a lo largo de dicho periodo de tiempo, se han ido sedimentando a la luz de la actuación del propio Tribunal, reflexiones que se realizan con el propósito de contribuir a su revitalización porque, no puedo dejar de proclamarlo así, es una institución que, como todas las que desenvuelven su actividad en el ámbito del control externo, puede contribuir poderosamente a la consolidación del estado de derecho, en la medida en la que sus informes sobre la actividad económico-financiera del sector público permiten al gobierno conocer la calidad de la gestión de los fondos públicos y, en consecuencia, corregir las desviaciones que se observen, y a la oposición ejercer el control de la actuación del gobierno.

Antes de abordar su exposición me parece necesario reiterar desde el principio que todas ellas parten de un presupuesto, cual es la necesidad de pervivencia de lo que se puede denominar el modelo español de control externo de la actividad económico-financiera del sector público, de cuya constitucionalización no puede caber duda alguna.

En efecto, nuestra Constitución, prosiguiendo la tradición patria, mantiene que el TCu es un órgano constitucional¹, proclamando en su art. 136.1 que “el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público”, condición ésta de supremo órgano fiscalizador que igualmente se reitera en el art. 153 d) CE al atribuirle el control económico y presupuestario de las CCAA.

Por su parte, el art. 136.2 CE, después de disponer que las cuentas del sector público estatal serán censuradas por el TCu, añade que éste, “sin perjuicio de su propia jurisdicción”, remitirá a las Cortes, de las que depende directamente (art. 136.1 CE), un informe anual en el que, cuando proceda, se harán constar “las infracciones o responsabilidades” descubiertas en la gestión.

Pero la CE introduce una novedad en la regulación del TCu, puesto que, a partir de su desarrollo normativo, las funciones que hasta entonces habían venido sien-

do desempeñadas por los Fiscales del TCu (que era uno de los Cuerpos de funcionarios que, por estar integrado en la estructura del Tribunal, dependían de sus órganos de gobierno), pasan a ser encomendadas al MF, cuya autonomía funcional, tanto de los órganos de gobierno del Tribunal como de cualesquiera otros, está proclamada en nuestro texto constitucional, en donde igualmente se consagra que su actuación se sujetará a los principios de legalidad e imparcialidad (Art. 124 CE).

El análisis del marco constitucional del TCu que se deja expresado permite asegurar que estamos en presencia de un modelo de control caracterizado fundamentalmente por dos notas: complejidad y compulsividad.

La complejidad de nuestro modelo de control externo radica, en primer lugar, en que comprende dos grandes funciones, denominadas de fiscalización y de enjuiciamiento, cuyo objeto lo constituyen, respectivamente, la verificación de la actividad económico-financiera de las entidades que integran el Sector público, en cuya realización el TCu es supremo pero no único, porque a la misma concurren también los órganos de control externo de algunas CCAA, y la exigencia de las responsabilidades contables de las que se tenga conocimiento, en cuya sustanciación el TCu es único pero no supremo, porque dicha condición la ostenta el TS².

Y es que, y ésta es la segunda de las razones por las que se predica la complejidad de nuestro modelo de control externo, está previsto en muchos de los Estatutos de Autonomía que el ejercicio de funciones fiscalizadoras en el ámbito autonómico sea llevado a cabo por órganos distintos del TCu, órganos que existen todavía en doce CCAA y que, con una u otra denominación³, son conocidos con el acrónimo OCEX⁴.

Si a lo expresado se añade que el MF debe promover la exigencia de responsabilidad contable con autonomía y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, resulta patente la complejidad de nuestro modelo de control externo, tanto por razón de las funciones que le están encomendadas como por razón de los órganos que las deben llevar a cabo.

Pero, antes se decía también, que la compulsividad es otra característica de nuestro modelo de control externo, compulsividad que se manifiesta, en primer lu-

¹ Sobre la condición del TCu de órgano constitucional o de órgano con relevancia constitucional puede consultarse M. Sueiras Pascual, Aproximación al Tribunal de Cuentas: Naturaleza, Funciones y Organización Interna, en El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y Enjuiciamiento, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, págs. 24-26.

² Cfr. STC 18/1991.

³ Las CC AA que mantienen en su organización un sistema de control externo y las denominaciones oficiales utilizadas son las siguientes: Sindicatura de Cuentas, en Baleares, Cataluña, Asturias y la Comunidad Valenciana; Consejo de Cuentas en Castilla y León y Galicia; Cámara de Cuentas, en Andalucía, Aragón y Madrid; Cámara de Comptos, en Navarra; Tribunal de Cuentas, en el País Vasco y Audiencia de Cuentas en Canarias.

⁴ La consideración que para los poderes ejecutivo y legislativo autonómicos merecen los OCEX se ha puesto de manifiesto en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en donde durante la pasada legislatura se acordó la supresión de su Sindicatura de Cuentas, cuyo restablecimiento ha sido anunciado que tendrá lugar durante la presente.

gar, en que el Tribunal de Cuentas, 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 (art. 136.2 CE); en segundo lugar, en que dicho informe o memoria anual se extenderá, además, a la fiscalización de la gestión económica del Estado y del sector público, poniendo de manifiesto la observancia de la Constitución, de las Leyes reguladoras de los ingresos y gastos del sector público y, en general, de las normas que afecten a la actividad económico-financiera del mismo (art. 13.1 LOTCu); en tercer lugar, en que se deben reflejar, en los documentos en los se plasme el ejercicio de la función fiscalizadora, “cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares (el TCu) haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiere incurrido y de las medidas para exigirla” (art. 12.2 LOTCu) así como cuantas medidas considere adecuadas para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público (art. 14.1 LOTCu).

Y, sobre todo, la compulsividad del sistema de control se fundamenta en que comprende en su seno el ejercicio de la función de enjuiciamiento, cuyo ejercicio no lo comparte con los OCEX, aunque tampoco sean ejercidas por el TCu con carácter exclusivo y excluyente porque, con independencia de la doble vía que se consagra en nuestro ordenamiento para la exigencia de la responsabilidad contable⁵, las SSTCu son, en algunos casos, susceptibles de recurso de casación ante el TS, procedimiento este que ha sido el utilizado también en otros ámbitos jurisdiccionales para compatibilizar el principio de unidad jurisdiccional que se proclama en la CE (art. 117.5) con alguna especialidad jurisdiccional subsistente, como la Jurisdicción Militar.

El ejercicio de tal función de enjuiciamiento, que se puede traducir en la obligación de resarcir el menoscabo

sufrido por los caudales públicos, cualesquiera sean las reservas que puedan sustentarse al respecto⁶, es de naturaleza jurisdiccional por las siguientes razones:

1^a) Uno de los dos órganos a través de los cuales se desarrolla dicha función es el TS, cuya condición de órgano jurisdiccional es indudable. El otro es el TCu, que, con independencia de que no esté integrado en el Poder Judicial, goza de las cualidades propias de los órganos jurisdiccionales: independencia e imparcialidad.

La independencia se predica del TCu por estar sometido en su actuación únicamente al imperio de la ley (art. 5 LOTCu), porque tiene competencia exclusiva para regular su propio funcionamiento (art. 3.f, k, m, ñ y o LFTCu), porque sus componentes gozan de inamovilidad durante el tiempo que desempeñan sus funciones (art. 30.2 LOTCu) y, finalmente, porque el Tribunal tiene autonomía presupuestaria y funcional, puesto que, por una parte, el Pleno tiene competencia para la aprobación del Anteproyecto de su presupuesto para su integración en los Presupuestos Generales del Estado así como para la de las relaciones de puestos de trabajo y ofertas de empleo público (art. 3h y n LFTCu) y, por otra parte, salvo para la elaboración de la Declaración sobre la Cuenta General del Estado, en la que el TCu actúa por delegación de las Cortes Generales (art. 10 LOTCu), en todas las demás actuaciones el Tribunal es plenamente independiente.

La imparcialidad del TCu se sustenta en que sus miembros están sujetos al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los Jueces y Magistrados en la LOPJ (art. 33.1 LOTCu).

2^a) La referida función se actúa a través de un proceso (art. 25 LOTCu) en el que las partes mantienen en pie

⁵ Un somero análisis del Tít. VII LGP pone de relieve que la responsabilidad contable es susceptible de ser exigida en vía administrativa o en vía jurisdiccional. Igual ocurre en materia de subvenciones. El examen conjunto de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre y de la LFTCu permite concluir que las deficiencias en la justificación de las subvenciones pueden dar lugar a la incoación del procedimiento administrativo correspondiente o, en su caso, a la exigencia de responsabilidad contable ante el TCu. Pues bien, ni una ni otra regulación establecen el carácter subsidiario de la responsabilidad contable y, por consiguiente, el de la actuación de la JC ante la que se exige. Antes al contrario, si se analiza el art. 41 LOTCu se llega a la conclusión opuesta, puesto que, sin perjuicio de que las resoluciones que dicten las autoridades administrativas declarando la existencia de responsabilidades contables sean susceptibles de recurso ante el TCu, dichas autoridades tienen obligación de comunicar al Tribunal la incoación de los expedientes encaminados a su exigencia para que decida si avoca para sí o no su conocimiento. Sin embargo, creo que en la práctica se ha consagrado la subsidiariedad de la actuación jurisdiccional del TCu por el reiterado incumplimiento que se observa en la práctica de los arts. 180 y 182 LGP, por una parte y, por otra, por la tolerancia de la práctica consistente en no promover la exigencia de responsabilidad contable por las deficiencias de justificación de las subvenciones hasta tanto no se verifica la inactividad o la ineficiencia administrativa para exigir su devolución. Muy posiblemente esta práctica sea acertada y no convenga poner en marcha un proceso ante la JC hasta constatare la imposibilidad de que la Administración recobre el importe de las cantidades alcanzadas, malversadas o cuyo destino subvencional haya sido deficientemente justificado. Pero, en principio, me parece reprobable por razones, que, en mi opinión, no son desdeñables. Si el TCu ejerce una potestad jurisdiccional, ello entraña una manifestación de la soberanía estatal, que no puede subordinarse (salvo que el Estado así lo disponga en el ejercicio de la potestad legislativa, y ya se ha visto que no lo dispone) a la verificación de la inactividad o de la ineficiencia de la Administración. Es como, por poner un ejemplo, si se propugnara que un Juzgado de Instrucción, o cualquier otro órgano de la JP, no pudiera actuar hasta que se hubiera constatado la inactividad o la ineficiencia de la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La soberanía que caracteriza el ejercicio de la jurisdicción no tolera subordinaciones en su ejercicio porque la jurisdicción es el poder del Estado encargado de decir el derecho y la sumisión a éste, que es una de las notas caracterizadoras de los modernos estados de derecho, únicamente se cumple cuando dicho poder se ejerce sin cortapisas de ningún tipo.

⁶ Cfr. La pretendida jurisdicción del Tribunal de Cuentas, de C. Albiñana García Quintana, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 17, Madrid, 1983. Una exposición de la polémica sobre la naturaleza de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas puede verse en “La Jurisdicción del Tribunal de Cuentas”, de C. Cubillo Rodríguez. Granada 1999, págs. 52 a 60.

de igualdad sus pretensiones, que son resueltas mediante la aplicación de normas jurídicas positivas.

- 3ª) En la resolución que pone fin al proceso se puede imponer la realización de una prestación consistente en el pago de una cantidad de dinero, cuyo cumplimiento, en el caso de que no sea realizado voluntariamente, puede obtenerse a través de los medios previstos en nuestro ordenamiento jurídico para tales casos (arts. 46-49 LOTCu y 41-74 LFTCu).
- 4ª) Por lo demás, la doctrina constitucional⁷ es unánime en el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional de la función del enjuiciamiento contable atribuida al TCu, si bien la misma debe ser restrictivamente interpretada para hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que se proclama en el art. 117 CE, como enseña el TS⁸.

A parecida conclusión llega el prof. Gimeno Sendra⁹ y no solamente desde una perspectiva teórica, sino a la vista de las actuaciones del TCu.

Parece, pues, que puede afirmarse sin duda de clase alguna que la exigencia de responsabilidad contable entraña el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que es uno de los poderes en los que encarna la soberanía estatal (art. 15.1 LOTCu).

No es solamente la naturaleza de la potestad lo que constituye el fundamento que permite defender su mantenimiento. Su ejercicio en la práctica proporciona también argumentos que los justifica, si se atiende a sus resultados, ya que, con independencia de la eficacia disuasoria que se le pueda atribuir, ha sido el cauce a través del cual se ha producido el reintegro al Tesoro público de cantidades que, en los años 2012, 2013 y 2014, han ascendido a 2.998.558'07, 8.882.720 y 7.139.987,75 euros respectivamente, como puede leerse en las Memorias de la Fiscalía del TCu correspondientes a los años citados.

Si, además, se toma en consideración que en el último de los años citados la cuantía de una sola de las pretensiones planteadas ascendió a más de 2.500.000 euros, puede concluirse que la JC ha dejado de ser la “jurisdicción de los carteros” para “adaptarse” desgraciadamente a la calidad de la gestión de los fondos públicos, que se pone de manifiesto en las actuaciones policiales y judiciales de las que se hacen eco los medios de comunicación.

Analizada la actividad de la JC desde la perspectiva del número de procedimientos de todas clases que se tramitan ante la misma, los resultados de los cinco últimos años, son los que se expresan a continuación:

| ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DEL TCu | | | | | | | |
|----------------------------------|-----|---|-----|---|-----|---|-----|
| AÑO | D | P | A | P | P | R | S |
| 2010 | 310 | | 230 | | 183 | | 234 |
| 2011 | 341 | | 316 | | 239 | | 247 |
| 2012 | 357 | | 284 | | 262 | | 345 |
| 2013 | 410 | | 246 | | 363 | | 333 |
| 2014 | 434 | | 300 | | 331 | | 321 |

La comparación entre la actividad jurisdiccional que se viene desarrollando ante la JC y los resultados prácticos que de la misma se derivan en forma de sentencia, invita a reflexionar sobre las modificaciones que deberían efectuarse en su regulación normativa, reflexiones que se explayan a continuación agrupándolas en dos categorías: reformas orgánicas y reformas procesales.

II.- REFORMAS ORGÁNICAS

Las reformas de esta naturaleza deben afectar tanto al Pleno del Tribunal como a las Secciones de Fiscalización y de Enjuiciamiento, que son los órganos esenciales en los que el mismo se estructura en la actualidad.

Por lo que respecta al Pleno, si es que se opta por mantener intacta su actual composición integrada por 12 Consejeros y el Fiscal Jefe (opción que no se comparte porque la eficacia de la institución no depende tanto del número de Consejeros que la integran, sino del número y de la calidad de sus técnicos), debe sufrir una profunda modificación en sus competencias y en su funcionamiento.

Pero antes de su exposición no se debe pasar por alto la necesidad de reclamar que el procedimiento de designación de los miembros del Pleno se objetive con el mayor rigor posible y se cumpla con pulcritud exquisita. Ello contribuirá poderosamente a conseguir que cambie

⁷ Cfr. SSTC 187/1988, 18/1991, 215/2000, 126/2011 y 185/2012 y ATC 312/1996.

⁸ Cfr. SSTS de 13 de julio de 2008 y de 18 de enero y 28 de noviembre de 2012.

⁹ El Tribunal de Cuentas y el derecho a un proceso con todas las garantías, Diario La Ley, Nº 8379, de 17 de septiembre de 2014, Año XXXV.

la opinión actualmente existente sobre la vinculación de los Consejeros designados con la formación política cuyo Grupo Parlamentario propone su designación.

En mi opinión se debe prescindir de fijar cuotas a los Grupos Parlamentarios en función de los resultados electorales o de que sean tales Grupos quienes monopolicen la presentación de propuestas cerradas, propuestas que, en último término, para ser sometidas a la aprobación de las Cámaras legislativas, deben ir precedidas de una comparecencia de los candidatos, debiendo de, además de obtener una mayoría cualificada para su aprobación, establecerse libertad de voto para los integrantes de los Grupos parlamentarios.

En todo caso resulta inadmisibles que si, conforme al procedimiento de designación actualmente vigente, las Cámaras legislativas eligen a los Consejeros y son éstos quienes eligen, de entre ellos mismos, a los órganos de gobierno del Tribunal, se conozca la identidad de los componentes de dichos órganos de gobierno o, al menos, de su Presidente, desde el momento mismo de la adopción del acuerdo parlamentario de designación de Consejeros y antes de que los mismos hayan tomado posesión de sus cargos y hayan podido, en consecuencia, efectuar la elección que les compete.

Por lo que respecta a la modificación de las competencias y funcionamiento del Pleno hay que poner de relieve que su régimen de gobierno debe residenciarse de manera exclusiva en el Presidente y en la Comisión de Gobierno, porque su atribución al Pleno, aunque sea en la forma limitada en la que lo está en la actualidad, lleva consigo que las decisiones se adopten con demora, lo que interfiere en su funcionamiento, ya que no siempre resulta posible reunir a todos sus miembros con la frecuencia que requiere la adopción de decisiones en cuestiones gubernativas, siendo necesario, además, establecer con claridad que en el ejercicio de tales competencias gubernativas, singularmente las que se atribuyan al Presidente, éste no sea, con respecto a los demás Consejeros, un "primus inter pares".

De esa manera se evitaría que, como puede acontecer en la actualidad, el TCu sea un órgano con doce presidentes, cada uno de los cuales dirige el Departamento del que es titular con criterios propios, resultando extraordinariamente complejo establecer criterios comunes a los que deba ajustarse el funcionamiento de la institución y mucho más complejo aún exigir su cumplimiento, en el caso de que fuera posible su establecimiento.

Por lo que respecta a la Sección de Fiscalización, deben reforzarse sus competencias en detrimento de las del Pleno, tal y como se expone a continuación.

En el régimen actualmente vigente la aprobación de los IF está sometida a un procedimiento que da lugar a que se produzcan dilaciones, no solamente por la necesidad de dar cumplimiento al principio de contradicción que inspira su regulación, sino también porque los Consejeros que integran la Sección de Fiscalización son meros ponentes de un Proyecto de Informe cuya aprobación requiere, en primer lugar, que se someta al denominado trámite de observaciones de los demás componentes del Pleno, que se sustancia por escrito, y, posteriormente, al conocimiento de la Sección de Fiscalización. Solamente cuando tales trámites se han cumplido el Proyecto puede ser sometido a la aprobación del Pleno del TCu.

Si se toma en consideración que, en la práctica, tanto la Sección de Fiscalización como el Pleno del TCu celebran una reunión mensual destinada al ejercicio de tales competencias de aprobación de los IF, se comprenderá que no se dice gratuitamente que la aprobación de los IF está sometida a una tramitación que, por sí misma, dilata su aprobación.

Tales inconvenientes podrían salvarse, en mi opinión, si se modificara la regulación vigente atribuyendo la competencia para la aprobación de los IF tanto a los propios Departamentos fiscalizadores como a la Sección de Fiscalización tal y como se expone a continuación.

En primer lugar sería necesario introducir en la organización y en el procedimiento de trabajo de cada Departamento fiscalizador la necesidad de la existencia de un órgano que, bajo la presidencia del Consejero correspondiente y con el reconocimiento de voz y voto al Director Técnico del mismo y al Jefe de Equipo correspondiente, tuviese competencia para la aprobación de IF.

En segundo lugar, reconocida tal competencia, y convenientemente garantizada la independencia de todos cuantos deben participar en su ejercicio, la aprobación de los IF en cuya tramitación no se hubiese producido discrepancia alguna correspondería al Departamento encargado de su elaboración, atribuyéndose tal competencia a la Sección de Fiscalización cuando surgiesen tales discrepancias.

En consecuencia, en el ámbito de la fiscalización las competencias del Pleno, en su actual composición, deben reducirse a la aprobación del Programa Anual de Fiscalizaciones y a la de sus eventuales modificaciones, pudiendo tal vez atribuirse también al Pleno la aprobación de la Cuenta General del Estado por razón de su importancia y, sobre todo, por razón de su naturaleza, dado que en la actual regulación se dice que en la aprobación de dicho IF el Pleno actúa por delegación del Gobierno.

Tal modificación comportaría, además, otras ventajas, cuales son, por una parte, la de la eliminación del riesgo que supone para la imparcialidad de los Consejeros de Enjuiciamiento, entrar en contacto con los ilícitos contables previamente a que se promueva la exigencia de la responsabilidad contable que de los mismos se pueda derivar y, por otra, la de potenciar la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de sus competencias fiscalizadoras por parte del TCu.

El ejercicio de la función jurisdiccional debe residenciarse, como lo está en la actualidad, exclusivamente en la Sección de Enjuiciamiento, sin que el Pleno pueda ejercer competencia alguna en atención a la naturaleza de la función.

Pero como, en la regulación actual, la acción para exigir responsabilidad contable es pública, su ejercicio debe atribuirse, de acuerdo con los parámetros constitucionales, tanto a los actores públicos que lo deseen como al MF.

La regulación del ejercicio de la acción popular para la exigencia de responsabilidad contable parece satisfactoria, tal y como está concebida en la actualidad, lo que no acontece con la regulación del ejercicio de la acción por parte del MF.

Basta con examinar la RPT para concluir la necesidad de la reforma que se propone. En efecto, la plantilla de la Fiscalía del TCu está compuesta por cinco Fiscales y en su Secretaría cuenta con dos puestos de personal técnico, otros tres de personal eventual y cuatro de personal auxiliar.

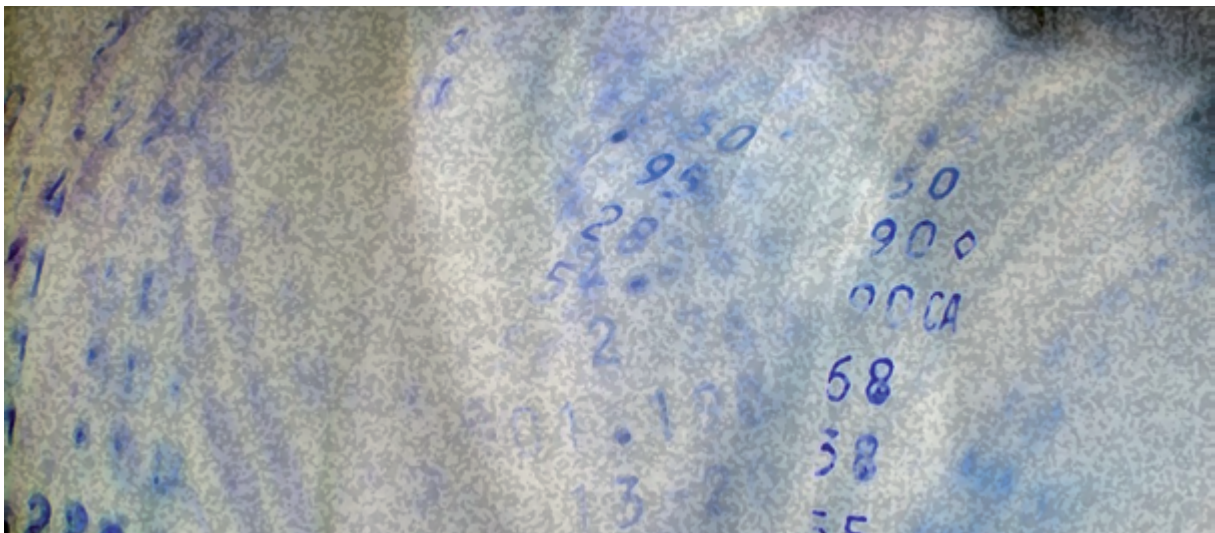
Semejante dotación es insuficiente, absolutamente insuficiente, para que pueda llevar a cabo sus cometidos con un mínimo grado de eficacia. Piénsese que, además del ejercicio de la acción contable en su fase procesal estrictamente hablando, debe, por una parte, de intervenir

en la tramitación de todos los procedimientos fiscalizadores, ya que el Fiscal Jefe forma parte, con voz y voto, del Pleno del TCu. Y, por otra parte, debe encontrar la existencia de indicios de los ilícitos contables en los IF, tanto en los que aprueba el TCu como en los que aprueban los OCEX y, además, tiene también que averiguar la existencia de tales ilícitos en las actuaciones que, al amparo del art. 5 EOMF, se practican cuando, de oficio o a instancia de parte, se incoan Diligencias Pre-Procesales para investigar la trascendencia que, desde la perspectiva jurídico-contable, puedan tener las deficiencias o las irregularidades en la gestión de los fondos públicos de las que se tiene conocimiento a través de los cauces anteriormente indicados.

En consecuencia, al servicio de la Fiscalía del TCu debe ponerse la infraestructura necesaria para que, bajo su dirección, se pueda asegurar el cumplimiento de los fines que justifican la existencia de la JC en consonancia con las reformas procesales que se analizarán posteriormente.

De esta manera se desapoderaría a los Consejeros de Enjuiciamiento del ejercicio de oficio de la acción para exigir responsabilidad contable para trasladarlo al MF, desapoderamiento más simbólico que real porque en la práctica aquéllos no lo vienen ejerciendo.

En resumen, lo que se propone es, por una parte, concentrar en órganos de gobierno poco numerosos y, por tanto, de funcionamiento ágil, el gobierno del Tribunal y, por otra, residenciar en las Secciones de Fiscalización y de Enjuiciamiento el ejercicio respectivo de las competencias fiscalizadoras y jurisdiccionales, desapoderando al Pleno de las primeras porque la presencia en el mismo tanto de los Consejeros de la Sección de Enjuiciamiento como del Ministerio Fiscal puede originar el riesgo de pérdida de la imparcialidad objetiva con



la que debe ejercerse la potestad jurisdiccional, ya que los IF son una fuente importante de descubrimiento de los ilícitos contables, con los que, sobre todo, los Consejeros de Enjuiciamiento, entran en contacto durante la aprobación de aquéllos, de suerte que, cuando se produce su judicialización, ya han podido formar opinión sobre su trascendencia jurídica.

Además, como durante el ejercicio de la función fiscalizadora no es dable conocer, en atención a su propia naturaleza, todos los elementos configuradores de la existencia de responsabilidad contable, debe completarse su investigación atribuyéndola al MF, y no a la propia Sección de Enjuiciamiento como hasta ahora ocurre, justamente para evitar que se pueda producir la contaminación objetiva que ponga en riesgo la imparcialidad de aquélla.

III.- REFORMAS PROCESALES

Las modificaciones de la regulación procesal más peyorativas afectan, en primer lugar, a la necesidad de reducir a un solo proceso los dos actualmente existentes, con independencia de que pueda configurarse o no una sola categoría de ilícito contable y, además, a que su regulación se lleve a cabo de manera completa en la propia legislación reguladora del funcionamiento del Tribunal, prescindiendo así del complejo panorama normativo actualmente existente, que solo produce inseguridad jurídica.

En segundo lugar, resulta necesario, en mi opinión, ampliar la legitimación pasiva, de suerte que la acción para exigir responsabilidad contable pueda ejercitarse no solamente contra los cuentadantes, sino también contra quienes colaboran con los mismos en la realización del ilícito. Es la necesidad de reforzar la protección de los caudales públicos y de evitar contradicciones con pronunciamientos de otros órdenes jurisdiccionales lo que subyace a esta propuesta de reforma porque, conocedor el cuentadante de que solamente su responsabilidad es la que está en juego, se le está estimulando a que busque la colaboración de terceros no cuentadantes para la realización del ilícito, cuyos beneficios, incorporados al patrimonio de éstos, difícilmente serán reintegrados a la Hacienda Pública.

Finalmente, es imprescindible atribuir al Ministerio Fiscal el ejercicio de oficio de la acción para la exigencia de responsabilidad contable, lo que comporta, como se dijo con anterioridad, poner bajo su dependencia el conjunto de funcionarios a los que en la actualidad se les encomienda en la ley la investigación de los ilícitos contables, que son los denominados DI, dependientes en la actualidad de la Presidencia de la Sección de Enjuiciamiento.

La justificación de la necesidad de dicha propuesta de reforma puede hacerse desde distintas perspectivas.

En primer lugar, por impedir la contaminación objetiva que puede producirse con el régimen vigente al tiempo que por facilitar el ejercicio de la acción al órgano en que, por imperativo constitucional, el mismo debe residenciarse, preservando a los Consejeros de Enjuiciamiento del contacto con los ilícitos contables antes de la iniciación del proceso.

En segundo lugar, porque resulta necesario eliminar de la regulación normativa del funcionamiento del TCU que pueda participar en la exigencia de responsabilidad contable cualquier funcionario de la Administración Pública que sea designado para intervenir en un caso concreto (art. 26.2 LOTCu).

En tercer lugar, porque resulta necesario también modificar profundamente la “ratio” de la regulación de esta fase del proceso de exigencia de responsabilidad contable, que es la conocida como fase de Actuaciones Previas, cuyo objeto lo constituye la investigación de los ilícitos contables, la determinación de las personas responsables de los mismos y el aseguramiento cautelar de las responsabilidades que puedan ulteriormente declararse.

La necesidad principal de la modificación que se propone es evitar que el ejercicio de la acción para la exigencia de responsabilidad contable se circunscriba, como viene aconteciendo en la práctica, a aquellos casos en los que los DI han apreciado, indiciariamente, su existencia en el Acta de Liquidación Provisional. Si el MF es el encargado del ejercicio de la acción, será el propio MF quien tenga que dirigir la investigación encaminada a determinar la existencia de los hechos que fundamentan la pretensión que pueda plantearse, sin que sean de temer riesgos derivados de la posición que el MF ocupa en nuestro ordenamiento jurídico porque, en primer lugar, junto con la acción ejercitada por aquél, puede concurrir el actor popular porque no hay monopolio alguno en su ejercicio y porque, en segundo lugar, el control jurisdiccional de la actuación del MF puede articularse a instancia de los perjudicados o de los investigados.

Por otra parte, no se puede perder de vista que, aunque en la normativa vigente el DI viene obligado a practicar las diligencias de investigación (art. 47.1.c LFTCu), en la realidad la Sala de Justicia del TCU ha ido consolidando una doctrina conforme a la cual aquél no está obligado a practicar las diligencias de averiguación que le sean propuestas, sino solamente las que resulten necesarias, no para fundamentar la existencia o inexistencia de responsabilidad contable, sino para fundamentar su opinión sobre la existencia o inexistencia de la misma.

En la práctica todo ello se viene traduciendo en una inexistencia de control jurisdiccional sobre la actividad del DI, ya que la opinión de los DI sobre la existencia o

inexistencia de responsabilidad comntable es irrecurrible y, aunque sea susceptible de recurso la denegación de diligencias de prueba propuestas por las partes, con indepen-

dencia de que dicho recurso carezca de efectos suspensivos, pocas veces prosperan los mismos por la razón dicha con anterioridad.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AP: Actuaciones Previas

CC AA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

DI: Delegado Instructor

DP: Diligencias Preliminares

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

IF: Informe de Fiscalización

JC: Jurisdicción Contable

JP: Jurisdicción Penal

LFTCu: Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas

LOTCu: Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas

MF: Ministerio Fiscal

PRA: Procedimiento de Reintegro por Alcance

RPT: Relación de Puestos de Trabajo

S: Sentencia

SSTCu: Sentencias del Tribunal de Cuentas

TCu: Tribunal de Cuentas

TS: Tribunal Supremo